



اثر القرآن الفقهية في ترحيح الدعوى المالكية وتطبيقاتها القضائية

تأليف

د. عبد الرحمن بن محمد بن عبد العزيز الحميد



الطبعة الأولى
١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م

مجموع
جميع الحقوق محفوظة

للنشر والتوزيع وطلبات النسخ:



فضاء

الجمعية العلمية الفصائية السعودية
مركز فضاء للبحوث والدراسات

 qadha.org.sa/ar/books

 @qdha

 m@qadha.org.sa

 /qadha_ksa

 966538999887

   /qadha.ksa



الجمعية العلمية القضائية السعودية

الدراسات القضائية (٨١)

إنَّ الْقُرْآنَ الْفَقْهِيَّةَ
فِي رَجِيحِ الدَّعْوَى الْمَالِيَّةِ
وَتَطْبِيقَاتِهَا الْقَضَائِيَّةِ

تَأْلِيفُ

د. عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب

رسالة تقدم بها الباحث لنيل درجة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وقد تشكلت لجنة المناقشة من أصحاب الفضيلة:

١. أ. د. عبد الإله بن أحمد الدويش
مقرراً
الأستاذ في المعهد العالي للقضاء
٢. أ. د. عثمان بن محمد الصديقي
عضواً
الأستاذ في كلية الملك فهد الأمنية
٣. أ. د. أحمد بن عبد الرحمن آل الشيخ
عضواً
الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء

وقد نوقشت الرسالة يوم الأربعاء ١٤ / ذو القعدة / ١٤٤٥هـ.

والله ولي التوفيق

مقدمة الجمعية



الحمد لله الواحد القهار، والصلاة والسلام على سيد القضاة الأبرار،
وعلى آله وصحبه الأطهار، أما بعد:

فتهدف الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) دوماً إلى المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية، وتقديم البحوث والدراسات التي تجلّي تميّز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته، وإبراز جوانب العدالة فيه، والإجابة عما يثار حوله من شبهات، وتسعى إلى التنسيق بين المتخصصين -من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية-، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.

وتشرّف الجمعية بتقديم كتاب نافع للمهتمين بالمعاملات المالية وبالجانب القضائي عنوانه: **أثر القرائن الفقهية في ترجيح الدعوى المالية وتطبيقاتها القضائية**، للشيخ د. عبد الرحمن بن محمد عبد العزيز الحميد، وفقه الله.

وقد بيّن المؤلف في كتابه المقصود بالقرائن، وأقسامها، وحكم الاكتفاء بها في الإثبات، وسلطة القاضي في اعتبارها، والعمل عند تعارض القرائن، ثم تناول كل قرينة بالبيان التفصيلي، ودرس مسائل المعاملات المالية التي أثمرت فيها تلك القرينة في ترجيح قول أحد المتداعين في ظل أقوال الفقهاء

وأدلتهم، مع بيان أثر القرينة على المسألة، ثم يسوق جانباً من التطبيقات القضائية التي أثرت فيها تلك القرينة.

وقد انفرد هذا البحث بأكثر من أربعين مسألة لم تُدرَس سابقاً - حسب اطلاع المؤلف -، وأبرز المؤلف فقه الحنابلة في ترجيح قول أحد المتداعين بالقرائن.

والجمعية إذ تنشر هذا العمل المميز؛ فإنها تشكر من قام بإعداده، وترحب بالتواصل مع جميع الجهات والمتخصصين الراغبين بتقديم الدراسات والمشاريع القضائية والنظامية، وتشرف بتقديم كافة سبل التعاون.

مركز قضاء للبحوث والدراسات

m@qadha.org.sa

المقدمة



الحمد لله رب العالمين، هدى الناس وأرشدهم برسوله الأمين، وأخبر أنه يرفع الذين الذي أوتوا العلم درجات، ثم الصلاة والسلام على من بُعث رحمة للعالمين، وعلمهم ما يحتاجون إليه في دينهم ودنياهم، وأخبر أن من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، صلى الله عليه، وعلى آله وصحبه أجمعين،
أما بعد:

فإن من خير ما تبذل فيه الأوقات، وتستهلك فيه الأعمار طلب العلم، فبه يعرف المسلم الحلال من الحرام، وأحكام عباداته ومعاملاته.

ومن أعظم منن الله **عَزَّوَجَلَّ** علي أن وفقني لسلوك طريق طلب العلم - جعله الله حجة لي لا علي - فيسر لي - سبحانه - دراسة الماجستير في المعهد العالي للقضاء، وكان عنوان بحثها التكميلي: التطبيقات الفقهية لقاعدة: (التابع تابع) في كتاب القضاء والشهادات والإقرار، ثم يسر الله لي بمنه وفضله القبول في مرحلة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، ومن شروط اجتياز هذه المرحلة تقديم رسالة علمية في الفقه المقارن، وبعد البحث والتقصي والاستشارة والاستخارة وقع الاختيار على عنوان: **(أثر القرائن الفقهية في ترجيح الدعوى المالية وتطبيقاتها القضائية)**،
وفي النقاط التالية بيان لعناصر المقدمة:

أهداف الموضوع:

أولاً: بيان تأثير القرائن في الحكم القضائي، وأن الفقهاء وإن كانوا قد اختلفوا في مدى انحصار البيّنات، فإنهم يعتبرون القرائن مرجحة لجانب أحد المتداعين، ومؤثرة في الحكم له.

ثانياً: بيان حكم كثير من المسائل التي أثرت فيها القرائن في ترجيح قول أحد المتداعين، والتي يحتاجها القضاة والمهتمون بالجانب القضائي من باحثين ومحامين في كثير من الأحيان.

ثالثاً: بيان العمل القضائي في تأثير القرائن في ترجيح قول أحد المتداعين؛ وذلك بذكر تطبيقات لترجيح القرائن قول أحد المتداعين.

رابعاً: إبراز فقه الحنابلة في أثر القرائن في ترجيح قول أحد المتداعين؛ كونها من المسائل الدقيقة التي يبرز فيها النفس الفقهي الحنبلي.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

إن لهذا الموضوع أهمية كبرى، وأسباباً كثيرة تدعو لاختياره، من أهمها:

أولاً: أن في هذا الموضوع جمعاً للقرائن الفقهيّة، وإبرازاً لأثرها على الفروع الفقهيّة، ومن أهم غايات البحث والتأليف جمع المفترق من المعلومات؛ خصوصاً مع تشتت المسائل التي تدخل تحت هذا الموضوع وكثرتها فقد جاوزت المسائل المبحوثة مئة مسألة.

ثانياً: كثرة القضايا الحقوقية في المحاكم العامة والعمالية والتجارية التي تدخل تحت هذا الموضوع؛ ومما يبرز أهميته أن اختصاص المحاكم الثلاث يدخل في مسائل اختلاف المتداعين المراد بحثها في هذا الموضوع.

ثالثاً: أن في كثير من هذه المسائل غموضاً؛ وذلك لدقتها في كثير من الأحيان، وفي جمعها ودراستها إزالة لهذا الغموض وكشفاً له.

رابعاً: وفرة المادة العلمية المتعلقة بالموضوع المراد بحثه، وذلك بوفرة المصادر والمراجع، وكثرة المسائل.

خامساً: أن أغلب هذه القرائن قد تناولتها المادة العشرون بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي ونصت على مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، وفي دراسة هذا الموضوع بيان لهذه الطبيعة والشروط التي تلزم لتطبيقها والاستثناءات الواردة عليها.

سادساً: أن نظام المعاملات المدنية لم ينص إلا على قليل من هذه المسائل، فلم يظهر لي النص على ترجيح قول أحد المتداعين إلا في مادتين، وعليه فلا تزال الأهمية قائمة لدراسة هذه المسائل فقهياً لتسهيل اختيار الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام وفق المادة الأولى منه.

أما منهج البحث العام فهو المعتمد لدى المعهد العالي للقضاء، وأما المنهج الخاص، فهو:

١- تحديد معنى القرينة، وبيان صيغها، وأركانها، وشروطها، ومستنداتها الشرعي في بداية كل فصل، وقد اقتصر على بعضها عند عدم توفر المادة العلمية

٢- استقراء كتاب كشاف القناع في أبواب المعاملات المالية، واستخراج المسائل التي أثيرت فيها القرينة في ترجيح قول أحد المتداعين.

٣- تقسيم المسائل المجموعة إلى مجموعات بحسب تأثير القرينة فيها، ويكون كل مجموعة في فصل مستقل.

٤- تكون دراسة كل مسألة أثرت فيها القرائن في ترجيح قول أحد المتداعين في مبحث أو مطلب مستقل يتناول التالي :

أ- إيراد المسألة من المراجع الأصيلة، ودراسة الواقعة في ظل أقوال الفقهاء وأدلتهم، الترجيح، وبيان سببه، وبيان أثر القرينة على المسألة الفقهية.

٥- يكون جانب التطبيق القضائي في مبحث مستقل، مع التعليق على الأحكام منه ببيان فقراته من: الدعوى، الإجابة، المرافعة، الأسباب، الحكم، الاستئناف، أثر القرينة على الحكم القضائي.

الإضافة على الدراسات السابقة^(١):

إن الموضوع المراد بحثه انفراد بما يزيد على أربعين مسألة لم يسبق بحثها - فيما أعلم - تحت عنوان أثر القرائن الفقهية في ترجيح الدعوى المالية، أو ما قاربه، وكذلك لم يسبق بيان أثر القرائن الفقهية على هذه المسائل.

خطة البحث:

انتظمت خطة البحث في مقدمة، وتمهيد، وبابين، وخاتمة، وفهارس. وأخيرًا: فأولى الشكر وأجزله، وأعظم الحمد وأكمله لله رب العالمين على ما يسر وأعان وأفضل وأسبغ، فأراد بي الخير فدلني ووفقني لطريق طلب العلم الشرعي، فيسر لي دراسته في المراحل الجامعية الثلاث، فكم من

(١) للاطلاع على الدراسات السابقة تراجع نسخة الرسالة المودعة لدى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية والنسخة المودعة لدى مكتبة الملك فهد الوطنية وقد بلغت ثلاثًا وخمسين دراسة تمت المقارنة بينها وبين موضوع هذه الرسالة.

مرحلة أو مسألة أو اختبار صَعْب فيسره بفضلته، فلست أحصي أفضاله، فله الحمد والشكر أولاً وآخرًا وظاهرًا وباطنًا كما أسأله أن يجعله خالصًا لوجهه الكريم، وينفع به.

وأثني بالشكر لوالديّ علي ما أنعم الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى** علي به بسببهما من سيرة حسنة وذكر طيب، والحث على ما يرضي الله **عَزَّ وَجَلَّ**، والتحذير من مساخطه، فجزاهما الله خيرًا، وغفر لهما.

كما أشكر ولادة أمرنا علي ما يلونه للعلم وأهله ممثلًا ذلك بجامعتنا العريقة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية التي غرنا من معينها العلم، وتعلمنا منها البحث، فكم استفدنا منها من أساتذة درسونا، وعلماء أرشدونا، فقد احتضنتني في كلية الشريعة ثم قبلتني للماجستير والدكتوراه في المعهد العالي للقضاء، فأدامها الله منار خير ومشعلًا يضيء للسالكين ومرشدًا لطلاب العلم أجمعين.

كما أشكر فضيلة الأستاذ الدكتور: عبد الإله بن أحمد الدويش مشرف الرسالة علي ما وجدته منه من حرص علي الرقي بجودة البحث، وتزويدي بالملحوظات اللازمة، ودماثة خلقه وطيب كلامه وأسلوبه، فجزاه الله خيرًا وجعل ما قدمه في ميزان حسناته.

وأختم الشكر بشكر جمعية (قضاء) علي ما تقدمه للباحثين والبيئة القضائية، فجزى الله القائمين عليها والعاملين فيها خيرًا.

وهذا جهد المقل، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وما كان من خطأ فمن نفسي والسيطان، وهذا أوان الشروع في المطلوب، فأقول مستعينًا بالله **عَزَّ وَجَلَّ**:

التمهيد

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بعنوان البحث.

المبحث الثاني: أقسام القرائن.

المبحث الثالث: الاكتفاء بالقرائن في الإثبات.

المبحث الرابع: سلطة القاضي في اعتبار القرينة.

المبحث الخامس: تعارض القرائن.

المبحث الأول
التعريف بعنوان البحث

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمفردات عنوان البحث.

المطلب الثاني: التعريف بالعنوان كمركب إضافي.

المطلب الأول

التعريف بمفردات عنوان البحث



وفيه سبع مسائل:

المسألة الأولى: التعريف بمصطلح: (أثر):

لغة: قال ابن فارس: «الهمزة والشاء والراء، له ثلاثة أصول: تقديم الشيء، ذكر الشيء، ورسم الشيء الباقي»^(١).

وللأثر في اللغة معان عدة، منها^(٢):

١- بقية ما يرى من كل شيء، وما لا يرى بعد أن تبقى فيه علقه.

٢- الضربة، ومنه: أثر السيف ضربته.

٣- الأجل، ومنه قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وينسأ له في أثره»**^(٣)، وأصله من أثرٍ

مشيه في الأرض، فإن من مات لا يرى لأقدامه في الأرض أثرٌ.

٤- سمة في باطن خف البعير يتبع بها أثره.

(١) مقاييس اللغة: مادة: (أثر)، (١/٥٣).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة: مادة: (أثر)، ١/٥٤، ٥٦، القاموس المحيط، مادة: (أثر)، (ص ٣٤١)، النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة: (أثر)، (١/٣٧-٣٨)، لسان العرب، مادة: (أثر)، (١/٥٢-٥٤)، ومادة: (قفر)، (١٢/١٥٩).

(٣) جزء من حديث متفق عليه: رواه البخاري في صحيحه، في كتاب الأدب، باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم: (٢/٤٩٠)، برقم: (٥٩٨٦)، ومسلم في صحيحه، في كتاب البر والصلة والآداب: (ص ٩٦٦)، برقم: ([٦٥٢٤] ٢١).

وأقرب هذه المعاني إلى المصطلح المذكور: هو المعنى الأول مما ذكر أخيراً؛ وهو المعنى الثالث مما ذكره ابن فارس، فإن هذا المعنى يندرج فيه المعنى الثاني والثالث والرابع؛ فإن هذه الثلاثة في معانيها المباشرة أو أصولها ترجع إلى بقية ما يرى من كل شيء وهو أثره.

اصطلاحاً: «له ثلاثة معانٍ: الأول: بمعنى النتيجة، وهو الحاصل من الشيء، والثاني: بمعنى العلامة، والثالث: بمعنى الجزء»^(١).

وقيل: هو «حصول ما يدل على وجود الشيء والنتيجة، وأثرت الحديث نقلته»^(٢).

وقيل: ما يطلق على أفعال الصحابة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ**، أو ما يطلق على الحديث الموقوف والمقطوع، وقد يطلق على المرفوع، أو هو كلام السلف^(٣).

ولعل المراد من هذه المعاني هو: النتيجة؛ فإن المسائل المذكورة في هذه الرسالة ترجح فيها جانب أحد المتداعين؛ نتيجة اعتضاد جانبه بقرينة فقهية.

المسألة الثانية: التعريف بمصطلح: (القرائن):

لغة: جمع قرينة، وهي «فعليلة بمعنى مفعولة من الاقتران»^(٤)؛ قال ابن فارس **رَجَمَهُ اللَّهُ:** «القاف والراء والنون أصلان صحيحان، أحدهما يدل على

(١) التعريفات؛ للجرجاني: (ص ٢٢).

(٢) التوقيف على مهات التعاريف؛ للمناوي: (ص ٣٨).

(٣) ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم؛ للتهانوي: (١/ ٩٨).

(٤) النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة: (قرن)، (٢/ ٤٤٧).

جمع شيء إلى شيء، والآخر شيء ينتأ بقوة^(١)، «والقرائن جبال معروفة مقترنة»^(٢).

