[80] ماله بعينها، فانتقل إلى الذمة ويكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزم المغصوب منه قبوله، لأجل أنه تطوع له بخير من زيته، لا لأنه أعطاه عين ماله، وبين أن يعطيه مثله من غيره، لأنه كالمستهلك. فإن خلطه بمثله فهو كالمستهلك والغاصب بالخيار بين أن يعطيه بكيله من عينه أو مثله من غيره، وفي الناس من قال هو شريكه فيه يملك مطالبته بقسمته يأخذ مثل كيله منه وهو أقرب، لأنه قدر على بعض عين ماله وبدل الباقي، ولا معنى أن يجبر على مثل من غيره مع وجود بعض العين، كما لو غصب (حبا) صاعين فتلف أحدهما، فإن المغصوب منه يأخذ الموجود وبدل التالف، ولا يلزمه أن يأخذ البدل من الموجود والتالف معا. وإذا خلطه بما هو أدون منه فهو كالمستهلك أيضا، فعلى هذا على الغاصب أن يعطيه مثل زيته من غير هذه الجملة، فإذا فعل لزمه أن يقبل، فإن أراد أن يعطيه من عينه لم يجبر المغصوب منه على قبوله لأنه دون حقه، وإن اختار المغصوب منه أن يأخذ من عينه لم يجبر الغاصب على ذلك، وإن رضي المغصوب منه بدون حقه، لأن حقه في الذمة فلا يجبر عليه جهات القضاء. وإن اتفقا على أن يأخذ مقداره من عينه جاز لأنه قد رضي ببعض حقه وإن اتفقا على أن يعطيه من عينه بقيمة زيته لم يجز، لأنه ربا. وإن خلطه بغير جنسه مثل أن صبه في شيرج أو بان (1) فيكون ذلك مستهلكا لأنه يتعذر عليه أن يصل إلى عين ماله وعلى الغاصب مثل زيته من غير هذه الجملة، فإن اختار أن يعطيه من عينه لم يجبر على قبوله، لأنه لا يلزمه أن يقبل من غير جنس حقه، وإن اختار المالك أن يأخذ من عينه لم يجبر الغاصب عليه، لأنه لا يلزمه أن يعطيه من غير جنسه، فإن تراضيا على أن يأخذ مقداره من عينه، جاز لأن له أن يأخذ بدل حقه مع التراضي.

_____

(1) البان: شجر سبط القوام لين ورقه كورق الصفصاف ولحب ثمره دهن طيب، و حبه نافع للبرش والنمش والكلف والحصف والبهق والسعفة والجرب وتقشر الجلد طلاء بالخل وله منافع أخر.