نقضي عليه بالقيمة بملكه اياه اي نحكم بانه صار ملكا للغاصب حتى لو ظهر المغصوب صار الغاصب احق به وقال
الشافعي لا يصير ملكا له لان الغصب عدوان محض فلا يكون سببا للملك الذي هو نعمة كما في المدبر لا يصير مملوكا
بالغصب ولنا ان المغصوب منه ملك بدل المغصوب ذاتا فوجب ان يملك الغاصب ذات المغصوب تحقيقا للعدل
كما في ساير المبادلات والملك بالغصب لم يثبت قصدا بل يثبت في ضمن الضمان واما المدبر فلم يكن قابلا للنقل
فجعل البدل مقابلا بالفوات بدل المالك عنه فقط ويقبل قوله اي قول الغاصب مع يمينه في القيمة لانه ينكر ما يدعيه
المالك من زيادة قيمة المغصوب الا ان يبرهن المالك انها اكثر مما يقول الغاصب من المقدار فيعمل بالبينة فان
اقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وفي النهاية قال بعض مشايخنا تقبل لاسقاط
اليمين كما قبلت من المودع اذا ادعى رد الوديعة وهذه المسئلة مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين
مسئلة الوديعة وهو الصحيح فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر من المضمون وقد ضمنه بنكوله اي بنكول الغاصب
عن اليمين او بقول المالك او ببينته اقامها المالك فلا خيار اي للمالك في نقضه لانه رضي بالمبادلة بهذا القدر فيكون
العين ملكا للغاصب وبقول الغاصب يعني اذا كان مضمونا بقول الغاصب مع يمينه خير المالك بين امضا الضمان
والاخذ اي اخذ العين ورد العوض سوا كان قيمة العين اكثر مما ضمنه او مثله او اقل لان المالك لم ياخذ ما ادعاه من
القيمة فجاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه او اقل منه عند المقومين ولا يكون كذلك عنده فيخير لان رضاه بهذا القدر
لم يتم ولو برهن كل منهما على هلاكه عند الاخر اي لو اقام الغاصب بينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده
واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب رجح ابو يوسف المالك يعني بينته لانها مثبتة للضمان ورجح محمد
بينة الغاصب وهذا ظاهر المذهب لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعي رده
والمالك ينكره فبينة الغاصب اولى ويضمن الغاصب ما نقص من العقار بفعله وسكناه كما اذا انقل ترابه
ولم يصلح للزراعة لانه فعل في العين وانهدم الدار بسكناه لانه اتلاف وبه يضمن العقار اتفاقا وضمنه اي محمد
الغاصب بهلاكه اي بهلاك العقار كما اذا غلب السيل على الارض او انهدم بنا الدار بافة سماوية وقالا لا يضمن له
ان الغاصب لما اثبت لنفسه يدا ازال عن المالك يده المنتفعة به قصدا وعليه حد الغصب فيلزم ضمانه ولهما
ان ازالة اليد عن العقار غير متصور لانه لا ينقل وانما يتصور فيه 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 الظا المعجمة بمعنى عظيم ملكه اياها اي يملك الغاصب ما كان للمالك العين
وقال الشافعي لا يملكها لان المالك صاحب اصل وهو العين والغاصب صاحب وصف وهو الصنعة فيرجح صاحب
الاصل فلا يزول حقه عنه ولنا ان الغاصب احدث في المغصوب صنعة متقومة لحقه قايم فيها من كل وجه فيرجح
عن الاصل الذي فات من وجه لفوات اسمه وعظم منافعه ولا ينتفع بها اي الغاصب بتلك العين حتى يودي بدلها او
يتراضيا على مقدار او ابراه المالك عنه او حكم الحاكم بالقيمة اذ المبادلة تكون حاصلة بهذه الاشيا وانما لم يجز الانتفاع

قبلها

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 ان يحل وهي رواية عن ابي حنيفة وقال الحسن
وزفر لان الغاصب ملكه باحداث الصنعة له وهو في نفسه مشروع وانما حرم هنا لوجوده في مال الغير فاشبه
الاصطياد بقوس الغير فيحل الانتفاع بها والتصرف فيها ولهذا لو وهبها او باعها جاز كما لو ذبح شاة فطبخها او شوا ها
او طحن حنطة او زرعها او خبز دقيقا او جعل الصفر انية بمد الهمزة جمع انا او الحديد سيفا او بنى على ساجة
وهي خشبة منحوتة مهياة توضع تحت البنا او عصر زيتونا او عنبا او غزل قطنا او نسج غزلا وهذه الاشيا
تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب تغيرها ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها
كانت نقلية والان صارت من العقار ولهذا استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير
يوجب الانتفاع حق المالك وهو تملكها بهذه التصرفات عندنا خلافا للشافعي وهو يضمنه النقصان وفي
الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كان قيمتها اقل من قيمة البنا واما اذا كان اكثر منها لا يزول ملكه عنها
ولو غصب تبرا وهو ما كان من الذهب غير مضروب فاذا ضرب يكون دينارا ولا يقال تبر الا الذهب وبعضهم
يقول للفضة ايضا كذا في الصحاح فصاغه انية او ضربه دنانير فهي للمالك عند ابي حنيفة وقالا ملكها الغاصب
وعليه المثل لانه احدث فيه صنعة متقومة كما سبق بيانه وله ان اسم الذهب والفضة لم يزل عنهما وكذا لا يزول
معناهما وهو الثمنية فلا يكون في حكم الهالك على ان الصنعة غير متقومة في الاموال الربوية ولهذا
لو غصب حليا فكسره ثم رده الى المالك لا يضمن ولو ذبح شاة غيره او قطع عضوا منها فان شا المالك اخذها
وضمنه نقصانها او سلمها الى الغاصب وضمنه قيمتها لان في الذبح اتلافا لبعض الاغراض من الشاة وهو الدر
والنسل وابقا لبعضها وهو اللحم وفي ذكر الشاة اشارة الى ان هذا الحكم في ماكول اللحم واما اذا لم يكن كذلك يضمن
جميع قيمتها الا اذا قطع طرف العبد المغصوب فللمالك ان ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي ينتفع به بعد
قطع عضوه ولا كذلك الدابة الغير الماكولة وان خرق ثوبا خرقا فاحشا وفي المحيط وهو ما استنكف اوساط
الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي الهداية الصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس
المنفعة بان كان يصلح للبقا قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص واليه اشار بقوله فابطل عامة منافعه وانما
يفوت به بعض العين من حيث الظاهر لان الثوب اذا تفوت من اجزايه شي لا محالة ضمنه اي المالك الغاصب قيمته
لانه استهلاك معنى ولو اخذ المالك وضمن نقصانه فله ذلك لان عينه مع بعض المنافع قايم وان كان الخرق يسيرا
وهو ما لا يفوت به شي من المنفعة بل يدخل فيه نقصان عيب مع بقا المنفعة وهو تفويت الجودة لا غير ضمن
نقصانه لان الغاصب ادخل فيه عيبا ما هكذا الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان تضمين النقصان
متعذر فيها لانه يودي الى الربوا فان [illegible] المالك تخير فيها بين ان يمسك العين ولا يرجع بشي على الغاصب وبين
ان يسلم العين اليه ويضمنه مثله او قيمته والى اخراج الاموال الربوية اشار بقوله ان خرق ثوبا لان الربوا

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com) 1