ولعل أقرب المعاني إلى المراد: المعنى الأول؛ لكون القرينة تكون مصاحبة للقضية، وتكون القضية مشتملة عليها.

اصطلاحاً: يطلق الفقهاء **رَجْمُ اللَّهِ** القرينة على معنيين:

الأول^(٣): ما يكون موضعاً للمقصود ومبيناً المراد، فيدخل في ذلك: القرائن العرفية، والقرائن اللغوية، والقرائن الشرعية - وهي المصطلحات الشرعية - على ما هو مذكور في أبواب تفسير لفظ المكلف من أبواب الأيمان، والوقف، والإقرار، وغيرها.

وقد تكلم عنها الفقهاء قديماً وعرفوها، وأشاروا إليها، وإلى ترتيب النظر فيها في تفسير كلام المكلف^(٤)، وهذا المعنى وإن كان له دور في الإثبات إلا أنه لا يشمل جميع صور القرائن التي هي من أدلة الإثبات بل هو مقتصر على القرينة التي تفسر لفظ المكلف، وهي أوسع من القرينة التي هي دليل إثبات؛ لكونها تدخل في أبواب الديانة التي لا تعرض على القضاء، فالعلاقة بين هذا المعنى للقرينة، والقرينة التي هي دليل إثبات: العموم والخصوص الوجهي.

(١) مقاييس اللغة، مادة: (قرن)، (٧٦/٥).

(٢) لسان العرب، مادة: (قرن)، (٩٠/١٢)، وينظر: مقاييس اللغة، مادة: (قرن)، (٧٧/٥)، القاموس المحيط، مادة: (قرن): (ص ١٢٢٤)، النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة: (قرن): (٤٤٧/٢)، لسان العرب، مادة: (قرن): (١٢/٨٨، ٨٩، ٩١).

(٣) ينظر في تفصيل هذا النوع: القرائن عند الأصوليين؛ للدكتور: محمد المبارك: (١/٤٧ - ٥٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: (١٠/١٩٣)، الحاوي الكبير؛ للهاوردي: (٧/٥١٨)، المغني: (٨/١٩٥)، وذكرت هؤلاء الثلاثة؛ لأنهم كلهم قبل الجرجاني.

الثاني: القرينة التي هي من أدلة الإثبات أمام القضاء، وهو المعنى المراد من هذا المصطلح، ويكاد يتفق الباحثون - فيما اطلعت - على أن أول من عرّف القرائن بهذا المعنى بما يمكن أن يسمى تعريفاً مكتملاً هو الجرجاني فقال هي: «أمر يشير إلى المطلوب»^(١).

ومن قبله من العلماء كانت القرائن مثل غيرها من المصطلحات واضحة عندهم، فلم يشتغلوا بتعريفها، بل ذكروها بعبارات مرادفة مثل: الأمارات ودلائل الحال^(٢)، أو لكونها ليست محل وفاق بينهم على حجيتها؛ أو لأن أكثرهم لم يفردها بباب مستقل من أبواب الفقه، ولذلك اجتهد بعض الباحثين

(١) التعريفات: (ص ٢٨٠)، وهم لم يصرحوا بأوليته، ولكن لم يذكروا تعريفاً لمؤلف قبله، وينظر في ذلك مثلاً: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي؛ للدكتور: إبراهيم الفايز: (ص ٦٢)، القضاء بالقرائن المعاصرة؛ للدكتور: عبد الله العجلان: (١/ ١٠٧)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٣٩-٤٠)، تعارض البنات في الفقه الإسلامي؛ للشنقيطي (ص ١٤١)، وما ورد في الأبحاث المقدمة لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية: (١/ ١١٥، ١٦٠، ٣٨٥)، الطرق الحكمية في القرائن كوسيلة إثبات شرعية؛ للدكتور: حسن بن محمد سفر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر: (٣/ ٣٢٧)، دور القرائن والأمارات في الإثبات؛ للدكتور: عوض عبد الله أبو بكر: (٣/ ٣٥٨)، وهو أصرح من ذكر أولية تعريف الجرجاني، وينظر كذلك: الإثبات بالقرائن والأمارات؛ لمحمد الحاج ناصر: (٣/ ٩٦)، القاموس الفقهي؛ لسعدي أبو حبيب: (ص ٣٠٢)، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية: (ص ١٢٦-١٢٧)، وصرح بعضهم بأنه لم يجد للمتقدمين غيره؛ ينظر في ذلك: القضاء بالقرائن عند ابن قيم الجوزية؛ للدكتور: عبد المجيد السبيل: (ص ٣٢-٣٣).

(٢) ينظر في ذلك مثلاً: الطرق الحكمية؛ لابن القيم: (١/ ٤، ٦)، وينظر في ذلك المراجع المذكورة في الحاشية السابقة نفسها سوى القاموس الفقهي والمرجع الذي قبله.

في تعريف القرينة عند الفقهاء القدامى، فقال: «هي الأمانة المعلومة التي تدل على أمر مجهول على سبيل الظن»^(١).

وقريب من تعريف الجرجاني تعريف من عرف القرينة بأنها: «ما يدل على المراد من غير أن يكون صريحاً فيه»^(٢).

وقد أخذ على تعريف الجرجاني مأخذان^(٣):

الأول: أن هذا التعريف وإن كان دالاً على المراد من القرينة إلا أنه غير مانع من دخول غير القرينة الفقهية فيها كالقرينة اللغوية، والمعنوية، واللفظية، والحالية.

الثاني: أن هذا التعريف مبهم، فهو لا يبين حقيقة المعرف، فلا يذكر أركانه، ولم يتضمن ما يكفي في التعرف على حقيقته، بل بما ورد في التعريف من لفظ: (يشير) يقتصر على القرينة الدالة عن طريق الإشارة^(٤) دون غيرها من القرائن التي تدل بطرق أخرى، فيكون غير جامع لأفراد المعرف.

(١) الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي؛ للفايز (ص ٦٢)، وينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعزايزة (ص ٣٤)، والقرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات (ص ٣٨)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية؛ للدكتور: محمد الزحيلي (ص ٥٠٠).

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء؛ لقلعجي وقنيبي: (ص ٣٦٢)، التعريفات الفقهية؛ لمحمد البركتي: (ص ١٧٣).

(٣) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعزايزة: (ص ٣٥)، القضاء بالقرائن المعاصرة؛ للدكتور: للعجلان: (١/ ١٠٧-١٠٨)، القرائن المادية وأثرها في الإثبات؛ لآل قرون: (ص ٤٠).

(٤) هي دلالة اللفظ بالالتزام دلالة غير مقصودة للمتكلم. ينظر: التحبير شرح التحرير: (٦/ ٢٨٦٨-٢٨٦٩).

وأما التعريف الذي قارب تعريف الجرجاني، فيرد عليه المأخذ الأول فقط.

ولعله يمكن أن يعتذر له بأنه أراد المعنى الأول من معاني القرينة.

وعرفت القرينة بتعريف ثان: «هي الأمانة البالغة حد اليقين»^(١).

وقد أخذ على هذا التعريف مأخذان^(٢):

الأول: أن هذا التعريف غير جامع، فهو مقتصر على القرينة القطعية دون غيرها.

ويمكن أن يجاب على هذا المأخذ: بأن هذا التعريف ورد في المجلة العدلية لتعريف القرينة القاطعة، فنصت المادة التي تضمن التعريف على النص التالي: «القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين»، فلم يقصد بهذا التعريف تعريف القرينة عموماً، وإنما قصد منه تعريف القرينة القاطعة فقط.

الثاني: أنه تعريف للقرينة بالمرادف، وهذا لا يبين حقيقة القرينة وماهيتها؛ لكونه تعريفاً لفظياً^(٣)، وليس حقيقياً.

(١) المادة الحادية والأربعون بعد السبعائة والألف من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعزيزة: (ص ٣٥)، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي؛ للفايز: (ص ٦٣)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات (ص ٤١).

(٣) هو شرح اللفظ بلفظ أشهر منه؛ كقولك في العقار: الخمر، وفي الليث: الأسد، وأكثر الناس استعمالاً لهذا التعريف هم أهل اللغة. ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر: (١/ ٨٤-٨٥)، الإيضاح لقوانين الاصطلاح؛ لابن الجوزي: (ص ١٠٥)، البحث العلمي؛ للدكتور: عبد العزيز الربيع: (١/ ١٨٦، ١٨٨).

وعرفت القرينة بتعريف ثالث هو: «كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه»^(١)، وزاد عليه بعضهم في آخره: (نفيًا أو إثباتًا)^(٢).

ويقرب منه تعريف من عرّف القرينة بـ: «كل علامة أو أمانة تصحب أمرًا فتدل على الحق أو بعضه»^(٣).

وقد أخذ على هذا التعريف مأخذ^(٤):

الأولى: أنه تعريف غير مانع من دخول القرينة غير الاصطلاحية المعروفة عند الفقهاء.

الثانية: أنه ورد فيه كلمة مشتقة من أصل الكلمة المراد تعريفها، وهي كلمة: (تقارن)، فيؤدي ذلك إلى الدور، وهو تعريف الشيء بنفسه، فلا يكتفى به، ويؤدي إلى الإبهام، ولكن التعريف المقارب سالم من هذا الوجه.

الثالثة: أنه تعريف بالمرادف - وهي الأمانة -، فلا يكشف ماهية المعرف.

وأما التعريف الرابع للقرائن، فهو: «الأمانة التي تدل على أمر خفي مصاحب لها، بواسطة نص، أو عرف، أو سنة، أو غيرها»^(٥)، وقريب منه

(١) المدخل الفقهي العام؛ لمصطفى الزرقاء: (٩٣٦/٢).

(٢) تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي (ص ١٤٢).

(٣) القضاء بالقرائن عند ابن قيم الجوزية من كتابه: (الطرق الحكمية)؛ للدكتور: عبد المجيد بن محمد السبيل: (ص ٣٣).

(٤) ينظر: القضاء بالقرائن المعاصرة؛ للعجلان: (١/١٠٨-١٠٩)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات؛ لآل قرون: (ص ٤٢).

(٥) ذكره الدكتور: إبراهيم الفائز، ونسبه إلى الشيخ عبد العال عطوة، في كتابه: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي: (ص ٣٦)، ولم يعزه إلى مرجع، وقد تتابع الباحثون على ذكر هذا التعريف، وعزّوه إلى كتاب الدكتور: إبراهيم الفائز، وينظر مثلاً: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعبدان عزايضة: (ص ٣٦)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في =

تعريف من عرف القرائن بأنها: «الأماراة التي نص عليها الشارع، أو استنبطها الفقهاء باجتهادهم، أو استنتجها القاضي من وقائع الدعوى، وأحوال الخصوم»^(١).

وقد أخذ على هذا التعريف من وجوه^(٢):

الوجه الأول: أنه تعريف للمصطلح بالمرادف، وهذا لا يعطي تصورًا واضحًا للمصطلح.

الوجه الثاني: أنه لم يقتصر على بيان الماهية بل ذكر طرق ثبوتها، فأدخل في المعرف ما ليس منه، فيكون غير مانع.

الوجه الثالث: أنه تعريف غير جامع؛ لأن القرينة الدالة على سبيل الوهم والشك غير داخلة في هذا التعريف^(٣).

وعرفت القرينة بتعريف خامس، بأنها: «الأماراة التي يفهمها القاضي مقارنة للحق دالة عليه»^(٤).

= الإثبات؛ للدكتور: زيد آل قرون: (ص ٤٢)، وقد بحث عنه في كتب الشيخ عبد العال التي اطلعت عليها، وهي: المدخل للسياسة الشرعية، ونظام الحكم، محاضرات في علم القضاء: (قسم التنظيم القضائي)، فلم أجده.

(١) الطرق الحكمية في القرائن كوسيلة إثبات شرعية؛ للدكتور: حسن بن محمد سفر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر: (٣/٣٢٧).

(٢) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعزيزة: (ص ٣٦)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٤٢-٤٣).

(٣) النظام القضائي في الفقه الإسلامي؛ لمحمد رأفت عثمان: (ص ٤٤٦).

(٤) مقارنة المذاهب في الفقه؛ لشلتوت والسائيس: (ص ١٣٧).

وقد أخذ على هذا التعريف مأخذان^(١):

الأول: أن هذا التعريف غير جامع بل مقتصر على نوع واحد من أنواع القرائن، وهي القرائن القضائية، وهي التي يفهمها القاضي من ظروف الدعوى وملاساتها.

الثاني: أنه لم يفد بيان الماهية؛ لأمرين:

الأول: أنه تعريف للقريضة بمرادفها، وهي الأمانة، فلا يكون تعريفاً حقيقياً بل تعريفاً لفظياً^(٢).

الثاني: أنه ورد في التعريف كلمة مشتقة من مصدر القرينة، وهي كلمة: (مقارنة)، فيؤدي ذلك إلى الدور في التعريف: بأن يتوقف فهم التعريف على فهم المعرف^(٣)، وهذا عكس المراد من التعريف.

وأما التعريف السادس للقرينة، فهو: «أنها الوسيلة التي يتوصل بها إلى استنتاج أساسي تطمئن إليه النفس؛ لإثبات واقعة أو نفيها، عند انعدام البيئة القاطعة، ويترتب على استنتاجه حكم واجب التنفيذ، سواء كانت هذه الوسيلة أداة أو واقعة أو حالاً مصاحبة لما أو لمن يراد الحكم عليه بالأدلة أو بعدمها»^(٤).

(١) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعازية: (ص ٣٥)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية؛ للزحيلي: (ص ٤٨٩)، القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/ ١٠٩ - ١١٠)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات (ص ٤٣).

(٢) ينظر: البحث العلمي؛ للربيع: (١/ ١٨٦، ١٨٨).

(٣) ينظر: البحث العلمي؛ للربيع: (١/ ١٩٠، ١٩٧ - ١٩٨)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي؛ لمحمد رأفت عثمان: (ص ٤٤٧).

(٤) الإثبات بالقرائن والأمارات؛ لمحمد الحاج ناصر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر: (٩٨/٣).

وقد أخذ على هذا التعريف مأخذ ثلاثة^(١):

الأول: طول التعريف، مع عدم الحاجة لذلك، وإمكان التعريف بأقصر منه.

الثاني: أنه غير مانع من دخول غير المعرف فيه؛ وذلك أنه ذكر نتيجة القرينة من الحكم واجب التنفيذ.

الثالث: أنه تعريف غير جامع؛ حيث اقتصر على تعريف القرينة القاطعة؛ وذلك في قوله: «ويترتب على استنتاجه حكم واجب التنفيذ»، دون غيرها من أنواع القرائن.

التعريف المختار:

اختار أغلب الباحثين - فيما اطلعت عليه - التعريف الثالث، ولكن لما ورد عليه من اعتراضات ومؤاخذات ومناقشات رأى بعضهم تعديله بما يكون فيه السلامة منها؛ ليكون تعريف القرينة هي: **(كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه)**^(٢)، ويقرب منه تعريف من عرف القرينة: **(أمر ظاهر يستفاد منه في معرفة أمر مجهول)**^(٣).

ولكن يمكن أن يعترض على هذا التعريف: بأنه لم يخرج الشهادة والإقرار، فلا يكون هذا التعريف مانعاً من دخول غير المعرف فيه.

(١) ينظر: القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٤٥).

(٢) حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ لعازيزة: (ص ٣٦)، القضاء بالقرائن المعاصرة؛ للعجلان: (١/ ١١٠).

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ذو الرقم: (١٩٤)، من مجلة مجمع الفقه الإسلامي: (٢٠/٩) في الدورة العشرين عام: ١٤٣٣ هـ.

ولكن يزداد عليه قيد: (دلالة غير صريحة)^(١).

ليكون التعريف المختار للقرينة هي: (كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه دلالة غير صريحة).

شرح التعريف:

(كل أمر): لفظ عام يشمل كل ما يمكن أن يستدل به.

