لان رضاه بهذا القدر لم يتم ولو برهن كل منهما على هلاكه عند الآخر اى لو اقام الغاصب
بينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب
يرجح ابو يوسف المالك يعنى بينة المالك لانها مثبتة للضمان ورجح محمد بينة الغاصب وهذا
ظاهر المذهب لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب
يدعى زواله والمالك ينكر فبينة الغاصب يكون اولى ويضمن الغاصب ما نقص من العقار بسكناه كما اذا نقل
ترابه ولم يصلح للزراعة لانه فعل في العين او انهدم الدار بسكناه لانه اتلاف ولا يضمن العقار اتفاقا وضمن اى
محمد الغاصب بهلاكه اى بهلاك العقار كما اذا غلب السيل على الارض او انهدم بناء الدار بآفة سماوية وقالا لا يضمن
لان الغاصب لما اثبت لنفسه يدا ازال عن المالك يده المنتفع به فصدق عليه حد الغصب فيلزم ضمانه ولهما
ان ازالة اليد عن العقار غير متصور لانه لا ينتقل وانما يتصور منه منع المالك عنه وهذا تصرف في المالك لا في المحل
فلا يجب ضمانه كما لو جعل المالك عن مواشيه بعيدا فتلفت واذا تغيرت العين بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم
منافعها وهو بكسر العين وفتح الظاء المعجمة يعنى عظيم ملكه اياها اى يجعل الغاصب مالكا لتلك العين وقال
الشافعى لا يملكها لان المالك صاحب اصل وهو العين والغاصب صاحب وصف وهو الصنعة
فيرجح صاحب الاصل فلا يزول حقه عنه ولنا ان الغاصب احدث صنعة متقومة محققة وابطل فيها من كل وجه
لفوات اسمه وعظم منافعه ولا ينتفع اى الغاصب بتلك العين حتى يؤدى بدلها او تراضيا على مقدار او ابراء
المالك عنه او يحكم الحاكم بالقيمة اذ المبادلة تكون حاصلة بهذه الاشياء وانما لم يجز الانتفاع قبلها لان في اباحة
الانتفاع بها فتحا لباب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعها وهبتها لانها مملوكة له بجهة محظورة كالمقبوض
بالبيع الفاسد وهذا وجه الاستحسان والقياس الحل وهو رواية عن ابي حنيفة وقول الحسن وزفر لان الغاصب ملكه
باحداث الصنعة وهو في نفسه مشروع وانما حرم منا لوجوده في مال الغير كالاصطياد بقوس الغير فيحل
انتفاعه بها والتصرف فيها ولهذا لو وهبها او باعها جاز كما لو ذبح شاة فطبخها او شواها او طحن حنطة او
زرعها او خبز وقبق او جعل الصفر آنية بمد الهمزة جمع اناء والحديد سيفا او بنى على ساجة وهي خشبة منحوتة
مهيأة توضع تحت البناء او عصر زيتونا او عنبا او غزل قطنا او نسج غزلا وهذه الاشياء تمثيلات للاعيان المتغيرة
المتغيرة بفعل الغاصب تغيرا ما ظاهرا فيما عدا الساجة واما تغيرها فلانها كانت نقلية والآن صارت من
العقار ولهذا تثبت الشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا والتغير يوجب انقطاع حق المالك وصح تمليكها
بهذه التصرفات عندنا خلافا للشافعى وهو يضمنه النقصان وفي الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كان
قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كان اكثر منها لا يزول ملكه عنها ولو غصب تبرا وهو ما كان من الذهب غير
مضروب فانه اذا ضرب يكون دينارا ولا يقال تبر الا للذهب وبعضهم يقول للفضة ايضا كذا في الصحاح فصاغه
آنية او ضربه دنانير فهي للمالك عند ابي حنيفة وقالا ملكها الغاصب وعليه مثله لانه احدث فيه صنعة متقومة كما
بيناه قريبا وله ان اسم الذهب والفضة لم يزل عنهما وكذلك لا يزول معناهما وهو الثمنية فلا يكون بحكم الهالك
على ان الصنعة غير متقومة في الاموال الربوية ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى المالك لا يضمن ولو ذبح شاة

