عقد لم ينفسخ ليس للموقوف عليه اذا لم يكن متوليا على الوقف او نائبا من جهة الحاكم ان يؤجر لانه لا يملك ذلك لانه لا يملك الا الغلة دون العين والتصرف بالاجارة الى من له الولاية في ذلك فان كان نائبا او وليا فاجر ثم مات لم ينفسخ الاجارة بموته لانه كالوكيل عن الموقوف عليهم وموت الوكيل لا يوجب فسخ عقوده **قال** ولا يعار ولا يرهن وان اتلف منافعه او غصب عقاره ضمنا وجوب الضمان اما الاعارة والارهان فلا يجوز لتضمنه ابطال حق الموقوف عليهم فلو سكنه المرتهن وجب عليه اجرة المثل وكذلك لو باع المتولي منزلا موقوفا فسكنه المشتري ثم نقض البيع وجب على المشتري اجر المثل عن سكناه ومنافع الوقف مضمونة في المختار للفتوى وكذلك غصب عقاره نظرا للوقف **قال** ويجوز الشهادة بالشهرة لاثباته وهذا المذكور قول محمد وهو المختار وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه لو لم يجز ذلك لادى الى استهلاك الاوقاف القديمة والصحيح انه يقبل بالتسامع في اصل الوقف دون شرطه لان اصله هو الذي يشتهر دون شرطه وينبغي للشاهد بالتسامع ان يطلق اداء الشهادة فاذا افسر للقاضي ان شهادته مبنية على التسامع لم يقبل كما ان معاينة اليد في الملك مطلق الاداء الشهادة ثم اذا فسر لا يسمع كذا ههنا

كتاب الغصب

قال الغصب يعرف ومنهي عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه وقد قال تعالى ولا تأكلوا اموالكم بالباطل وقال صلى الله عليه وسلم المسلم على المسلم حرام كله ماله ودمه وعرضه وعلى حرمته انعقد الاجماع والغصب على ضربين ضرب لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع على جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن انه ملكه او يملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر انه لغيره لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان والمراد الاثم وضرب يتعلق به الاثم وهو المأخوذ على وجه التعدي فانه يأثم باخذه وبامساكه والغصب في اللغة اخذ الشيء ظلما وفي الشرع مختلف تفسيره باختلاف المذاهب فعند الشافعي اثبات اليد على مال الغير بدون اذن مالكه وعندنا اخذ مال متقوم محترم مملوك للغير قابل للنقل على وجه يتضمن تفويت يد المالك تعديا قال الشافعي يقول الشرع لم يطلق له اثبات اليد على مال الغير الا باذن منه فاذا لم يوجد منه الاذن عدم المطلق الشرعي فكان الفعل منه تعديا موجبا للضمان ونحن نقول ان الضمان شرع جبرا والجبر يعتمد الفوات وبالفوات يتحقق معنى التعدي فان الاموال مخلوقة للاستيلاء عليها والمنع عن الاستيلاء انما يكون بعارض وهو تعلق حق الغير بها فكل تصرف يتضمن تفويت المتوعل المالك كان تصرفا ممنوعا عنه في الشرع فكان الركن في صفة التعدي وايجاب الضمان التفويت على المالك فلو استخدم مملوك غيره بغير امره او ركب دابته او حمل عليها او ساقها فهلكت كان غاصبا لانه اثبت اليد المفوتة ولو جلس على بساط غيره او هبت الريح بثوب انسان فالقته في حجره لا يكون غاصبا حتى ينقله او يمسكه وقبول النقل والتحويل في المغصوب مذهب ابي حنيفة وابي يوسف الآخر خلافا لمحمد والشافعي على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى **قال** ويجب على الغاصب رد عين المغصوب في مكان غصبه فان هلك ضمن مثله ان كان مثليا والا فقيمته يوم غصبه فان نقص ضمن النقصان اما وجوب رد العين المغصوب به فمعناه ما دامت العين قائمة ويفهم ذلك من قوله بعده فان هلك فتعليق الضمان بالهلاك يدل على ان الرد مشروط بقيام العين وهذا لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقوله عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده ولانه فوت يد المالك عن العين المغصوبة تعديا وهي حقه وجب عليه اعادة حقه برد يده وانما شرط مكان الغصب ونفي الزوايد لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن والموجب الاصلي هو رد العين وانما جعل رد القيمة مثلا معنويا نظرا الى المالية فكان قاصرا وقيل بل هو على العكس من ذلك واذا اهلكه 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 لاشتماله على رعاية الجنس والمالية فكان ادفع للضرر وان لم يكن ما له مثل كالعدديات المتفاوتة فعليه قيمته يوم غصبه لانه لما تعذر رعاية الحق في عين الجنس وجب مراعاته في المالية دفعا للضرر بالقدر الممكن واما العدديات المتقاربة كالبيض والجوز فهي كالمكيل يجب مثلها لعلة التفاوت وانما قيده بيوم الغصب لانه هو السبب وبه دخل في ضمانه واما ضمان النقصان فمعنى اعتبار البعض بالكل **قال** وان انقطع المثلي