(ظاهر)^(٢): قيد أخرج به الأمر الخفي، فإن الأمر الخفي لا يتوصل إليه لتعلم دلالته.

(يصاحب): قيد أخرج به السابق واللاحق، فهما لا يدلان على المراد، أو يدلان ولكن الاحتمال الوارد عليهما قوي.

(خفياً): يخرج به الظاهر، فإنه لا يحتاج إلى الاستدلال عليه بالقرينة، بل يعاين ويعرف مباشرة، فيخرج بهذا القيد القرينة اللغوية؛ لكونها ظاهرة تصاحب أمراً ظاهراً.

(فيدل عليه): قيد يخرج ما يصاحب أمراً خفياً، ولا يكون ذا دلالة؛ ككون أحد الطرفين بائعاً فقط.

(دلالة غير صريحة): قيد يخرج الشهادة والإقرار، فإن شهادة الشاهد حين المعاملة، تكون ظاهرة يسمعها القاضي، وكانت على المعاملة الخفية، ودلت عليها، ولكن دلالتها مباشرة؛ بأن أحدهما قال كذا أو فعل ونحو ذلك،

(١) ينظر: دور القرائن والأمارات في الإثبات؛ للدكتور: عوض عبد الله أبو بكر؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي؛ العدد الثاني عشر: (٣/٣٥٩).

(٢) وليس الظاهر هنا ضد الأصل بل هو ضد الخفي، وهو استعمال معروف عند الفقهاء كما سيأتي بيانه.

وكذلك الإقرار؛ فإن المقر يتكلم بكلام ظاهر، وهذه دلالة على فعله الأمر الخفي، ولكن دلالاته مباشرة، وهذا القيد يشمل جميع الدلالات غير الصريحة^(١).

ومثاله سيأتي كثيراً في البحث؛ فإن محل الخلاف بين الطرفين يكون خفياً، ولكن ما يعتضد به جانب أحد الطرفين يكون ظاهراً، ويدل دلالة غير صريحة على تقديم قوله.

المسألة الثالثة: التعريف بمصطلح: (الفقهية):

لغة: الفقهية جمع فقهي، وهو مصدر أضيفت إليه ياء النسب^(٢)، قال ابن فارس: «الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به»، والفهم^(٣).

اصطلاحاً: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»^(٤).

(١) وهي ما دل على المراد من حيث هو لازم له، وهو ثلاثة أنواع: اقتضاء وإشارة وإيحاء. ينظر: التحجير: (٢٨٦٨/٦).

(٢) هي الياء التي إذا قصدوا نسبة شيء إلى أب أو قبيلة أو بلد أو نحو ذلك جعلوها آخره مشددة مكسوراً ما قبلها؛ كقولك في النسب إلى زيد: (زيدي). ينظر: شرح الأشموني على الألفية: (١٥٠/٣)، شرح ابن عقيل على الألفية: (٤٥٠/٢)، شرح الكافية الشافية؛ لابن مالك: (٢١٨/٢).

(٣) مقاييس اللغة: مادة: (فقه) (٤٤٢/٤)، وينظر: لسان العرب: مادة: (فقه): (٢١٠/١١)، القاموس المحيط: مادة: (فقه): (ص ١٢٥٠)، النهاية: مادة: (فقه): (٣٨٧/١)، المصباح المنير: مادة: (فقه): (ص ١٨٢).

(٤) جمع الجوامع للسبكي مع شرحه البدر الطالع: (٣٨/١)، التعريفات: (ص ٢٧٢)، أبجد العلوم؛ لصديق حسن خان: (٤٠٠/٢)، المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية، =

ولأن الخلاف في تعريف: (الفقه) أصولي لا فقهي؛ ولطول ذيوله وتشعبه؛ ولسلامة هذا التعريف من الاعتراضات أو أغلبها رأيت الاقتصار عليه.

والمراد هنا: كتب الفقه التي صنفها الفقهاء؛ فالقرينة المقصودة هنا هي التي ذكرها الفقهاء في كتبهم، وسيأتي مزيد بيان لها - إن شاء الله - في المبحث التالي.

المسألة الرابعة: التعريف بمصطلح: (ترجيح):

لغة: مصدر الفعل: (رَجَّح)؛ قال ابن فارس: «الراء والجيم والحاء؛ أصل واحد يدل على رزانة وزيادة»^(١)، وللرجحان معان في اللغة، منها^(٢):

١- الميل، ومنه: رَجَحَ الميزان يَرَجِّحُ - مثلثة - رُجُوحًا، ورُجْحَانًا: مال.

٢- الامتلاء، ومنه قولهم: جِفَان رُجُحٌ؛ ككُتُب، أي: مملوءة ثريدًا.

٣- الثقل، ومنه: رَجَحَ الشيء يَرَجِّحُ إذا ثقل، وكتائب رُجُحٌ: جرارة ثقيلة.

ولعل المقصود من هذه المعاني المعنى الثاني مما ذكره ابن فارس، والمعنى الأول مما ذكر بعده، فإن القرينة الفقهية لما اعتضدت بجانب أحد المتداعين، زاد جانبه بما جعل الحكم يميل معه.

= وينظر: روضة الناظر لابن قدامة: (١/٥٩-٦٠) مع تعليق محققه الدكتور: عبد الكريم النملة.

(١) مقاييس اللغة: مادة: (رجح): (٢/٤٨٩).

(٢) القاموس المحيط: مادة: (رجح): (ص٢١٨-٢١٩)، لسان العرب: مادة: (رجح):

(٦/١٠٤).

اصطلاحًا: عرف بعدة تعاريف، فقيل: «إثبات مرتبة في أحد الدليلين على الآخر»^(١).

وقيل: «تقوية أحد الدليلين بوجه معتبر، وعبر بعضهم بزيادة وضوح في أحد الدليلين، وبعضهم بالتقوية لأحد المتعارضين أو تغليب أحد المتقابلين»^(٢).

وللتهانوي كلام حسن في توضيح الترجيح عند الفقهاء يحسن إيراده، فيقول **رَحْمَةُ اللَّهِ:** «وللفقهاء ترجيح خاص يحتاج إليه في استنباط الأحكام، وذلك لا يتصور فيما ليس فيه دلالة على الحكم أصلاً، ولا فيما دلالة عليه قطعية؛ إذ لا تعارض بين قطعيين ولا بين قطعي وظني، بل لا بد من اقتران أمر بما يقوى به على معارضها، فهذا الاقتران الذي هو سبب الترجيح، وهو المسمى بالترجیح في مصطلح القوم...»^(٣).

المسألة الخامسة: التعريف بمصطلح: (الدعوى):

لغة: قال ابن فارس: «الذال والعين والحرف المعتل أصل واحد، وهو أن تُبَيِّلَ الشَّيْءَ إِلَيْكَ بصوت وكلام يكون منك...، وتداعت الحيطان؛ وذلك إذا سقط واحد وآخر بعده، فكأن الأول دعا الثاني...، ولبني فلان أدعية يتداعون بها، وهي مثل الأغلوطة، كأنه يدعو المسؤول إلى إخراج ما يعميه عليه»^(٤).

(١) التعريفات: (ص ٧٩).

(٢) التعاريف؛ للمناوي (ص ٩٥).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (١ / ٤١٦).

(٤) مقاييس اللغة مادة: (دعو): (٢ / ٢٧٩-٢٨٠).

إن الدعوى عرفت بتعاريف كثيرة^(١) منها:

تعريف الحنفية:

«قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير»^(٢).

«هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي»^(٣).

ويؤخذ على هذين التعريفين: أن التعريف بهما غير مانع لدخول دعوى الفضولي؛ فإنه يطالب بحق على غيره بحضور القاضي، ولكنه يطالب لغيره، لا لنفسه ولا لمن يمثله، وهي دعوى غير صحيحة اصطلاحاً^(٤).

تعريف المالكية:

«طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب على أحدهما معتبرة شرعاً لا

تكذيبها العادة»^(٥).

وأخذ على هذا التعريف: أنه غير مانع من دخول الدعوى بمعناها اللغوي، وذلك لعدم تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء؛ فإنه الفرق الجوهري بين الدعوى بمعناها الاصطلاحي، والدعوى بمعناها اللغوي، فكان الأولى ذكره، خصوصاً أن التعريف تعرض لذكر شروط أخرى^(٦).

(١) ينظر في تعاريف الدعوى: الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي؛ للدكتور: عدنان الدقيلان: (ص ٦٧-٧٦)، أحكام دعاوى الحيابة في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة)؛ للدكتور: فهد الحسون: (ص ٢٥-٣٠)، أحكام الدعوى القضائية؛ لمعالي الشيخ: عبد الله آل خنين: (ص ١٣-١٧).

(٢) التعريفات: (ص ١٧٤).

(٣) مجلة الأحكام العدلية، الكتاب الرابع عشر، المادة: (١٦١٣).

(٤) ينظر: أحكام دعاوى الحيابة: (ص ٢٦). (٥) الفروق: (٤ / ٧٢).

(٦) ينظر: أحكام دعاوى الحيابة: (ص ٢٧).

«قول هو بحيث لو سُلمَّ أو جب لقائله حقاً»^(١).

وأخذ على هذا التعريف: «أنه غير جامع للدعوى التي ينشئها أصحابها بغير القول؛ كالكتابة والإشارة»^(٢).

تعريف الشافعية:

«إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به»^(٣).

«إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم»^(٤).

ويؤخذ عليهما: أن أهم ما في الدعوى هو الطلب لا الإخبار، فيكون بذلك لم يتضمن أهم ما يكون في الدعوى وهو المطالبة^(٥).

تعريف الحنابلة:

«إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته»^(٦).

«طلب الشيء زاعماً ملكه»^(٧).

(١) حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع: (٢ / ٦٠٨).

(٢) ينظر: أحكام دعوى الحيازة: (ص ٢٨).

(٣) تحفة المحتاج: (١٠ / ٢٨٥)، وينظر: شرح عماد الرضا ببيان أدب القضا؛ للمناوي:

(١ / ٥٩-٦٠). (٤) نهاية المحتاج: (٨ / ٣٣٣).

(٥) والفقهاء وإن اختلفوا في اشتراط التصريح بالمطالبة إلا أن خلافهم هذا مبني على أن دلالة الحال هل تكفي عن التصريح بالمطالبة أم لا؟، فالمطالبة عندهم مراعاة صراحة سواء بدلالة اللفظ أو بدلالة الحال. ينظر في الخلاف في المسألة: الدعوى القضائية: (ص ٢١٤-٢١٦). (٦) شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٦ / ٦٠٠).

(٧) ينظر: المطلع على أبواب المقنع مع المقنع: (٣ / ٣٥٤).

وأخذ على التعريفين: أنهما يشملان ما يدخل في الدعوى اللغوية دون أن يكون داخلاً في الدعوى الاصطلاحية من نحو طلب الحق عند غير الحاكم ومن في حكمه، فلا يكون هذا التعريف مانعاً^(١).

تعريف المعاصرين:

اختار أكثر الباحثين المعاصرين - فيما اطلعت عليه - التعريف بأن الدعوى: «قول مقبول، أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له، أو لمن يمثله، أو حمايته»^(٢).

ويؤخذ عليه أنه: قاصر على الدعوى أمام القاضي، ولم يدخل فيه الدعوى أمام غيره من المحكّمين وغيرهم رغم دخول هذه الدعوى في مصطلح الدعوى، وعليه يكون التعريف غير جامع.

وعرفها بعضهم بأنها: «قول أو ما في معناه، معتد به شرعاً، ينسب به المدعي حقاً لنفسه، أو من يمثله، قبل غيره لدى القاضي ومن في حكمه»^(٣).
ويؤخذ عليه أمران:

الأول: أنه ورد في التعريف أحد اشتقاقات الدعوى، وهو لفظ: (المدعي)، فيؤدي التعريف بهذا التعريف إلى الدور بتعريف الشيء بنفسه، وتوقف فهم معناه على نفسه.

الثاني: خروج بعض أفراد المعرف من التعريف، وهو الدعوى بحماية الحق، ومنع التعرض له، وعليه يكون التعريف غير جامع.

(١) أحكام دعاوى الحيازة: (٢٩-٣٠).

(٢) الدعوى القضائية: (ص٧٦)، أحكام دعاوى الحيازة: (ص٣٠).

(٣) أحكام الدعوى القضائية: (ص١٥).

ويمكن أن يجاب على هذا المأخذ: بأن حماية الحق حق، وعليه يمكن أن يدخل في عموم لفظ (حقًا) الوارد في التعريف.

التعريف المختار:

ويظهر مما سبق أن أتم تعريفين، وأقربهما للكمال هما التعريفان الأخيران، وعليه يمكن أن يعدل عليهما، فيصاغ منهما تعريف يسلم من المأخذ المذكورة، فيكون:

«قول أو ما يقوم مقامه، معتد به شرعًا، يقصد به إنسان طلب حق له، أو لمن يمثله، لدى القاضي ومن في حكمه».

المسألة السادسة: التعريف بمصطلح: (أبواب المعاملات المالية):

إن أبواب المعاملات المالية مصطلح يطلق على مجموعة من الأبواب والكتب الفقهية هي: (كتاب البيع، وباب السلم، والقرض، والرهن، والضمان والكفالة، والحوالة، والصلح وأحكام الجوار، والحجر، والوكالة، وكتاب الشركة، وباب المساقاة والمناصفة والمزارعة، وباب الإجارة، والسبق والمناضلة، والعارية، والغصب، والشفعة، والوديعة، وإحياء الموات، والجعالة، واللقطة، واللقيط)^(١).

(١) ينظر: كتاب كشاف القناع عن متن الإقناع؛ للبهوتي، وذكرت الأبواب على ترتيبه؛ لأن منهج البحث قائم على هذا الكتاب، وأما كتاب الوقف والهبة والعطية والوصايا، فهي مختلفة موضوعًا عن المعاملات المالية (ينظر: ترتيب الموضوعات الفقهية؛ للأستاذ الدكتور: عبد الوهاب أبو سليمان: (ص ٧٦))، ويؤيد ذلك أن صاحب الروض المربع جعل هذه الأبواب كلها تحت كتاب البيع. ينظر: حاشية الروض المربع: (٤/ ٣٢٥ - ٥٢٩/٥).

وتختلف المذاهب في ترتيب هذه الأبواب فبعضهم يؤخرها، وبعضهم يقدمها، وبعضهم لا يجعلها متوالية بل يفرقها.

فمذهب الحنفية تفريقها، وتأخيرها، فيجعلها بعد كتاب النكاح، فبدأ من هذه الأبواب باللقيط واللقطة، ويجعل بينها كتاب الوقف، والقضاء، والشهادة، والدعوى، والإقرار، والمكاتب، والولاء، والإكراه، والقسمة، وكتاب الذبائح، وكتاب الأشربة، والصيد^(١).

وأما المالكية، فجعلوها القسم الثالث من الكتاب الفقهي عندهم، وجعلوها متوالية، فلم يجعلوا بينها إلا باب القسمة، وباب الإقرار^(٢).

وأما الشافعية، فهي القسم الثاني عندهم، ومتوالية أيضًا، ولم يدخلوا بينها إلا كتاب الإقرار، وجعلوا كتاب الوديعة بعد الفرائض، وكذلك كتاب السبق جعلوه بعد كتاب الصيد والذبائح^(٣).

وأما الحنابلة، فمثل الشافعية إلا أنهم لم يفرقوا بينها بل جعلوها متوالية^(٤).

المسألة السابعة: التعريف بمصطلح: (التطبيقات القضائية):

يقصد بالتطبيقات القضائية؛ الصور العملية الواقعة في القضاء؛ لقرينة فقهية، أو لمسألة أثيرت فيها قرينة فقهية، وهذا يشمل ثلاثة أمور:

(١) ينظر: ترتيب الموضوعات الفقهية؛ للأستاذ الدكتور: عبد الوهاب أبو سليمان: (ص ٢١-٣٩).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (ص ٤٩-٥٠).

