

المبسوط

وقضاؤه لا يضمن للثاني شيئاً وإن أقر قبل أن يستحلف أن العبد لفلان الغائب لم تندفع عنه الخصومة بهذه المقالة ما لم يقر البينة وهي المسألة الخمسة التي ذكرناها في كتاب الدعوى فإن استحلف المدعى عليه فأبى أن يحلف دفعه إلى المدعي فإن جاء المقر له الأول كان له أن يأخذه من المقضى له لأنه أقر له بالملك قبل نكوله للمدعى دون اتصال تصديقه بذلك الإقرار فكان له أن يأخذه كمن أقر بعين لغائب ثم أقر بها لحاضر وسلمه إياه ثم رجع الغائب فصدقه كان هو أولى بها ثم المدعى على حجته مع المقر له فإن أقام البينة وإلا استحلفه على دعواه ولو ادعى غصب العبد على ذي اليد فاستحلف فنكل فقضى له به ثم جاء مدع آخر به على الغاصب الذي كان العبد في يده وطلب منه فإنه يستحلف له أيضاً لأنه بدعوى الغصب عليه يدعي ضمان القيمة في ذمته ولو أقر به لزمه فإذا أنكر استحلف له بخلاف ما إذا ادعى عليه ملكاً مطلقاً لأن دعوى الملك المطلق دعوى العين فلا تصح إلا على من في يده والعين ليست في يد المقضى عليه .

فأما دعوى الغصب فدعوى الفعل الموجب للضمان وهو صحيح سواء كان العبد في يده أو لم يكن وكذلك هذا في الوديعة والعارية لأنه يدعي عليه فعلاً موجباً للضمان فإن المودع والمستعير بالتسليم يصير ضامناً إلى رد الملك وجميع أصناف الملك في هذا سواء ما خلا العقار فإنه لا يضمن شيئاً للثاني في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ولا يمين له عليه .

وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله يتوجه عليه اليمين ويصير ضامناً إذا لم يحلف وهذا بناء على مسألة غصب العقار وهي معروفة .

(رجل مات وترك ابناً وفي يده عبد فادعى رجل أنه استودع العبد أباه فإن الابن يستحلف له على علمه) لأنه قام مقام المورث فجوده الوديعة كجود المورث ولو أقر به أمر بالتسليم إليه فإذا أنكر يستحلف عليه غير أن هذا استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم فإن أبى أن يحلف دفع العبد إليه لأنه بالنكول صار باذلاً أو مقرى فإن ادعى آخر مثل ذلك لم يستحلف له الابن لأنه لو أقر للثاني لم يلزمه شيء فكيف يستحلف عند جوده وإنما لا يصير ضامناً شيئاً لأن الوديعة لم يباشرها هو حتى يكون ملتزماً بحفظها بعقده ثم بالنكول لا يكون تاركاً للحفظ بل هو رجل امتنع من اليمين وأمره القاضي بتسليم ما في يده عند ذلك فلا يصير ضامناً شيئاً بخلاف ما إذا كان يدعي عليه إنه أودعه إياه فإن هناك لو أقر به لزمه الضمان بسبب ترك الحفظ الذي التزمه بالعقد حين أقر .

وعند أبي حنيفة أنه يحلف للأول وهذا يكون على قول محمد رحمه الله