جامعة الملك سعود
قسم المخطوطات
عمادة شؤون المكتبات

فوجوبها يوم القضاء ويعتبر يوم الغصب لا الانقطاع اذا انقطع جنس المغصوب فوجبت عليه القيمة قال ابو حنيفة يجب يوم الخصومة والقضاء وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يجب يوم انقطاع الجنس لان الواجب هو المثل وانما ينتقل الى القيمة عند انقطاعه فيجب حينئذ ولابي يوسف انه لما انقطع المثل التحق بما لا مثل له والحكم فيه ان تجب القيمة يوم الغصب لانه يوم انعقاد سبب الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه ان نفس الانقطاع ليس مؤثرا في وجوب القيمة الا ترى انه لو صبر الى حين يوجد جنسه فيعطيه كان له ذلك وانما الانتقال في 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 هلاكا والظاهر 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 مذكورة في الحجر فاذا علم الهلاك سقط رد العين فيلزمه رد البدل فيقضي به **قال** واذا غيب المغصوب فقضي بالقيمة يملكه اياه وقال الائمة الثلاثة 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 ملكا ليدا ثابتة في المغصوب للمالك عليه فقضيته ذلك ايجاب الملك للمغصوب منه في الضمان بدلا عما كان اثبات ذلك مع رعاية المماثلة غير ممكن لان يد المالك كانت يدا فيتمكن معها من الانتفاع بالعين وهذا لا يتصور بدون ملك العين فاثبتناه ضرورة وما ثبت ضرورة غيره كانت عدما في حق نفسه فالمغصوب في حق ملك العين على ما كان في المدبر فاثبتنا 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 وان يجعل المغصوب كالهالك في حق الرد لان المصير الى البدل عند العجز عن الاصل يقتضي رد العين معنى ثم ان البدل مما يقبل النقل من ملك الى ملك فوجب الحكم بملكه اياه من حين الغصب دفعا للضرر عنه وتحرزا عن اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد والملك ليس بثابت شرطا للحكم شرعي وصوب الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الحكم يتبع في حسنه فان قبح ولو كان مقصودا بالغصب واما المدبر فانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق المدبر فقلنا بخروجه عن ملك المولى لكونه ما لا مملوكا تحقيقا للشرط وهو الضمان ولم يدخل في ملك الغاصب صيانة لحقه ولان ضمان المدبر جعل مقابلا بالفائت وهو اليد دون الرقبة وهذا الضمان تجاوز عن مقابلة العين 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 ملزمة فيعمل بها فاذا لم يقم للمالك البينة على مقدارها وهو مدع للزيادة والغاصب منكر لها قبل قوله مع يمينه اذ اليمين على المنكر **قال** فان ظهر وقد ضمنه بنكوله او بقول المالك او بينة 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 بنكول 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 واما اخذ الاقل لعدم الحجة على اخذ الزيادة لا لانا 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 الاصح 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 هلاك عند الآخر رجح المالك ورجح الغاصب وهذا ظاهر المذهب اذا غصب دابة وادعى انه ردها الى المالك واقام بينة انها نفقت عنده واقام المالك البينة انها نفقت عند الغاصب قال ابو يوسف يرجح بينة المالك لان القصد من سماع البينة وجوب الضمان وبينة المالك مثبتة وبينة الغاصب دافعة فكان المثبتة اولى وعند محمد وهو ظاهر المذهب ذكره في الجامع والاشارة الى ذلك من الزوايد ان ضمان الغصب ثابت بنفس الغصب والغصب ظاهر فلا حاجة الى اثباته واما الغاصب يدعي زوال ذلك الضمان والمالك ينكره فكانت بينة المالك دافعة وبينة الغاصب مثبتة فكانت هي اولى **قال** ويضمن ما نقص من العقار بفعله وسكناه

Copyright King Saud University

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