(٣) ينظر: المرجع السابق: (ص ٦١-٦٧).

(٤) ينظر: المرجع السابق: (ص ٧٥-٧٦).

الأول: الأنظمة واللوائح القضائية.

الثاني: المبادئ والقرارات الصادرة من الجهات القضائية العليا.

الثالث: الأحكام والقرارات القضائية.

المطلب الثاني التعريف بالعنوان كمركب إضافي



دراسة نتيجة اعتضاد أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً - فيدل عليه دلالة غير مباشرة - ذكر في كتب الفقهاء في تقوية جانب أو كلام أحد المتخاصمين على الآخر؛ في المسائل الشرعية الحاكمة لكل ما فيه منفعة مقصودة يعتد بها شرعاً، والصور الواقعية لهذا الأمر أو النتيجة في العمل الذي يتم فيه إظهار حكم الشرع في الخصومات على وجه خاص ممن له الولاية، والإلزام به.

المبحث الثاني أقسام القرائن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أقسام القرائن باعتبار مصدرها.

المطلب الثاني: أقسام القرائن باعتبار علاقتها بمدلولها.

المطلب الثالث: أقسام القرائن باعتبار قوة دلالتها.

المطلب الأول

أقسام القرائن باعتبار مصدرها^(١)



وفيه خمس مسائل:

وتنقسم القرائن بهذا الاعتبار أربعة أقسام يجري تناول كل قسم في

مسألة مستقلة:

المسألة الأولى: القرائن النصية:

وهي القرائن التي مصدرها أحد مصادر التشريع النصية النقلية، وهي:

الكتاب، والسنة، وأقضية الصحابة، ولها أمثلة كثيرة:

فمن القرآن:

١- قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَتْ وَيَالْتَجْمِرُ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾^(٢).

(١) ينظر: القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية؛ للأستاذ الدكتور: صالح بن غانم السدلان: (ص ٢٠-٢٣)، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي؛ للفائز: (٧١)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٥٤-٥٥)، القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/ ١١٤-١١٥)، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية: (ص ٤٠-٤١)، تعارض البنات في الفقه الإسلامي؛ للدكتور: محمد بن عبد الله الشنقيطي: (ص ١٤٢-١٤٥)، التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن وأثرها في إثبات الأحكام؛ للدكتور: فهد بن سعد الجهني؛ (١/ ٨٧-٩٠) من الأبحاث المقدمة لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية.

(٢) سورة النحل، الآية (١٦).

وجه الدلالة: أن الله تعالى امتن على عباده بما جعله من علامات ونجوم يهتدون بها، ويستدلون بها على الطرق والجهات، وهي قرائن، فكانت النجوم والعلامات بذلك قرينة معتبرة بالنص^(١).

٢- وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَعْضُونَ أَصْوَاتَهُمْ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ أُولَئِكَ الَّذِينَ امْتَحَنَ اللَّهُ قُلُوبَهُمْ لِلتَّقْوَى لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَأَجْرٌ عَظِيمٌ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن الله جعل غض الأصوات عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علامة على خلوص القلب للتقوى، وهو قرينة، فيكون ذلك اعتبارًا لهذه القرينة بالنص^(٣).

ومن السنة:

١- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٤).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذا الحديث اعتبر الفراش دليلًا على النسب، وهو قرينة، فيكون الفراش بذلك قرينة دل على اعتبارها بالنص^(٥).

(١) ينظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن؛ لابن جرير: (١٤/١٩٢-١٩٤).

(٢) سورة الحجرات، الآية (٣).

(٣) ينظر: تفسير القرآن الكريم: (الحجرات، ق، الذاريات، الطور، النجم، القمر، الرحمن، الواقعة، الحديد)؛ لابن عثيمين: (ص ٢٠)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٥٤).

(٤) متفق عليه: رواه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، (١/٥٩٤)، برقم: (٢٠٥٣)، ومسلم في صحيحه في كتاب الرضاع، ([٣٦٠٦] ٣٢-٣٢). ((١٤٥٥)).

(٥) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج؛ للنووي: (٤٣/١٠)، زاد المعاد في هدي خير العباد؛ لابن القيم: (٥/٣٦٨)، فتح الباري؛ لابن حجر: (١٢/٤٤).

٢- عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أنها قالت: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل علي مسرورًا، تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم تري أن مجرِّزًا نظرَ أنفًا إلى زيد بن حارثة، وأسامة بن زيد، فقال: إن بعض هذه الأقدام لمن بعض»^(١).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرح بأمر القائف وخبره، ولا يفرح صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا بما هو حق، فتكون القيافة حقًا، فيكون ذلك اعتبارًا للقرينة - وهي القيافة - بالنص^(٢).

ومن أقضية الصحابة:

قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا، وأرخی سترًا، فقد وجب الصداق والعدة^(٣).

وجه الدلالة: أن الخلفاء الراشدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ اعتبروا إغلاق الباب وإرخاء الستر موجبًا للصداق والعدة، وهما قرينتان، فكانتا بهذا القضاء منصوبًا عليهما^(٤).

(١) رواه البخاري في صحيحه في كتاب المناقب، باب صفة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، (١/ ٩١٤)، برقم: (٣٥٥٥)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الرضاع، (ص ٥٣٥ - ٥٣٦)، برقم: (٣٦١٧) - ٣٨ - (١٤٥٩).

(٢) ينظر: أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري؛ للخطابي: (٣/ ١٥٩٣).

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب النكاح - واللفظ له -، باب وجوب الصداق، (٦/ ٢٨٨)، برقم: (١٠٨٧٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح، باب من قال: إذا أغلق الباب أو أرخی الستر فقد وجب الصداق، (٦/ ١٣٣٠)، برقم: (١٦٩٤٨)، من طريق زرارة بن أوفى وهو منقطع؛ فإن زرارة بن أوفى لم يدرك أحدًا من الخلفاء الراشدين، ولكن صح هذا القضاء عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا تنظر تفاصيل ذلك في: أقضية الخلفاء الراشدين - جمعًا ودراسة -؛ للدكتور: آر - كي - نور محمد: (١/ ٤٩ - ٥٧).

(٤) حاشية الروض المربع؛ لابن قاسم: (٧/ ٤٧).

وحكم هذه القرائن أنه يجب العمل بها، وبناء الحكم عليها؛ لعموم أدلة حجية الكتاب والسنة وقضاء الصحابة، وذلك ما لم يعارضها ما هو أقوى منها، كما سيجري بيانه في مبحث تعارض القرائن - إن شاء الله تعالى - (١)(٢).

المسألة الثانية: القرائن الفقهية:

وهي القرائن التي نص عليها الفقهاء في كتبهم، واستنبطوها باجتهادهم وبعضها متفق عليه^(٣)، وبعضها مختلف فيه، وفي هذا البحث سيجري - إن شاء الله تعالى - دراسة جملة منها كان لها الأثر.

وحكم القرائن الفقهية أنها لا تخلو من حالين:

الحال الأولى: أن تكون متفرعة ومبنية على دليل نصي مما ذكر في المسألة الماضية، أو دليل متفق عليه؛ كالإجماع، فهذه حكمها حكم القرائن النصية^(٤).

(١) وجعل بعض الباحثين العرف من القرائن النصية؛ لاعتباره بأدلة نصية: (ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ للأستاذ الدكتور: محمد علي السرطاوي؛ وهو بحث مقدم في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي: (ص ١٤)) ولعل هذا غير مسلم؛ لأنه لو توسع في التعبير بالقرائن النصية على مثل هذه القرائن، فستدخل جميع القرائن من فقهية وقضائية ومعاصرة في القرائن النصية؛ لأن الأدلة الشرعية من كتاب وسنة دلت على حجية القرائن عموماً، والأقرب أنه من القرائن الفقهية؛ لأن الفقهاء استنبطوا حجيتها، ولم يدل دليل بمفرده على حجية العرف، بل دل عليه مجموع أدلة: (ينظر: قاعدة العادة محكمة؛ للدكتور: يعقوب الباسين: (ص ١١٩) وما بعدها، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة؛ للدكتور: عادل قوته: (١/١٢٧) وما بعدها).

(٢) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ لسرطاوي؛ وهو بحث مقدم في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي: (١٤).

(٣) ينظر في بعض القرائن المتفق عليها: الطرق الحكمية: (١/٤٨-٥١).

(٤) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ لسرطاوي؛ وهو بحث مقدم في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي: (ص ١٤-١٥).

الحال الثانية: أن لا تكون مبنية على دليل نصي، أو متفق عليه، فهذه ينظر فيما بنيت عليه، فإن كانت بنيت على مناط ثابت ومستمر، فهذه تعتبر وفق النظر الفقهي، وأما إن كانت بنيت على مناط متغير، فهذه يتغير اعتبارها بتغير ما بنيت عليه^(١).

وذلك ما لم يعارضها ما هو أقوى منها.

المسألة الثالثة: الفرق بين القرائن النصية والقرائن الفقهية:

يعتبر بعض الباحثين القرينة النصية والفقهية نوعاً واحداً باسم: (القرائن الشرعية)^(٢)، أو باسم: (القرائن الفقهية) وهي التي ورد فيها نص شرعي أو نص فقهي يلتزمه القاضي^(٣)، ويستدل لذلك بأن القاضي يلتزم بالقرائن الفقهية في مواضعها إلا إذا كان مجتهداً مطلقاً، فله أن يقضي بما توصل إليه اجتهاده، ولا يلزم بالحكم باجتهاد غيره، كما أن لكليهما صفة العموم، ومجارة للتقسيم القانوني للقرائن^(٤)، كما أن القرائن الفقهية قد تكون نصية؛ مثل: الإنكار؛ فإنه قرينة نصية بقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين**

(١) ينظر: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام؛ للقرافي: (ص ٢١٨-٢٢٠)، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ لمعالي الشيخ: عبد الله بن محمد آل خنين: (١٠٢/٢).

(٢) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية: (ص ٤١)، إثبات الدعوى الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ للدكتور: سامح السيد جاد: (٥٤-٥٥)، حجية القرائن في الإثبات الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي؛ لمحمد أحمد ضو الترهوني: (ص ١٢٥-١٣٠).

(٣) ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية: (١/٤٩٥).

(٤) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية: (ص ٤١)، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي: (١٠٢/٢)، طرق الإثبات الشرعية؛ لأحمد إبراهيم: (ص ٦٨٧).

على من أنكر»^(١)، وهي كذلك فقهية؛ فإن الفقهاء رجحوا قول أحد المتداعين بأنه منكر، وسيأتي -إن شاء الله- مزيد بيان وتفصيل لهذه القرينة في فصلها. ويرى بعضهم أن بينهما فرقاً، وهو: أن القرينة النصية العمل بها دائم ولا يترك إلا إذا عارضها ما هو أقوى منها، وأما الفقهية؛ فإنها قد تكون مبنية على عرف طارئ، فإذا تغير ترك العمل بها، وروعي التغير الجديد^(٢).

ولعل العلاقة بينهما هي العموم والخصوص الوجهي، فهما يشتركان فيما ذكر الرأي الأول، ويختلفان فيما ذكر في الرأي الثاني.

المسألة الرابعة: القرائن القضائية^(٣):

وتسمى القرائن الاجتهادية، وهي القرائن التي يستنبطها ويستشفها القاضي من وقائع الدعوى، وهي تعتمد على الذكاء والفطنة، وهي لا حد

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى - واللفظ له - في كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه: (٤٢٧/١٠)، برقم: (٢١٢٠١)، والدارقطني في سننه في كتاب في الأقضية والأحكام، في المرأة تقتل إذا ارتدت: (٤٦٠/٣)، برقم: (٤٤٢٧/٥١)، وحسنه النووي في الأربعين عند ذكره في الحديث: (٣٣)، وابن حجر في فتح الباري: (٣٤٨/٥).

(٢) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي: (١٠٢/٢).

(٣) يرى بعض الباحثين أن القرائن الفقهية والقضائية قسم واحد، ويجعلها باسم: القرائن المستنبطة)، (ينظر: القضاء بالقرائن عند ابن قيم الجوزية؛ للسبيل: (ص ٧٠-٧١))، ولكن هذا وإن كان يقبل بجامع أن كليهما مستنبط، فهذا من استنباط الفقهاء، وهذا من استنباط القضاة؛ إلا أن بينهما فرقين جوهريين: الأول: أن القرائن الفقهية مستنبطة من أصول المذهب، وأما القرائن القضائية، فهي مستنبطة من وقائع القضية، وأما الفرق الثاني: أن القرائن الفقهية لها من الحجية ما ذكر سابقاً بخلاف القرائن القضائية، فهي خاضعة لتقدير القاضي وطمأنينته واقتناعه، فهي أدلة وقوع غير محصورة.

لها؛ لكونها أدلة وقوع، فكل ما دل على الوقوع صح الاعتماد عليه^(١)، ومنها:
عدم سقوط الدعوى بتقادم الحق إذا كان بين الزوجين؛ لما بينهما من
الألفة والمودة التي يتسامح فيها عن الحقوق.

وكون طالب النفقة غنياً غير محتاج للنفقة؛ لاعترافه بأنه سدد قرضاً
بمبلغ ليس قليلاً؛ ولمضي مدة طويلة استطاع العيش فيها وتلبية احتياجاته
دون النفقة التي يطالب بها، وغير ذلك من القرائن.

وهذه القرائن قد تبدأ قضائية بالوصف المذكور أولاً، ثم يتتابع القضاة
عليها وعلى تدوينها وجريان العمل بها، فتكون فقهية.

ولعل فيما يرد من تطبيقات قضائية في هذه الرسالة ما يبين ذلك^(٢)، وعلى
القاضي أن لا يجعل ذائقته الخاصة وطمأنينته الشخصية معياراً لاعتبار
القرائن؛ فإن في اعتبار ما لا ينضبط ويدل على الحقيقة دلالة صحيحة - ظنية
أو قطعية - إقامة للظلم ومجافاة للعدل^(٣)، وما ورد في هذا المبحث، وما
سيرد - إن شاء الله - في مبحث قادم يبين معايير وضوابط للأخذ بهذه
القرائن وغيرها.

(١) ينظر: الطرق الحكمية: (٣١ / ١).

(٢) ينظر: أخبار القضاة؛ لوكيع، وقد أفاض ابن القيم **رَحْمَةُ اللَّهِ** في كتابه الطرق الحكمية:
(١ / ٦٥-١٣٥) في ذكر أمثلة كثيرة لهذا النوع، فراجعه فإن فيه ما يفيد ويمتع، وقد
درست هذه الأفضية - في كلا الكتابين - بحوث تكميلية في المعهد العالي للقضاء.

(٣) ينظر: الطرق الحكمية: (٣١ / ١).

المسألة الخامسة: القرائن الطبيعية^(١):

وتسمى القرائن الفنية أو العلمية، ومصدرها الاكتشافات، والتجارب الميدانية، والمعامل المخبرية، وما يتجدد للإنسان من العلم بالقوانين التي وضعها الله **عَزَّوَجَلَّ** في الطبيعة، وما يظهر له من الاستقراء؛ وذلك مثل الحكم بموت إنسان مضى عليه أكثر من تسعين عاماً كما قال به بعض الفقهاء^(٢).

وضعف حجية هذه القرائن معتمد على أمور:

الأول: تغير ما بنيت عليه من اكتشاف خطئه كما لو كان أمراً كان معروفاً عند المتقدمين بناء على ما لديهم من علوم ثم ظهر خطؤه عن طريق التجارب والأبحاث والتقدم العلمي^(٣).

(١) وقد عدّه كثير من الباحثين من أقسام القرينة عند أهل القانون: (ينظر في ذلك مثلاً: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (١/٤٩٨)، طرق الإثبات الشرعية: (ص ٦٨٥)) ولكن بعد كثرة الدراسات في هذا الباب وجدت أنها تصلح أن تكون نوعاً مستقلاً من أنواع القرائن في الشريعة الإسلامية.

