يملكه ملكا مراعي بمعنى انه يمتنع عليه ان يتصرف فيه قبل غرم القيمة
واشار المصنف بالتمثيل الى ان صورة المسئلة اذا احدث النقص بفعل الغاصب
فلو حدث في يده كما لو تعفن الطعام بنفسه اخذه المالك مع الارش اما
ما لا يسري الى التلف فيجب ارشه كما مر وسياتي الكلام على خلط
مثلي بمثله ولو جنى الرقيق المغصوب في يد غاصبه فتعلق برقبته مال
ابتدا او للعفو عنه لزم الغاصب تخليصه[3] اذ هو نقص حادث في يده فكان   اي فداؤه اه
ضامنا له بالاقل من قيمته والمال الواجب بالجناية لان الاقل ان كان القيمة
فهو الذي دخل في ضمانه او المال فلا واجب غيره ويجب عليه ايضا
ارش ما اتصف به من العيب وهو كونه جانيا على ما ذكره الرافعي
في البيع فان تلف الجاني في يده اي الغاصب غرمه المالك اقصى القيم
من الغصب الى التلف كسائر الاعيان المغصوبة وللمجني عليه تغريمه
اي الغاصب لان جناية المغصوب مضمونة عليه وله ان يتعلق
بما اخذه المالك من الغاصب بقدر حقه اذ حقه كان متعلقا بالرقبة
فيتعلق ببدلها ومن ثم لو اخذ المجني عليه الارش لم يتعلق المالك
به ثم اذا اخذ المجني عليه من تلك القيمة حقه يرجع المالك على الغاصب
بما اخذه المجني عليه لانه اخذه منه بجناية مضمونة على
الغاصب وافهم تعبيره بثم عدم رجوعه قبل اخذ المجني عليه
منه لاحتمال انه يبريه الغاصب وبه صرح الامام نعم له مطالبته
بالاداء كما يطالب به الضامن المضمون قاله ابن الرفعة ولو رد
العبد اي القن الجاني الى المالك فبيع في الجناية رجع المالك بما اخذه المجني عليه
لان الجناية حصلت حين كان مضمونا عليه وما صوبه البلقيني
من انه لو اخذ[2] الثمن بجملته مثلا وكان اقل من اقصى القيم رجع   اي المجني عليه اه
المالك على الغاصب بالاقصى لا بما بيع به فقط غير ظاهر وان
بسطه واستشهد له اذ لا نظر للاقصى عند رد العين وانما
ذاك عند تلفها في يد الغاصب ولم يوجد هنا ذلك فهو نظير
ما مر في الرخص ولا يقال ان بيعه لسبب وجد بيد الغاصب
ينزل منزلة تلفه في يده للفرق الظاهر بينهما ولو غصب ارضا فنقل ترابها

مكشط

٥٠٩

مكشطه من وجهها او حفرها اجبره المالك على رده ان كان باقيا ولو
غرم عليه اضعاف قيمته وان فرض ان لا قيمة له او رد مثله ان تلف
لما مر من انه مثلي وليس له رد المثل الا باذن المالك لانه في الذمة
فلا بد فيه من قبض المالك له حتى يبرأ منه وعلى اعادة الارض كما كانت
من ارتفاع وضده لامكانه فان لم يمكن الا باعادة تراب اخر لزمه ذلك
ان اذن له المالك فان تعذر ذلك غرم ارش النقص وهو ما بين قيمتها
بترابها وقيمتها بعد نقله عنها كما نص عليه في الام ومحل ما مر ما لم يكن
الماخوذ من التمامات والا ففي المطلب انه لا يتعلق بها ضمان عند
تلفها لانها محتقرة ومقتضى كلامه وجوب ردها ما دامت باقية وهو
كذلك كما صرح به الاسنوي وللناقل للتراب الرد له وان لم يطالبه المالك
به بل وان منعه كما في المطلب عن الاصحاب وجرى عليه ابن المقري
ان لم ينتشر نقله لموات وكان له فيه غرض كان ضيق ملكه او ملك غيره
او نقله لشارع وخشي منه ضمانا او حصل في الارض نقص وكان يزول
بالرد ولم يبريه منه لدفع الضرر عنه وانما لم يجز له رفو ثوب
تخرق عنده لانه لا يعود به كما كان فان تيسر نقله لنحو موات في
طريقه ولم تنقص الارض لو لم يرده او ابراه فلا يرده الا باذن
وكذا في غير طريقه ومسافته كمسافة ارض المالك او اقل وللمالك
منعه من بسطه وان كان في الاصل مبسوطا الا بان لم يكن ثم غرض
له بان نقله لموات ولم يطلب المالك رده فلا يرده بلا اذن في الاصح لانه
تصرف في ملك غيره بلا حاجة فان فعل كلفه النقل ويقاس بما ذكرناه
حفر البئر الذي تعدى الغاصب به وطمها اذا اراده فان امره المالك
بالطم وجب والا فان كان له غرض فيه استقل به وان منعه منه والا
فلا ومن الغرض هنا ضمان التردي فاذا لم يكن له غرض غيره وقال
له المالك رضيت باستدامة البئر امتنع عليه الطم لاندفاع الضمان
عنه بذلك ويطم بترابها ان بقي والا فبمثله وما استشكل به القول
بان ما في الذمة من المثل لا يملك الا بقبض صحيح محمول على ما لو اذن
المالك له في رده وله نقل ما طوى به البئر ويجبره المالك عليه

Copyright © King Saud University