غيره

بجميع اعضوها فان شاء المالك اخذها وضمنه نقصانها او سلمها الى الغاصب وضمنه قيمتها لان في الذبح
اتلافا لبعض الاغراض من الشاة وهو الدر والنسل وابقاء لبعضها وهو اللحم وفي ذكر الشاة اشارة الى
ان هذا الحكم في ماكولة اللحم واما اذا لم يكن كذلك يضمن جميع قيمتها الا اذا قطع طرف العبد المغصوب فللمالك
ان يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي ينتفع به بعد قطع عضو ولا كذلك الدابة الغير الماكولة وان خرق
ثوبا خرقا فاحشا وفي المحيط وهو ما يستنكف اوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي الهداية
الصحيح ان الفاحش ما يفوت بعض العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له
ويصلح للقميص واليه اشار بقوله فابطل عامة منافعه وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر لان الثوب انما
يفوت من اجزائه شئ لا محالة ضمنه اى المالك الغاصب قيمته لانه استهلاك معنى ولو اخذه المالك وضمن نقصانه فله ذلك
لان عينه مع بعض المنافع قائم وان كان الخرق يسيرا وهو ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يدخل فيه نقصان
عيب مع بقاء المنفعة وهو تفويت الجودة لا غير ضمن نقصانه لان الغاصب ادخل فيه عيبا هكذا
كذا في البرجندي — الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان تضمين النقصان متعذر فيها لانه يؤدى الى الربوا
فان المالك مخير فيها بين ان يمسك العين ولا يرجع بشئ على الغاصب وبين ان يسلم العين اليه ويضمن
مثله او قيمته الى اخراج الاموال الربوية اشار بقوله ان خرق ثوبا لان الربوا لا يجرى فيه وفي الذخيرة
هذا اذا لم يجدد فيه صنعة وان جددها بان خاطه قميصا يضمن قيمته لانقطاع حق المالك عنه فان بنى
الغاصب في ارض او غرس فرغها اى الغاصب الارض المغصوبة لانه شغل ملك الغير ببنائه او غرسه
بغير اذنه وذا غير جائز وسلمها الى مالكها فان نقصت به اى الارض بسبب التفريغ كان للمالك ان يضمن
قيمة غرسه او بنائه مقلوعا اى مستحقا للقلع ومعرفة ذلك بان يقوم الارض بلا بناء ويقوم ببناء
مأمور صاحبه بقلعه فيضمن الغاصب ما بينهما من التفاوت ويكون له اى البناء والغرس لمالك الارض
وفي النهاية هذا اذا كان قيمة البناء اقل من قيمة الارض واما اذا كانت اكثر منها يضمن الغاصب قيمة
الارض ولا يؤمر بقلعه كما اذا ابتلع دجاجة لؤلؤة عمرو فان كان قيمة الدجاجة اكثر يضمن زيد قيمة
لؤلؤة عمرو فان كان قيمة الدجاجة اكثر يضمن زيد قيمة لؤلؤة وان كانت بالعكس يضمن عمرو قيمة
الدجاجة ويضمن المسلم قيمة ما اتلف من خمر ذمي وكذا اذا اتلف خنزيره والذمي اى يضمن الذمي مثلها
اى مثل الخمر اذا اتلف خمر ذمي وان اتلف خنزيره يضمن قيمته وقال الشافعي لا يضمنها بالخمر لانه لو اتلف
ميتة ذمي لا يضمن اتفاقا وقيد بالذمي لانه لو اتلف خمر مسلم لا يضمن اتفاقا وله ان تقومها في حق المسلم
فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام ولنا ان الخمر والخنزير مالان متقومان في حق الذمي ونحن
مأمورون بتركهم وما يدينون فيكونان مضمونين اذا اتلفا الا ان المسلم يضمن الخمر بقيمتها لانه
ممنوع عن تملكها اهانة بها والذمي يضمن مثلها لكونها من ذوات الامثال فلو اسلم بعد
اتلافها اى لو اسلم ذمي بعد اتلاف خمر ذمي برئ عند ابي يوسف المتلف عن الضمان واوجب محمد القيمة
فيتقيد باسلام المتلف لانه لو اسلم صاحب الخمر برئ المتلف اتفاقا لابي يوسف لسقوط ما كان واجبا عليه

Copyright © King Saud University

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