(٢) ينظر: طرق الإثبات الشرعية: (ص ٦٨٥)، كما ذهب إليه الحنابلة في المفقود على خلاف بين الفقهاء في تقدير ذلك. ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١٨/٢٢٥-٢٢٧).

(٣) ولم أجد لها مثلاً من القرائن، ولكن ضرب لهذا المبدأ - أعني تغير الحكم لاكتشاف خطأ ما بنى عليه المتقدمون الحكم - بعض الباحثين مثلاً، وهو تحريم بيع بعض الحشرات لذاتها؛ فإنه مبني على أن الحشرات لا نفع فيه، ولكن أفادت الاكتشافات المعاصرة وجود نفع فيها، وما ذلك إلا لما هو من معارف الفقهاء في زمانهم من عدم نفعها. ينظر: تأصيل بحث المسائل الفقهية؛ للدكتور: خالد السعيد: (ص ٣٢)، أحكام الحشرات في الفقه الإسلامي؛ لكهال صادق ياسين: (ص ١٩٧، ٢٠٤-٢٠٥)، ولكن قد يكون هذا المثال قرينة، بأن يستدل القاضي ببيع المدعى عليه الحشرات التي نص الفقهاء على تحريم منعها على تساهل فاعلها وتهتكه وعدم مبالاته مما يكون له دور في تغليب العقوبة عليه، أو يستدل بها على سفهه للحجر عليه، فيكون هذا الاكتشاف المعاصر راداً لهذه القرينة ومبطلاً لها.

الثاني: ما يرد على دليل الاستقراء من قوادح تضعفه، وقصور ينقض حجتيه^(١).

الثالث: الاحتمال الوارد على هذه القرائن الذي قد يضعف حجيتها، ويجعلها غير صالحة للإثبات؛ لكونها لا تعكس الواقع حقيقة؛ مثل قرينة: مطابقة آثار الطلاء^(٢).

الرابع: عدم كونها مثبتة، لأن الكلام فيها والتجارب لم تصل إلى النتيجة النهائية؛ لكون هذه القرائن حديثة الاكتشاف؛ مثل: قرينة بصمة العين والأذن^(٣).

فإذا خلت من هذه الأمور صلحت للإثبات، وإذا وجد فيها أحدهما لم تصلح للإثبات استقلالاً، ولكن يمكن الاستفادة منها حال اقترانها بغيرها، ويدخل في هذه القرائن: القرائن المادية المعاصرة، والقرائن المبنية على العادة والعرف مما لم ينص عليه الفقهاء.

(١) ينظر: شرح الكوكب المنير؛ لابن النجار: (٤/٤١٨-٤٢١).

(٢) وينظر في هذه القرائن وتفصيلها: القضاء بالقرائن المعاصرة، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات، والجزء الثاني من بحوث مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثرها الفقهية.

(٣) وينظر في هذه القرائن وتفصيلها: المراجع السابقة.

المطلب الثاني

أقسام القرائن باعتبار علاقتها بمدلولها^(١)



وفيه ثلاث مسائل:

وتنقسم بهذا الاعتبار قسمين، يتم تناول كل قسم بمسألة مستقلة.

المسألة الأولى: القرائن العقلية:

وهي القرائن التي تستند في دلالتها على العمليات العقلية، وتكون مستقرة وثابتة؛ فتعتمد على الأثر والمؤثر، والمقدمات والنتائج العقلية، وتكون مستمرة في جميع الظروف ولا تتغير؛ وذلك كوجود كسر في الجسم الزجاجي، فهذا يدل على أنه سبق بانكسار، وكوجود رائحة الخمر، فهذا يدل على شربها، ونحو ذلك من الاستنتاجات العقلية.

وأغلب القرائن النصية والفقهية من هذا النوع، ولعل القرائن المتعلقة بالأصل من هذا النوع.

(١) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية: (ص ٤٣)، القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية: (٢٢-٢٣)، القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/ ١٢١-١٢٣)، الطرق الحكمية في القرائن كوسيلة إثبات شرعية؛ للدكتور: حسن بن محمد سفر؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ العدد الثاني عشر: (٣/ ٣٣١)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٦٢-٦٤)، حكم الإثبات بالقرائن والأمارات؛ للحداد: (ص ٣)، وهو بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي: ١٤٣٣هـ.

المسألة الثانية: القرائن العرفية:

وهي القرائن التي تستند على العرف في دلالتها على مدلولها، فإذا تغير العرف تغيرت دلالتها، وهذا له أمثلة كثيرة، ومن ذلك:

ما روي عن مالك: «إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول: أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض؛ لأن هذه كانت عاداتهم في المدينة: أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، وقد اختلفت بعد ذلك عاداتهم، فأصبح القول قول المرأة مع يمينها؛ لأجل اختلاف العوائد»^(١).

ولعل غالب القرائن المتعلقة بالظاهر من هذا النوع.

المسألة الثالثة: الفرق بين القرائن العقلية والعرفية:

أن القرائن العقلية ثابتة ومستقرة لا تتغير؛ لكونها مرتبطة بنص شرعي، أو بسنة كونية، فلا تتغير إلا بتغيرها، وذلك بخلاف القرائن العرفية، فهي تتغير بتغير ما بنيت عليه.

(١) ينظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام؛ للقرافي: (ص ٢١٩-٢٢٠).

المطلب الثالث

أقسام القرائن باعتبار قوة دلالتها^(١)

وفيه أربع مسائل^(٢):

وتنقسم القرائن بهذا الاعتبار أربعة أقسام، أتناول كل قسم في مسألة مستقلة.

(١) يرى بعض الباحثين: أن هذا التقسيم خاص بالقرائن القضائية (ينظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي: (١٠٣/١-١٠٤))؛ حيث جعل معالي الشيخ الأقسام بهذا الاعتبار أقساماً للقرائن القضائية، بينما يظهر من تصرفات بقية المؤلفين في هذا التقسيم بهذا الاعتبار أنه يشمل جميع أنواع القرائن: (ينظر: بقية المراجع المذكورة في الحاشية التالية)، ولعله يمكن الجمع بينهما بأن ما يدخل في جميع أقسام القرائن بهذا الاعتبار هي القرائن القضائية، وأما ما يدخل في أحدها أو بعضها، فيدخل فيه جميع أنواع القرائن، فالنصية لا تكون إلا من النوع الأول، ونحو ذلك.

(٢) ينظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية؛ (ص ٣٧-٣٩)، القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية: (ص ٢٣-٢٤)، تعارض البينات في الفقه الإسلامي: (ص ١٤٢-١٤٤)، الطرق الحكمية في القرائن كوسيلة إثبات شرعية؛ للدكتور: حسن بن محمد سفر؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ العدد الثاني عشر: (٣/٣٣١-٣٣٣)، القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/١٢٣-١٢٧)، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي: (١/١٠٣-١٠٤)، القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ٥٨-٦٢)، حكم الإثبات بالقرائن والأمارات؛ للدكتور: أحمد بن عبد العزيز الحداد: (ص ٣-٤)، وهو بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي: ١٤٣٣هـ، التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن وأثرها في إثبات الأحكام؛ للدكتور: فهد بن سعد الجهني؛ (١/٨٧-٩٠) من الأبحاث المقدمة لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية.

المسألة الأولى: القرائن قوية الدلالة:

ويعبر عنها كثيراً بالقرينة القاطعة، أو القطعية^(١)، أو بأن تكون دليلاً قوياً مستقلاً، وعُبرَ عنها بالقرينة الظاهرة، وهي القرينة التي تكون واضحة وصریحة في الدلالة ولا تحتمل غير ما دلت عليه احتمالاً راجحاً.

فيدخل في هذا النوع القرائن النصية، والقرائن المعاصرة قوية الدلالة؛ كالبصمة الوراثية، والقرائن القضائية القوية؛ مثل ما تقدم ذكره من القرائن القضائية.

فهذه القرائن يجوز الاعتماد عليها في الجملة، وتستقل في الإثبات.

المسألة الثانية: القرائن متوسطة الدلالة:

وهي القرائن التي استوى طرفاها، فلا تستقل بالإثبات، ولا يصح إهدارها؛ لورود الاحتمال المساوي على دلائلها، وقد تكون مرجحة لما معها مؤكدة له.

(١) ومن يعبر بهذه العبارة يعرف هذه القرينة بأنها: الأمانة البالغة حد اليقين: (ينظر: المادة الحادية والأربعون بعد السبعمئة والألف من مجلة الأحكام العدلية)، ويقصد بذلك اليقين والقطع بمعنى ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل، وليس ما يقطع الاحتمال أصلاً، فإن هذا لا يكاد يتحقق في البيئات الأقوى من الإقرار والشهادة إلا بانضمام قرائن أخرى، فكيف بالقرائن التي في كثير من الأحوال تكون أقل رتبة من الشهادة والإقرار بل يقصد بذلك - إضافة إلى القليل المقطوع به - غلبة الظن التي تجعل القاضي يقتنع ويطمأن لهذه القرائن ودلائلها، ويتبين ذلك من الأمثلة التي يذكرونها. ينظر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام؛ لعلي حيدر: (٤/ ٤٨٤-٤٨٦)، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية: (ص ٣٨)، القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/ ١٢٤-١٢٥)، ولعدم دقة هذا التعبير رأيت التعبير بما ذكرته، وينظر: طرق الإثبات الشرعية؛ لأحمد إبراهيم: (ص ٦٨٠).

فهذه إذا استوى طرفاها تحتاج مرجحًا لأحد الطرفين الذي قد يكون قرينة ضعيفة، ولكن لاعتزادها بالقرينة المتوسطة صح بناء الحكم عليهما إذا كان الراجح دلالتها على الحكم؛ وإذا كان الراجح احتمال عدم الدلالة تأكد تركها وعدم العمل بها؛ وذلك مثل: السوابق الجنائية؛ وبصمة العين والأذن.

المسألة الثالثة: القرائن ضعيفة الدلالة:

وهي القرائن التي تدل على الدعوى دلالة مرجوحة، ويكون الراجح عدم دلالتها.

فهذه لا تعتبر ولا يصح بناء الحكم عليها؛ ما لم تقترن بما يقويها، ويرفعها إلى درجة الاعتبار، وقد يكون المقوي قرينة متوسطة، وقد يكون مجموع قرائن ضعيفة؛ مثل: كتابة المتهم للمجني عليها رسالة فيها تهنئة بالسلامة مع وجود القرابة بينهما، مع عدم المحرمية، فهذه قرينة ضعيفة، ولكن لو اقترنت بمحضر من الجهات الأمنية بوجود الخلوة، أو محاولة الاقتحام، أو زيارات متكررة لمنزل توجد فيها مع قريباتها محارم المتهم، ورجوعه معها في وقت متأخر من الليل مع أن ركوبها معه كان بوجود محارم المدعى عليه، فهذه قرائن، وإن كانت محتملة إلا أن ما اقترن معها جعلها ترقى لدرجة الاعتبار، بإثبات إدانة المدعى عليه وتعزيزه لإقامة علاقة محرمة، أو قد يكون لها دور في تشديد العقوبة على المتهم^(١).

(١) ينظر: سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية؛ لمعالي الشيخ: عبد الله بن محمد آل خنين: (ص ١٠٥-١٠٦).

ولكن إن اقترنت بما يعارضها ويضعفها تعيّن ردها وعدم بناء الحكم عليها، وقد تكون القرينة متوسطة، ولكن بسبب ما يعارضها تكون ضعيفة.

المسألة الرابعة: القرائن وهمية الدلالة:

وتسمى القرينة الكاذبة أو المتوهمة أو الملغاة، وهي التي تدل على الواقعة المراد إثباتها دلالة متوهمة أي غير حقيقية، فهذه القرائن لا دلالة فيها، ولكن توهم الناظر دلالتها؛ وذلك لأحد وجهين:

الأول: لمعارضتها قرينة أو دليلاً يكذبها أقوى منها؛ كما لو عارض الشبه بالفراش في لحوق النسب، فهنا تكون قرينة الشبه كاذبة ومتوهمة بالنص^(١).

الثاني: عدم الدلالة في القرينة؛ كما لو كان المدعي أصلح الناس والمدعى عليه أفسقهم^(٢)، أو أنه بكى أمام القاضي، فهذا لا يوجب ثبوت دعواه، ولا يدل عليها.

(١) ينظر: الطرق الحكمية: (٣١/١). (٢) الفروق؛ للقرافي: (٤/٧٥-٧٦).

المبحث الثالث
الاكتفاء بالقرائن في الإثبات

المبحث الثالث

الاكتفاء بالقرائن في الإثبات^(١)

إن التطبيق الفقهي للإثبات بالقرائن، وترجيح قول أحد المتداعين بها، يختلف من مذهب إلى مذهب ويختلف من مسألة إلى مسألة، ولكن نص الفقهاء على جانب تأصيلي يحسن إيراده هنا، وهو أن المسألة إذا خلت من شهادة أو إقرار أو تعارضت فيها بينتان، وترجح جانب أحد المتداعين بالقرائن، فهل يكتفى بها أو تحتاج أن تعضد باليمين؟ وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يكتفى بهذه القرائن ويحتاج معها إلى يمين، وهو قول الصاحبين من الحنفية^(٢)، والمذهب عند المالكية في العرف وأما غير العرف من صور الظاهر والأصل فيحتاج معها اليمين في بعض الصور فقط^(٣)، وهو

(١) وكنت جعلت هذا العنوان هو المطلب الثاني في هذا المبحث، وكان المطلب الأول حجية القرائن عمومًا، ولكن عند الطباعة رأيت الاكتفاء بهذا المطلب فقط لكثرة من تناول حجية القرائن عمومًا، وعدم وثيق صلتها بالقرائن الفقهية، ووجود فصل مستقل لقرينة ظاهر الحال وعلى كل حال من أرادها، فيجدها في نسخة الرسالة المودعة في مكتبة الملك فهد ومكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وقد بلغت: (٥٦) صفحة، ولعل الله عَزَّوَجَلَّ ييسر نشرها في بحث مستقل.

(٢) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير؛ لعبد الحي اللكنوي: (ص ٢٣٤)، والنص في الظاهر.

(٣) ينظر: البهجة شرح التحفة؛ للتسولي: (٤٨/١)، القواعد السنوية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق: (١٢١/٤)، تبصرة الحكام: (٣٧٧/١)، وذكر أمثلة شهد فيها العرف لأحد المتداعين، وجعل في المذهب قولين في اليمين، والمذكور في المراجع السابقة =

مذهب الشافعية في ثلاث الصور^(١)، ومذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١- أن القول بالاكْتفاء بالقرائن والحكم بمجردها دون يمين مخالف لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**»^(٣)؛ فلم يكتف في جانب المدعى عليه بالظاهر حتى عضده باليمين^(٤).

ونوقش: بأنه ليس المراد بالحديث إلا الموضع الذي تمكن فيه البينة^(٥)، وأما محل هذه المسألة عند عدم البينة من الشهادة والإقرار، فدلالة الحديث خارج محل النزاع.

ويناقش - علاوة على ما سبق - من وجهين:

= العرف فقط، وأما غيرها من الأصول والظواهر، فيحتاج فيها اليمين في بعض الصور: أولاهما: ضم اليمين إلى النكول، فيجتمع الظاهران، وثانيهما: تحليف المدعى عليه، فيجتمع استصحاب البراءة مع ظهور اليمين. ينظر: شرح تنقيح الفصول؛ للقرافي: (٥٢٣/٢).

