وقيل هو على العكس من ذلك واذا هلك المغصوب وكان مما له مثل كالمكيل والموزون وجب عليه
مثله واطلق في المتن الهلاك ليشتمل ما اذا هلك بفعله او هلك بفعل غيره فانه سواء في وجوب
الضمان لان السبب هو الغصب في وجوب الضمان فاذا عجز عن رد العين وجب البدل مستندا
الى زمان وجود السبب لان ذلك هو الاعدل ولاشتماله على رعاية الجنس والمالية فكان
ادفع للضرر وان لم يكن مما له مثل كالعدديات المتفاوتة فعليه قيمته يوم غصبه لانه لما تعذر
رعاية الحق في الجنس وجب مراعاته في المالية فيعدل للضرر بالقدر الممكن واما العدديات
المتقاربة كالجوز والبيض فهي كالمكيل يجب مثلها لقلة التفاوت وانما قيل بيوم الغصب
لانه هو السبب وبه دخل في ضمانه واما ضمان النقصان فهو اعتبار البعض بالكل قال
وان انقطع المثلي فقيمته يوم القضاء ويعتبر يوم الغصب لا الانقطاع اذا انقطع جنس المغصوب
وجبت عليه القيمة قال ابو حنيفة رضي الله عنه يجب يوم الخصومة والقضاء وقال ابو يوسف يوم
الغصب وقال محمد يوم انقطاع الجنس لان الواجب انما هو المثل وانما ننتقل الى القيمة عند
العجز حينئذ ولابي يوسف انه لما انقطع المثل التحق بما لا مثل له والحكم فيه ان يجب القيمة
يوم الغصب لانه يوم انعقاد سبب الضمان ولابي حنيفة ان نفس الانقطاع
ليس مؤثرا في وجوب القيمة الا ترى انه لو صبر الى حين يوجد جنسه فيعطيه كان له ذلك
وانما الانتقال الى القيمة بقضاء القاضي فيعتبر يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له
لان المطالبة في ذلك بالقيمة باصل الغصب فاعتبر فيه زمان انعقاد السبب
قال واذا ادعى الهلاك حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية اظهرها ثم قضى عليه بالبدل
وهذا لان الغاصب يدعي خلاف الظاهر اذ الظاهر هو البقاء والهلاك عارض
فلا يقبل فيه قوله ونظيره دعوى الافلاس ممن عليه ثمن متاع فانه يحبس الى ان يعلم صدق
دعواه ومدة الحبس المذكور في التحري فاذا علم الهلاك سقط رد العين فيلزم رد البدل
فيقضى قال واذا غيب المغصوب فقضى بالقيمة ملكه اياه وقال الشافعي رحمه الله
لا يملك الغاصب المغصوب اذا قضي عليه بالبدل لان الملك نعمة فلا ينال بسبب محظور
وهو الغصب وصار كما في غصب المدبر وتقريره انه فوت ملك اليد الثابتة في
المغصوب للمالك عليه فقضيته ذلك ان يجب للمغصوب منه في الضمان يد الاعتناء(?)
لكن اثبات ذلك مع رعاية المماثلة غير ممكن لان يد المالك كانت يدا يتمكن معها

ب

من الانتفاع بالعين وهذا لا يتصور بدون ملك العين فاثبتناه ضرورة وما ثبت ضرورة غيره
كان عدما في حق نفسه فالمغصوب في حق ملك العين على ما كان كما في المدبر فانه يثبت للمولى
ملك العين في الضمان مع ان الغاصب لم يفوت عليه الا ملك اليد ولنا ان المغصوب منه ملك
بدل العين ولا يمكن ايجاب الضمان الا ان يجعل المغصوب كالهالك في حق الرد لان المصير
الى البدل عند العجز عن الاصل ليصير رد العين معنى ثم ان المبدل مما يقبل النقل من ملك
الى ملك فوجب الحكم بملكه اياه من حين الغصب لا قصدا لكنه ثابتا شرطا لحكم شرعي وهو
وجوب الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد
الفوات وشرط الحكم تابع له فيحسن بحسنه وان قبح لو كان مقصودا بالغصب واما المدبر
فانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق المدبر وقلنا الخروج عن ملك المولى لكونه
مالا مملوكا تحقيقا للشرط وهو الضمان ولم يدخل في ملك الغاصب صيانة لحقه ولان
ضمان المدبر جعل مقابلا بالفائت وهو اليد دون الرقبة وهذا الضمان جاز ان يعني مقابلة
المال بما ليس بمال كما في الدية لكنه لا يصار اليه الا عند العجز عن المقابلة بالمال وقد
وجد ههنا فوجب الضمان وان لم يدخل في ملك الغاصب قال ويقبل قوله مع يمينه
في القيمة الا ان يبرهن المالك انها اكثر لان البينة حجة ملزمة فيعمل بها واما اذا لم يقم المالك
البينة على مقدارها وهو مدع للزيادة والغاصب منكر لها فيقبل قوله مع يمينه اذ اليمين
على المنكر قال فان ظهر وقد ضمنه بنكوله او بقول المالك او ببينته فلا خيار او بقول
الغاصب مع يمينه خير المالك بين امضاء الضمان او الاخذ ورد العوض اما عدم خيار
المالك فيما اذا ظهر المغصوب مضمونا بقول المالك او ببينة اقامها او نكول الغاصب عن اليمين
فلان الملك ثبت للغاصب بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى ذلك المقدار واما ثبوت الخيار
للمالك فيما اذا ضمن بقول الغاصب مع اليمين فلان الرضا لم يتم حيث ادعى ان مقدار الضمان
اكثر وانما اخذ الاقل لعدم الحجة على ان الزيادة لا لبناء على وجود الرضا قال صاحب الهداية ولو ظهرت
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه وقد ضمن بقوله مع يمينه فالخيار ثابت في ظاهر الرواية وهو الصحيح
خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما ادعاه والخيار لفوات الرضا
قال ولو برهن كل منهما على هلاكه عند الاخر يرجح المالك ويرجح الغاصب وهذا ظاهر المذهب
اذا غصب دابة وادعى انه ردها الى مالكها واقام بينة انها نفقت عنده واقام المالك بينة انها نفقت

Copyright King Saud University

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