(١) وهذه الصور: أولها: الجمع بين ظنين ظاهرين؛ كالجمع بين اليد واليمين، ثانيها: تحليف المدعي بعد نكول خصمه، ثالثها: الجمع بين الأصل والظاهر؛ كالجمع بين أصل استصحاب براءة الذمة ويمين المدعى عليه. ينظر: قواعد الأحكام: (٥٧/٢).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٣٨٥/٦)، والنص في الظاهر، وهي: اليد، وأما الأصل فأطلق الحنابلة حججته، فيمكن أن يخرج عليه أن الأصل دليل صالح للرفع وإثبات الاستحقاق بناء على ثبوته سابقاً، وكذلك لدفع المطالبة، فلا يكون معه اليمين ويكتفى به. ينظر: أصول الفقه؛ لابن مفلح: (١٤٣٣/٤)، التحبير شرح التحرير: (٣٧٥٤-٣٧٥٥).

(٣) رواه الترمذي في سننه في كتاب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه: (ص ٣١٦)، برقم: (١٣٤١)، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي: (٧١/٢).

(٤) ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (٦٦٦/٢).

(٥) ينظر: أحكام القرآن لابن الفرس: (٢١٨/٣).

الأول: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اكتفى بالقرائن في بعض الأحوال في الحكم، ولم يعضدها يمين، ومن ذلك إثبات النسب بالفراش^(١)، وقضاؤه بالسلب لأحد الأنصاريين بالأثر على السيف دون يمين^(٢).

الثاني: - ولو قيل بأن محل هذه المسألة المرجحات الأولية-، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل حق المدعي في البينة أو اليمين فقط^(٣)، فإذا لم توجد البينة في جنب المدعي، فيرجح جانب المدعى عليه بقرينة: **(الأصل براءة الذمة)**، ويكون للمدعي يمين المدعى عليه، ولا تؤدي إلا بطله، فلو طلبها المدعي أعطيها، وإذا لم يطلبها، فليس له إلا اليمين، ولم يلزم بها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدعى عليه - دون طلب المدعي -، فدل على أنها ليست لازمة للحكم.

٢- قياس القرائن على الشاهد الواحد، فلما لم يكتف بالشاهد الواحد حتى اقترن معه اليمين، فكذلك هذه القرائن^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) رواه البخاري في صحيحه في كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلاً فله يلبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه: (١/٨٢٤)، برقم: (٣١٤١)، ومسلم في صحيحه في كتاب الجهاد والسير: (ص ٦٧٤-٦٧٥)، برقم: [٤٥٦٩] ٤٢- (١٧٥٢).

(٣) وهو ما رواه مسلم من قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمدعي: **«ألك بينة؟»**، قال: لا، قال: **«فلك يمينه»**، قال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، فقال: **«ليس لك منه إلا ذلك»**، في كتاب الإيمان: (ص ٦٩)، برقم: [٣٨٥] ٢٢٣- (١٣٩).

(٤) ينظر: شرح تنقيح الفصول: (٢/٥٢٣)، القواعد السننية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق: (٤/١٢١).

٣- أن الظاهر لا تثبت به الحقوق بل ترجح به الدعوى، فكان لا بد من اقترائه باليمين؛ لضعف دلالاته على الحق وللاحتمال الوارد عليه^(١).

القول الثاني: أنه يكتفى بالقرائن، ولا يحتاج معها إلى يمين، وهو قول أبي حنيفة^(٢)، ومذهب المالكية في غير العرف، وأما العرف فهو قول عند المالكية^(٣)، ومذهب الشافعية^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١- القياس على الشاهدين، فكما أنه يكتفى بالشاهدين بلا يمين فكذلك القرائن^(٥).

(١) ينظر: كشاف القناع (٦/٣٨٥)، العرف والعادة في رأي الفقهاء؛ لأحمد فهمي أبو سنة: (ص١١٩).

(٢) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير؛ لعبد الحي اللكنوي: (ص٢٣٤)، والنص في الظاهر، وأما الأصل فقد اختلف الحنفية في حجيته على أقوال ثلاثة: القول الأول: أنه حجة مطلقاً سواء في الاستحقاق أو في دفع الخصومة، القول الثاني: أنه ليس حجة مطلقاً لا في الاستحقاق ولا في دفع الخصومة، والقول الثالث: أنه يصلح حجة لدفع الخصومة لا لإثبات حق. ينظر: كشف الأسرار: (٣/٣٧٧-٣٧٨)، تيسير التحرير؛ لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه: (١٧٦-١٧٧)، وينظر: القول لمن في المدعي والمدعى عليه؛ لابن جنيد: (ص٦٧-٧٠)، فقد ذكر مسألة مبنية على هذا الأمر، وفصل تفصيلاً يحسن الرجوع إليه.

فقد يقال بتخريج القول الثاني في المسألة المذكورة في صلب البحث على القول الأول المذكور في هذه المسألة كما قد يقال: بتخريج القول الأول المذكور في صلب البحث على القول الثالث.

(٣) ينظر: تبصرة الحكام: (١/٣٧٧)، البهجة شرح التحفة؛ للتسولي: (١/٤٨)، القواعد السننية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق: (٤/١٢١)، وذكر أمثلة شهد فيها العرف لأحد المتداعين، وجعل في المذهب قولين في اليمين.

(٤) ينظر: قواعد الأحكام: (٢/٥٧).

(٥) ينظر: القواعد السننية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق: (٤/١٢١).

٢- ويمكن أن يستدل لهم بقضاء النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** ببعض القرائن دون يمين؛ مثل: قضائه بالنسب للفراش^(١)، والسلب لأحد الأنصاريين بالأثر على السيف دون يمين^(٢).

الترجيح والموازنة:

قبل النظر في الترجيح تجدر الإشارة إلى أن لكل مذهب تفاصيل في حالات توجيه اليمين لمن اعتضد جانبه، فليست كل مسألة اعتضد فيها جانب أحد المتداعين بقرائن جعلوا معها اليمين^(٣).

ولعل الراجح - والله أعلم - التفصيل: بأن هذا راجع للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا رأى عدم كفاية القرائن في الإثبات - لعدم صراحتها مثلاً، أو لاحتمالها وفق الضوابط الآتي ذكرها - فيعضدها باليمين ليقويها، ولكن إذا رآها قوية مقنعة يضعف الاحتمال الوارد عليها، فله أن يكتفي بها^(٤)؛ لأمرين:

الأول: ورود كلا الأمرين عن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، فقد ورد عنه توجيه اليمين لمن تقوى جانبه بالقرائن؛ كما في القسامة^(٥)، والقضاء بالشاهد

(١) سبق تخريجه. (٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: تبصرة الحكام: (١/٣٧٧)، فذكر أمثلة عضد العرف فيها جانب أحد المتداعين، ولم يذكر الخلاف في اليمين معها، كما أن بعض الباحثين جعل الكلام في الظاهر الضعيف، وجعل نوعيه: الأصل، ودلالة الحال، (ينظر: المدخل الفقهي العام؛ لمصطفى الزرقا: (٢/١٠٦٦))، فلعله يمكن الجمع به بين القولين بأن اليمين تكون حال وجود الظاهر الضعيف، ولا تكون في غيره.

(٤) ينظر: سلطة القاضي التقديرية في اليمين القضائية؛ للدكتور: سعد الخراشي: (ص ١٠٣).

(٥) سبق تخريجه.

واليمين^(١)، وورد عنه الاكتفاء بالقرائن؛ مثل: قضائه بالنسب للفراش، والسلب لأحد الأنصاريين بالأثر على السيف دون يمين.

الثاني: أن بعض القرائن أقوى دلالة وأقل احتمالاً من شهادة الشاهدين والإقرار - كما سبق -، فإذا اكتفى بالشاهدين والإقرار دون يمين، فهذه القرائن من باب أولى، خصوصاً أن الشهادة من صور الظاهر.

ثمرة الخلاف:

يظهر من أدلة الفريقين أن ثمرة الخلاف في لزوم اليمين حال وجود القرائن للحكم لمن اعتضد جانبه بقرينة، فعلى القول الأول تلزم اليمين وعلى القول الثاني اليمين غير لازمة، وتكون القرائن كافية للحكم لمن اعتضد جانبه بقرينة.

سبب الخلاف:

وبتأمل الخلاف المذكور يظهر أن سبب الخلاف يرجع إلى أمرين:

الأول: أن القرائن هل تكفي في إثبات الاستحقاق أم لا؟ فمن قال القرائن كافية في إثبات الاستحقاق، قال: يكتفى بها ولا يشترط اليمين، ومن قال هي غير كافية في إثبات الاستحقاق بل هي للدفع فقط، قال: لا يكتفى بالقرائن ويحتاج معها إلى اليمين لإثبات الاستحقاق.

الثاني: أن القرائن هل تنزل منزلة الشاهد الواحد أو الشاهدين؟ فمن اكتفى بها أنزلها منزلة الشاهدين، فلم يشترط معها اليمين، ومن أنزلها منزلة الشاهد الواحد اشترط معها اليمين.

(١) رواه مسلم في صحيحه في كتاب الأفضية: (ص ٦٦٠)، برقم: [٤٤٧٢]-٣-(١٧١٢).

المبحث الرابع سلطة القاضي في اعتبار القرينة

وفيه تمهيد، وعشرة مطالب:

المطلب الأول: وجود أمر ظاهر معروف يصلح أساسًا يعتمد عليه.

المطلب الثاني: وجود علاقة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي.

المطلب الثالث: قوة العلاقة بين الأمر الظاهر وما يؤخذ منه.

المطلب الرابع: أن لا يعارض هذه القرينة دليل أقوى منها.

المطلب الخامس: الأمانة والقوة فيمن يقوم بالتجارب والتحليل التي تنتج عنها قرائن.

المطلب السادس: مراعاة أصول المواءمة.

المطلب السابع: أن يكون المرجع في تقديرها إلى الحاكم أو من له علم بالقرائن كالفقيه.

المطلب الثامن: أن لا يكون مجال إثباتها فيما يدرأ بالشبهات.

المطلب التاسع: عدم التوسع في الأخذ بالقرائن، بل تؤخذ حين الحاجة إليها بعدم وجود بينات أخرى كافية أو مقنعة.

المطلب العاشر: أن يكون اعتبار القرينة بعد النظر في الأقوال والأدلة، والترجيح بينها.

تمهيد



وسماها بعضهم: القيود الواجب توافرها عند العمل بالقرينة، والضوابط الشرعية للأخذ بالقرائن، وشروط القرائن، وشروط الأخذ بالقرينة، وشروط العمل بالقرائن^(١).

وتظهر أهميتها أن من أسباب اختلاف العلماء في اعتبار القرائن - كما سبق - مراعاة بناء الحكم القضائي على أمر منضبط، ومن هاهنا تأتي أهمية بيان سلطة القاضي في اعتبار القرينة، وكيف يظهر العدل والحق الذي جعله من احتج بالقرائن مناط اعتبارها.

وإن العلماء والباحثين - وإن كان أكثرهم كما سبق رجح اعتبار القرائن - لم يتركوا هذا الأمر يرجع إلى فطنة القاضي ومقدرته الذهنية وطمأنينته الخاصة فقط؛ فإن القرائن لا يضبطها إلا المبرز في علم الحقائق، والحاذق في النظر في دلالة القرينة واعتبارها شرعاً، ولكن لو نظر إلى هذا الضابط فقط، ورخص لحاذق، فسيأتي غيره يزعم أنه أحذق منه خصوصاً مع فساد الزمان، وعليه ذكر الفقهاء والباحثون ضوابط للنظر في القرائن حتى لا يخرج

(١) ينظر: القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/١٨٩)، الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ للشيخ: عثمان بطيخ: (ص ٥-٦)، الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ للأستاذ الدكتور: عبد الفتاح محمد إدريس، والأستاذ الدكتور: ماجدة محمد أحمد هزاع: (١/٧، ١٦-١٧)، الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة: (ص ٣)، حكم الإثبات بالقرائن والأمارات؛ للدكتور: أحمد الحداد: (٢١-٢٢)، وغير الأول بحوث مقدمة للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

القاضي عن محل اعتبار القرائن، ويكون عمله ونظره داخلياً في حدود الشريعة، فإذا خرج عن المعتبر من هذه الضوابط أنكر عليه^(١)، وقد سبق ذكر بعضها، وسيتم - إن شاء الله - تناولها في هذا المبحث بالتفصيل، كل ضابط في مطلب مستقل^(٢):

(١) ينظر: مواهب الخلاق على شرح التاودي على لامية الزقاق؛ لأبي الشتاء بن الحسن الصنهاجي: (١/ ١٧٩).

(٢) ينظر: القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/ ١٨٩)، الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ لبطيخ (ص ٥-٦)، الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ لإدريس وهزاع: (ص ٧، ١٦-١٧)، الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة لسرطاوي: (ص ٣)، حكم الإثبات بالقرائن والأمارات؛ للدكتور: أحمد الحداد: (٢١-٢٢)، وغير الأول بحوث مقدمة للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (١/ ٤٨٩-٤٩٠).

المطلب الأول

وجود أمر ظاهر معروف يصلح أساساً يعتمد عليه^(١)



لوجود صفات وعلامات فيه^(٢)؛ ولذلك لأن القرينة كما سبق هي: (كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه دلالة غير مباشرة).

فلو فقد الأمر الظاهر لم توجد قرينة أصلاً، فلا حاجة بعد ذلك لضبطها بالضوابط التالية، وكذلك إذا فقد الأمر الظاهر فإن الحكم المبني على الأمر الخفي غير الظاهر يعد أخذاً بالهوى، وبناءً على الادعاء وكلاهما لا يقبل ولا يصح، ويكون مطعناً في القاضي وحكمه.

ويكون الأمر ظاهراً بإفادته علماً أو غلبة ظن، فإذا كان الأمر ينتج علماً أو غلبة ظن، فإنه يكون ظاهراً معتبراً، وإذا لم ينتج ذلك بأن كان مجهولاً أو مشكوكاً فيه أو محتملاً، فلا يكون ظاهراً يصح الاستناد عليه^(٣)، فلا بد أن يكون هذا الظاهر ثابتاً قبل الحكم بالقرينة.

(١) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ لبطيخ: (ص ٥).

(٢) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ لإدريس وهزاع: (ص ٧).

(٣) ينظر: وسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في القضاء: (ص ٨٠).

المطلب الثاني

وجود علاقة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي^(١)



وذلك باستخراج المعاني من النصوص والوقائع بعد التفكير والتأمل^(٢). وهذه من مهام القاضي، فيجتهد في إيجاد العلاقة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي الذي يراد الاستدلال بالأمر الظاهر لإثباته. وهذه مرحلة تالية للضابط السابق، ويتم من خلالها تقييم الأمر الظاهر المتوفر في القضية للإثبات بوجود العلاقة.

(١) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة؛ لبطيخ: (ص ٦).

(٢) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ لإدريس، وهزاع: (ص ٧).

المطلب الثالث

قوة العلاقة بين الأمر الظاهر وما يؤخذ منه



وذلك بقيامها على أساس سليم، ومنطق قوييم بحيث لا تعتمد على مجرد الوهم والخيال؛ ليكون العلم الحاصل بالقرينة قطعياً أو مظنوناً^(١)، وهذه مرحلة تالية لما ذكر في الضابط السابق، وهي أهم مرحلة في النظر في قيمة العلاقة بين الأمر الظاهر والخفي في الإثبات، فإذا كانت ضعيفة لم يلتفت لها القاضي إلا إذا اعتضدت بغيرها، وأما إن كانت متوهمة فلا اعتبار لها ولا التفات لوجودها، وأما إن كانت متوسطة، فيبحث القاضي في مرجح لأحد جانبيها، وأما إن كانت قوية فهذه القرينة المنشودة التي تستقل بالإثبات، فتكون هذه القرائن قوية الدلالة على مدلولها لا يتطرق إليها احتمال يبطل صدقها، ويكون ذلك إما باعتبار دلالتها بنص من الكتاب والسنة، أو باعتبار دلالتها بعد النظر في الأقوال الفقهية والترجيح بينها، أو تكون مبنية بناءً منطقيًا كبناء المسبب على السبب، أو على دراسة علمية، أو تجربة واقعية أثبتت جدوى هذه القرينة وقوة دلالتها.

وعلى الجانب الآخر يكون إهمال القرينة وإسقاطها، فقد تهمل لأنه ورد في السنة إهمالها، كقرينة الشبه مع اللعان، فيهمل الشبه لأجل اللعان، ولا يلتفت إلى إثبات النسب به مع الفراش، وقد تكون القرينة قولاً فقهياً مرجوحاً

(١) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ لإدريس وهزاع: (ص ٧).

لم يعترض بما يسوغ ترجيحه من جريان العمل به ونحو ذلك^(١)، أو قد لا يلتفت إليها لأنه عارضها من القرائن من نحو: براءة الذمة ونحوها من القرائن الأصلية، أو غيرها من القرائن التي تكون أرجح منها؛ أو لعدم صدق هذه القرينة بورود الاحتمال الكبير المشكك في صدقها، أو لكونها قرينة حديثة لم تثبت دلالتها بعد على مدلولها أو غير ذلك مما يرجح في ذهن القاضي عدم العمل بهذه القرينة.

(١) ينظر في العدول عن القول الراجح: العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء؛ للدكتور: عاصم المطوع.

المطلب الرابع

أن لا يعارض هذه القرينة دليل أقوى منها



فإذا عارضها دليل أقوى منها سواء كان قرينة أخرى أو شهادة أو إقراراً، ولا يلزم في كل حال تقديم الشهادة والإقرار على القرينة، بل ربما تقدم القرينة عليهما^(١)، فإذا عارضها دليل أقوى منها فإنها تهمل ولا يلتفت إليها كما سبق؛ وهذا أصعب مراحل النظر في البيئات؛ فإنه مقام ضحك ومعتك صعب، قد يكون الترجيح فيه بشعرة، ومداره على غلبة ظن القاضي برجحان جانب على آخر الذي لا يبعد كثيراً عن أوجه الترجيح المذكورة في أصول الفقه^(٢).

وقد حكي الإجماع على تقديم ما اقترن بحجة شرعية يجب قبولها، وإن عارض قرينة أخرى^(٣).

(١) ينظر: الطرق الحكمية: (١/٨، ٦٥)، الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ لإدريس، وهزاع: (ص٧)، وسيأتي مزيد تفصيل - إن شاء الله - لبعض ما يدخل تحت هذا الضابط في المبحث التالي، وبالنظر والتأمل في أقوال الفقهاء وما حكي من إجماع على تقديم الشهادة والحجة الشرعية على القرينة، فإنه يمكن القول بالتفصيل الذي ذكره بعض العلماء، وهو إن كان ما يعارض الشهادة أو الإقرار المرجحات الأولية والقرائن الفقهية، فإن هذا هو محل الإجماع، وأما إن كان ما يعارض الشهادة غير هذه المرجحات والقرائن، فإطلاق تقديم الشهادة والإقرار على القرائن محل نظر، ولعل كلام ابن القيم **رَحْمَةُ اللَّهِ فِي تَقْدِيمِ الْقَرَائِنِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ فِي هَذَا النَّوْعِ الْأَخِيرِ لَا فِي غَيْرِهِ**. ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/٤٤٩).

(٢) ينظر: تعارض البيئات في الفقه الإسلامي: (ص٦-٧).

(٣) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/٤٤٩).

وسياتي - إن شاء الله تعالى - تناول لشيء من حالات هذا التعارض في
المبحث التالي^(١).

(١) وقد أفرد هذا الموضوع بدراسات سابقة، ومن هذه الدراسات: تعارض البيئات في الفقه الإسلامي؛ للدكتور: محمد بن عبد الله الشنقيطي، والتعارض والترجيح في طرق الإثبات: دراسة فقهية قانونية مقارنة؛ لسليم علي مسلم الرجوب، وهي رسالة تقدم بها لنيل درجة الدكتوراه من كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، وفيها تفاصيل كثيرة متعلقة بهذا الموضوع فراجع.

المطلب الخامس

الأمانة والقوة فيمن يقوم بالتجارب والتحليل التي تنتج

عنها قرائن^(١)



وهذا يظهر كثيراً في أحد أنواع القرائن الطبيعية، وهي القرائن المادية المعاصرة؛ فإن من لا يؤمن، أو لا يكون لديه من الخبرة والعلم ما يكفي للقيام بالتجربة الموصل للقرينة؛ فإنه لا يوثق بنتيجته، ولا يعتمد عليها وحدها، ولكن يمكن الأخذ بها إن اعتضدت بغيرها من القرائن والأدلة، لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٢)، فالله سبحانه وتعالى لم يأمر برد خبر الفاسق جملة، وإنما أمر بالتثبت والتبين منه^(٣).

(١) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ لإدريس وهزاع: (ص ١٦-١٧).

(٢) سورة الحجرات، الآية (١٦).

(٣) ينظر: الطرق الحكمية: (٦٣ / ١)، وينظر في تفصيل شروط من يقرر القرينة ويستخرجها: الصفات الواجب توافرها فيمن يقرر القرينة الطبية المعاصرة (دراسة فقهية)؛ للدكتور: محمد بن مرعي الحارثي، وهو من البحوث المقدمة لمؤتمر القرائن الطبية وأثارها الفقهية: (١ / ٣٠١-٣٤٠).

المطلب السادس

مراعاة أصول الموأمة



إن القاضي وهو ينظر في القضية يراعي أصول الموأمة، هي: مآلات الوقائع، ومقاصد الشريعة، والضرورات والحاجات، والفروق بين الوقائع والأشخاص، ودرء الحدود والقصاص بالشبهات^(١).

فيراعي القاضي مثلاً: مراعاة المآلات ومقاصد الشريعة بالأخذ بقاعدة: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)^(٢)؛ في التحقق من النسب بالبصمة الوراثية ونحوها من وسائل الإثبات الحديثة؛ فإن في العمل بها، وإجابة المدعي لطلبه هز الثقة بين الزوجين، وتقوية الرية بين أفراد المجتمع^(٣)، ولعله أن يستدل لذلك بقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** لمن جاء يسأله عن سواد ولده واختلافه عن لون والديه: **«وهذا عسى أن يكون نزعه عرق»**^(٤)، بأن النبي

(١) ينظر: توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية؛ لمعالي الشيخ: عبد الله بن محمد آل خنين: (١/ ٥٤-٥٦) وفصل الكلام فيها في الكتاب نفسه: (٢/ ٣٠١-٣٦٣).

(٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية؛ للسيوطي: (١/ ٢١٧)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان؛ لابن نجيم: (ص ٧٨).

(٣) ينظر: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدة)؛ للأستاذ الدكتور: عبد الفتاح محمد إدريس، والأستاذ الدكتور: ماجدة محمد أحمد هزاع: (ص ١٦-١٧)، القرائن المستحدثة ومدى حجيتها؛ للدكتور: ثقليل بن ساير الشمري: (٢٤-٢٥).

(٤) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد: (٢/ ٣٧٤-٣٧٥)، برقم: (٥٣٠٥)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب اللعان: [٣٧٦٦]

صلى الله عليه وسلم لم يجبه لارتيابه، ولا حاول تحقيق صحة قوله؛ وغالب وسائل الإثبات الحديثة لا تبعد عن الشبه، فتأخذ حكمه.

المطلب السابع

أن يكون المرجع في تقديرها إلى الحاكم أو من له علم بالقرائن كالفقيه



إن اعتبار القرائن وبناء الأحكام عليها ليس لكل أحد بل يقوم به الحاكم أو من ينبيه من القضاة وغيرهم، وكذلك يقوم به الفقيه؛ فهو بما وهبه الله **عَزَّوَجَلَّ** من نظر ثاقب وخبرة وفطنة ينظر فيما بين يديه من قرائن ويقدرها مستعيناً بالله - جل جلاله - أولاً وبما اطلع عليه من علوم وضوابط وخبرات تجعل تقديره للقرينة موافقاً للصواب أو مقارباً له ويكون ذلك بعد اجتهاد وتأمل وترو^(١)، فالقرائن القضائية مثلاً تخضع للسلطة التقديرية للقاضي بكونها مقنعة أم لا، وليس ذلك لكل أحد.

فيظهر من هذا الضابط أنه مهما حاول الباحثون أو العلماء ضبط القرينة بذكر ضوابط له أو اشتراط شروط فيها إلا أن لناظر القضية دوراً كبيراً في تقدير القرينة وضبطها واعتبارها، وهذا يلقي بالمسؤولية على القاضي نفسه باللجأ إلى الله **عَزَّوَجَلَّ** أن يلهمه الصواب ويسدد رأيه؛ فينبعث من قلبه الافتقار الحقيقي الحالي لا العلمي المجرد إلى مُلهم الصواب، ومعلم الخير وهادي القلوب، أن يلهمه الصواب، ويفتح له طريق السداد، ويدلّه على حكمه الذي شرعه لعباده في هذه المسألة فمتى قرع هذا الباب، فقد قرع باب التوفيق، وما أجدر من أَمَل فَضَّلَ ربه تعالى أن لا يحرمه إياه، فإذا وجد من قبَله هذه الهمة

(١) الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة: (ص ١٤)، حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه؛ للدكتور: محمد أحمد سويلم: (١/١٩٦).

فهي طلائع بشرى التوفيق فعليه أن يوجه وجهه ويحدد نظره إلى منبع الهدى ومعدن الصواب ومطلع الرشد، وهو النصوص من القرآن والسنة وآثار الصحابة فيستفرغ وسعه في تعرف حكم تلك النازلة منها، فإن ظفر بذلك أخبر به، وإن اشتبه عليه بادر إلى التوبة والاستغفار والإكثار من ذكر الله، فإن العلم نورٌ الله يقذفه في قلب عبده والهوى والمعصية رياحٌ عاصفةٌ تطفئ ذلك النور أو تكاد، ولا بد أن تُضعفه^(١).

ثم بالأخذ بأسباب تطوير نفسه بتعليمها وترقيتها في مدارج العلم، وقوة الإدراك، بإدامة النظر في كتب أهل العلم، والتطبيقات القضائية، وما يجد من دراسات حول عمله وتخصصه.

وكذلك يلقي بالمسؤولية على الجهات التي تشرف على القضاة وعملهم؛ وذلك باختيار القضاة الذين تتوفر القوة والأمانة، والعلم والفتنة، ثم بتعليمهم وتطويرهم، ثم بمراقبتهم وتقييمهم؛ ليكون القاضي محققاً للعدل المنشود من إقامته قاضياً.

(١) إعلام الموقعين: (٦٧/٦).

المطلب الثامن

أن لا يكون مجال إثباتها فيما يدرأ بالشبهات^(١)



وما يدرأ بالشبهات هو الحدود والقصاص، وعلى هذا الرأي لا يكون للقرائن دور في إثبات الحدود والقصاص، بناء على أن الحدود والقصاص لا تثبت بالقرائن، وهذه مسألة خلافية ليس هذا موطن بحثها^(٢).

(١) حكم الإثبات بالقرائن والأمارات؛ للدكتور: أحمد الحداد: (٢١-٢٢).

(٢) وقد تناولت هذه المسألة دراسات متعددة، ومنها: القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات: (ص ١٠٤-١٣٨)، وغيرها من الدراسات مثل الدراسات التي قدمت لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورتيه الثانية عشرة والعشرين، أو البحوث المقدمة لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية.

المطلب التاسع

عدم التوسع في الأخذ بالقرائن، بل تؤخذ حين الحاجة إليها بعدم وجود بينات أخرى كافية أو مقنعة^(١)



ومن ذكر هذا الضابط أراد أن لا يتوسع في الأخذ بالقرائن حتى يشمل القرائن الضعيفة أو المتوهمة، أو التي عارضت دليلاً شرعياً، التي يؤدي الأخذ بها إلى الظلم، وهضم الحقوق.

ولكن ما ذكر آخر الضابط قد يقبل نظرياً ولكن حين التطبيق فإن ما ذكر محل نظر ونقاش؛ فإن القرائن هي أكثر الأدلة وروداً ووجوداً في العمل القضائي، فإنها لا تحصى كثرة، ولا يمكن حصر صورها، ويمكن للقاضي استنباط قرينة أو أكثر من واقعة واحدة، ويمكن له استنباط قرينة مضادة لهذه القرينة^(٢)، وعليه فإن القول بهذا الضابط يضيق على القضاة مجال الإثبات الذي لم تأت الشريعة بتضييقه بل جعلت كل ما أظهر الحق وأبانه، فإنه يكون محل اعتبار.

(١) ينظر: القضاء بالقرائن المعاصرة: (١/١٨٩-١٩١).
 (٢) ينظر: تعارض البينات في الفقه الإسلامي: (ص ١٥١-١٥٢).

المطلب العاشر

أن يكون اعتبار القرينة بعد النظر في الأقوال والأدلة، والترجيح بينها



وذلك في القرائن النصية والفقهية المنصوص عليها في كتب الفقهاء قديماً، والقرائن المادية المعاصرة التي حظيت بالبحث والدراسة في المجامع الفقهية والدراسات الفقهية المعاصرة؛ وذلك لأن النظر فيها يبرز حقيقتها، وأهميتها، ودورها في الإثبات، وأدلة القائلين باعتبارها، وأدلة القائلين بإهمالها، ومواضع اعتبارها عند من قال باعتبارها، وما العمل عند معارضتها قرينة أخرى، وغير ذلك من أمور تجعل القرينة المراد اعتبارها واضحة أمام الناظر، فيعتبرها أو يهملها بعد تصورهما وما يرد عليها.

كما أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ أجمعوا على أن القاضي لا يجوز له اختيار قول من غير نظر في الترجيح قبل الحكم في المسألة^(١)؛ لكي لا يكون حكمه واختياره عن تشبه وهوى.

ومن هنا تظهر أهمية هذه الدراسة في جمع المسائل الفقهية المتعلقة بترجيح قول أحد المتداعين في أبواب المعاملات المالية، بأنها تعين القاضي على القيام بهذا الواجب، والخروج من هذا المحرم؛ خصوصاً مع صعوبة إيجاد كثير من أقوال الفقهاء في مسائل البحث.

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى؛ لابن تيمية: (٥/ ٥٥٥).

المبحث الخامس تعارض القرائن

وفيه تمهيد، ومطلبان:

المطلب الأول: التعارض.

المطلب الثاني: صور تعارض الأصل والظاهر.

تمهيد



إن القرائن كما سبق هي أكثر الأدلة وجودًا وورودًا أمام القاضي، فتكون أكثر الأدلة تعارضًا فيما بينها، فإن التعارض واقع في جميع أنواعها: فالقرينة النصية قد تعارضها قرينة نصية أخرى؛ كقرينة الشبه إذا عارضتها قرينة الفراش؛ كما سبق ذلك.

والقرينة الفقهية قد تعارضها قرينة فقهية أخرى؛ كما لو وجد رجل ميت عليه ملابس الكفار وآثارها والعلامات التي تميزهم، ولكنه وجد في دار الإسلام، فالأولى قرينة كفره، والثانية قرينة إسلامه^(١).

والقرينة القضائية قد تعارضها مثلها؛ كسداد المدعي بالنفقة قرضًا بمبلغ كبير يدل على غناه، ولكن قد تعارضها قرينة أنه ربما اقترضها خصوصًا إذا كان في مجتمع متكافل يشيع فيه الإقراض.

والقرينة الطبيعية قد يعارضها مثلها؛ مثل ما ذكر من أن انتظار المفقود أربع سنوات إذا كان الغالب في غيبته الهلاك؛ لأنها أكثر مدة الحمل^(٢)، فهذه القرينة قد تعارضها قرينة مثلها مما وصلت إليه البشرية من التطور والتقدم وإمكانية معرفة المفقود في مدة قصيرة.

وقد تناول الفقهاء تعاريف هذا التعارض، وشروطه، ومواطن هذا التعارض وأوجهه، وحاولوا الترجيح بينها كل حسب مذهبه وما ظهر له،

(١) ينظر: تعارض البيئات في الفقه الإسلامي: (ص ١٥٢-١٥٣).

(٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١٨/٢٢٩).

وبالاطلاع على مؤلفاتهم يمكن تقسيم كلامهم حول تعارض القرائن -
خصوصاً - قسمين:

الأول: الجانب النظري، وذلك بتناول مسائل يستفاد منها، ويمكن
تطبيقها على ما لا يتناهى من المسائل دون التقييد بباب أو كتاب، بل هي من
مسائل القضاء والنظر في البيئات والقرائن.

والقسم الثاني: الجانب التطبيقي، وذلك بالترجيح بين هذه القرائن
وأفرادها وفق ما يرد من تعارضها في الباب الفقهي، وصلب الرسالة - إن
شاء الله تعالى - سيكون بتناول جزء من القسم الثاني، وأما هذا المبحث
فسيكون - إن شاء الله تعالى - في القسم الأول، وبالاطلاع على المراجع
المتوفرة وجدت أن هذا القسم يتناول: تعارض الأصل والظاهر، وما يتعلق به.
وسيتم تناول التعارض في مطلب، وصور تعارض الأصل والظاهر في
مطلب مستقل، فيكون هذا المبحث مكوناً من مطلبين:

المطلب الأول

التعارض



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف التعارض:

لغة: أصله: (عرض) قال ابن فارس: «العين والراء والضاد بناء تكثر فروعه^(١)، وهي مع كثرتها ترجع إلى أصل واحد وهو العَرَض الذي يخالف الطول... ويقال: عَرَض فلان من سلعته، إذا عارض بها، أعطى واحدة وأخذ أخرى... وتقول: عارضتُ فلانًا في السير، إذا سرت حiale، وعارضتهُ بمثل ما صنع، إذا أتيت مثل ما أتى إليك، ومنه اشتقت المعارضة. وهذا هو القياس كأن عَرَض الشيء الذي يفعله مثل عَرَض الشيء الذي أتاه»^(٢)، وعَارَضه: جَانِبَه^(٣).

وعليه فإن التعارض لغة يشمل ثلاثة معان: المقابلة، والمساواة، والمخالفة، وهذه المعاني مقصودة جميعًا في التعارض كما سيتضح ذلك من الشروط الآتي ذكرها.

(١) ينظر في هذه الكثرة: القاموس المحيط: مادة: (عرض): (ص ٦٤٥-٦٤٧) لسان العرب: مادة: (عرض): (١٠/٩٩-١١٠).

(٢) مقاييس اللغة: مادة: (عرض): (٤/٢٦٩، ٢٧١، ٢٧٢).

(٣) القاموس المحيط: مادة: (عرض): (ص ٦٤٧)، وينظر: لسان العرب: مادة: (عرض): (١٠/٩٩-١١٠).

عرف العلماء رَحْمَهُمُ اللهُ التعارض بتعريفات كثيرة، ولكن لعل أرجحها: «التعادل أو التقابل من كل وجه»^(١)، ولعل فيما يأتي - إن شاء الله - من شروط التعارض ما يوضح هذا التعريف ويشرحه.

المسألة الثانية: شروط التعارض بين القرائن:

ذكر العلماء للتعارض شروطاً أذكر هنا منها ما كان مناسباً للمقام، وأضيف عليها مما فتحه الله عَزَّوَجَلَّ بكرمه.

إن هذه الشروط تبين التعارض ومتى يكون، وكيف يتحقق، حتى يكون لدى الناظر في القرائن تصور عن تعارضها، حتى لا يتوهم ما ليس تعارضاً تعارضاً، وهي مستنبطة من الأدلة الشرعية، وهذه الشروط هي^(٢):

١- حجية المتعارضين: أي أن يكون كل من المتعارضين - سواء كانا أصليين، أو ظاهرين، أو أصلاً وظاهرًا حجة شرعية - بالضوابط التي سبق ذكرها في المبحث الثاني - أتى الشرع باعتبارها وبناء الأحكام عليها، فإذا لم يكن أحد المتعارضين حجة فلا تعارض هنا، ويكون الاعتبار للحجة الشرعية؛ كما لو تعارض الفراش والبصمة الوراثية في نفي النسب، فإن الاعتبار يكون هنا للفراش لاعتباره بالنص، وتكون البصمة الوراثية حينئذٍ غير شرعية، وكما لو تعارض أصل: أن كل ما كان مستخبثاً كان حراماً، وكل ما يحتقن فيه الدم يكون حراماً مع قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ذكاة الجنين ذكاة»

(١) الأصل والظاهر في القواعد الفقهية؛ للدكتور: أحمد الرشيد: (ص ٣٤٧)، وينظر في بسط تعريفات التعارض ومناقشتها: التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية؛ لعبد اللطيف البرزنجي: (١٨/١-٣٠) وما بعدها.

(٢) ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ١٦٥-١٧٥، ٣٤٧-٣٤٨)، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية: (١/١٥٣-١٦٢).

أمه»^(١)، فإن الجنين متحقق فيه الأصل الأول، فيكون حراماً، ومتحقق فيه الحديث، فيكون مباحاً، فهنا لا اعتبار للأصل المذكور لمصادمته النص.

٢- التساوي بين المتعارضين، بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولا العمل بهما معاً، فلو كان أحدهما أقوى من الآخر، فإنه لا تعارض بينهما، ويقدم الراجح، وهذا التساوي قد يعلم عدمه بالنص كما في الفراش مع الشبه في إثبات النسب، فإن الاعتبار للفراش دون الشبه، وكما في اللعان مع الشبه في إثبات حد الزنا، فإنه لا يساويه بالنص، وقد يكون بالعمل بأحدهما؛ كما لو تعارض: القول قول الدافع، والقول قول القابض، في صفة المال الذي قبضه القابض، فإنه يترجح الأصل الأول بجريان العمل به، وقد يكون باعتماد أحدهما بأصل آخر؛ كما يعتضد - في المثال السابق - قول الدافع بأن الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان، وكما لو عارض الظاهر واقع الحال وحقيقته؛ كما لو ادعى بنوة من هو أكبر منه وأقر بذلك، فإنه لا يقبل لمخالفته الحقيقة.

٣- أن لا يكون المتعارضان قطعيين؛ فإن التعارض بين القطعيين غير متصور كما سبق في تعريف الترجيح.

(١) رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه: (ص ٥٤١)، برقم: (٣١٩٩)، وأبو داود في سننه - واللفظ له - في أول كتاب الذبائح، باب ما جاء في ذكاة الجنين: (٣/٤٨٤)، برقم: (٢٨٢٨)، والترمذي في سننه - واللفظ له - أيضاً في كتاب الصيد عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في ذكاة الجنين: (ص ٣٥٠)، برقم: (١٤٧٦)، وحسنه ابن عبد البر في التمهيد: (٧٦/٢٣)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود: (١٩٣/٢)، برقم: (٢٨٢٨).

المطلب الثاني

صور تعارض الأصل والظاهر



وفيه تمهيد، وثلاث مسائل:

تمهيد:

إن المتأمل في القرائن الفقهية عموماً يجدها تنقسم قسمين: الأصل والظاهر، وهي ما تسمى بالمرجحات الأولية^(١)؛ وذلك أنها إما أن تكون متعلقة بالعدم أو النفي، فهذه من قرائن الأصل، وإما أن تكون ناقله عنه لعرف أو غلبة أو مناسبة أو نحوها، فهذه القرائن المتعلقة بالظاهر، وتعارضها يكون إما بتعارض أصليين، أو تعارض ظاهرين، أو تعارض أصل وظاهر، فهذه ثلاث مسائل هي محل الدراسة في هذا المطلب^(٢).

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (٢/٦٥٨)، المدخل الفقهي العام: (١/١٠٦٦)، وقصر صاحب المرجع الأخير المرجحات الأولية على الظاهر الضعيف، فلا يكون المصطلح الذي أطلقه يتناول القرائن كلها.

(٢) وجعلت دراسة هذه المسألة في التمهيد؛ لأن البحث يرد فيه كثيراً تطبيقات لهذه المسألة، فتكون دراسة هذه المسألة تأصيلاً لها، وكافية عن إعادتها عند كل مسألة، وأهمية معرفة الأصل والظاهر تظهر من جوانب ثلاثة: الأول: أنه يكون بهما تمييز المدعي من المدعى عليه، فمن رجح ما بجانبه من أصل أو ظاهر، فهو المدعى عليه، والآخر مدع عليه البينة. الثاني: الترحيح بين البيئات عند تعارضها، وعدم إمكان الجمع بينها. الثالث: أنها توجه الحكم لمن ترجح أصله أو ظاهره؛ وذلك عند خلو القضية من البيئات ابتداءً، أو عند تساقطها لتعارضها. ينظر: الفروق: (٤/٧٤-٧٦)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (٢/٦٥٨-٦٥٩)، سير الدعوى القضائية؛ لمعالي الشيخ: عبد الله بن محمد آل خنين: (ص ٣٢٨).

ويجدر التنبيه هنا إلى أن محل خلاف الفقهاء: هو في حال عدم إمكان الجمع بين القرينتين المتعارضتين بحمل كل واحدة منهما على حال، ونحو ذلك من أوجه الجمع، وعدم إمكان أعمال الأصلين، وعدم وجود مرجح لأحدهما، وأما إذا أمكن الجمع بين الأصلين أو إعمالهما، أو ترجح أحدهما بمرجح، فهو المقدم^(١)، وتجرى هنا قواعد الترجيح^(٢).

(١) القواعد؛ للمقري: (٢/٤٩٧-٤٩٨)، تبصرة الحكام: (١/٣٧٤)، القواعد السننية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق؛ لمحمد بن علي بن حسين المالكي: (٤/١٢٠)، المجموع شرح المهذب؛ للنووي: (١/٢٥٩)، المثور في القواعد؛ للزركشي: (١/٢٠١)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/١٧٤)، قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/٤٤٠)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (٢/٦٦٨-٦٦٩)، سير الدعوى القضائية: (ص٣٢٦)، وهذا يجعل موطن البحث ضيق التطبيق، فإنه لا تكاد تخلو واقعة من مرجح من نص أو عرف أو جريان عمل بأحد الأصلين أو كون أحدهما أكثر شبيهاً وتعلقاً بموضوع النزاع، ولكن لأن جزءاً من الدراسة نظري فلا بد من تناول هذه المسألة النظرية، ولعل فيما يأتي - إن شاء الله - من تطبيقات ما يبين وجه ضيق تطبيق هذه المسألة، ويمكن أن يقال بتخريج هذه المسألة على خلاف الفقهاء في مراحل النظر في الشهادات المتعارضة بأنهم اختلفوا على قولين: هل يقدم الترجيح، أو الجمع؟ والأول قول الحنفية، والثاني الجمهور بناء على خلافهم في مراحل النظر في الأدلة المتعارضة في أصول الفقه (ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: (٢/٨٠٥-٨٠٦))، ولم أجد من تناوّلها في القرائن إلا من ذكر هذا الخلاف عند تعارض ظاهرين، وسيجري مناقشته - إن شاء الله - عند ذكر تعارض الظاهرين، ولعل ذلك راجع إلى عدم إفراد الفقهاء النظر والكلام على القرائن في مؤلفات وأبواب مستقلة كما سبق ذلك. وما ذكر في تحرير محل النزاع قد يشكل عليه بعض التطبيقات الفقهية ولكن هو المحرر عن المحققين. ينظر في تحرير ذلك ومناقشته: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص٣٥٦-٣٦١).

(٢) ينظر: نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي: (ص١٣٩)، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص٣٦٥).

كما أن التعارض المذكور هو في نظر المجتهد وليس في حقيقة الأمر؛ فإن الأصل والظاهر المذكورين أدلة شرعية، أو مستنبط من أدلة شرعية، ولا يمكن التعارض بينها حقيقة^(١).

المسألة الأولى: تعارض الأصلين:

وفيهما ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الأصل:

لغة: قال ابن فارس: «الهمزة والصاد واللام ثلاثة أصول متباعدة بعضها من بعض، أحدها أساس الشيء، والثاني الحيّة، والثالث ما كان من النهار بعد العشي»^(٢)، ويجمع أصول، وأصل، وأصل، وأصلان، وأصال، وأصائل، والفعل منه أصل^(٣).

ويطلق: (الأصل) في اللغة على معان^(٤):

١- أسفل الشيء.

٢- حية صغيرة أو عظيمة تُهْلِكُ بنفخها.

٣- الحساب.

ولعل أقرب هذه المعاني الأول مما ذكره ابن فارس، ولعل من صوره المعنى الأول المذكور بعد ذلك.

- (١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب؛ للجويني: (١٩/ ٢٢٤-٢٢٥)، الأشباه والنظائر للسبكي: (١/ ٣٢-٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٨٠).
- (٢) مقاييس اللغة، مادة: (أصل): (١/ ١٠٩).
- (٣) ينظر: القاموس المحيط: مادة: (أصل): (ص ٩٦١)، لسان العرب: مادة: (أصل): (١/ ١١٤-١١٥).
- (٤) ينظر: المرجعان السابقان.

اصطلاحًا: عرف بتعريفات عدة:

فقليل: «هو ما يبتنى عليه غيره»^(١).

وقيل: «أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه»^(٢).

ويطلق الأصل في اصطلاح العلماء على أربعة أمور^(٣):

الأول: على الدليل وهذا الإطلاق الغالب، ومنه قولهم: أصل هذه المسألة الكتاب والسنة، أي: دليلها، ومنه مصطلح: (أصول الفقه) أي: أدلته.
الثاني: الرجحان، ومنه قولهم: الأصل في الكلام الحقيقة دون المجاز، أي: أرجحهما.

الثالث: القاعدة المستمرة، ومنه قولهم: أكل الميتة للمضطر على خلاف الأصل، أي: خلاف القاعدة المستمرة بتحريم أكلها.

الرابع: المخرج في كتاب الفرائض، وهو ما يخرج منه فروض المسألة بلا كسر؛ مثل: ما لو توفي رجل عن بنت وأم وأخ؛ فإن مخرج هذه المسألة الذي ينقسم على الأنصاء بلا كسر هو الستة مخرج فرض الأم^(٤).

(١) التعريفات: (ص ٥٥). (٢) التعاريف: (ص ٥٣).

(٣) ينظر: التحبير شرح التحرير؛ للمرداوي: (١/ ١٥٢-١٥٣)، شرح الكوكب المنير: (١/ ٣٩-٤٠).

(٤) القاموس المبين في إصلاحات الأصوليين؛ للدكتور: محمود حامد عثمان: (ص ٥٦)، وقد ذكر بعض الباحثين لها إطلاقات أخرى غير ما ورد هنا، ولكن بتأملها وجدت أنها ترجع لهذه المذكورة، أو أنها لغوية أو حديثة. ينظر: القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين: (ص ٥٥-٥٦)، نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي؛ لمحمد سماعي الجزائري: (٢٣-٢٤)، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية؛ للدكتور: أحمد الرشيد: (ص ٤٣-٤٧).

ولعل المقصود من هذه المعاني في هذه المسألة هو المعنى الثالث^(١)؛ لأن غالب الأمثلة التي تذكر في هذا الباب تعتمد على استصحاب الحال السابق واستمراره ببقاء ما كان على ما كان؛ إضافة إلى أن بعض من تناول هذه المسألة تناولها تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك، وهذا هو معناها، وهو: استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ^(٢).

وقد يطلق ويراد به المعنى الثاني؛ لأن من ذكر هذا التقسيم جعل القاعدة التي هي من أهم القواعد التي تمثل هذه المسألة - وهي قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان - مثالاً للقسم الثاني^(٣).

الفرع الثاني: صور تعارض الأصلين:

وله صورتان:

الأولى: أن يكون الأصل معارضاً بنفسه؛ وذلك بأن ينزع كل واحد من أصحاب القول بهذا الأصل من وجه غير الوجه الذي ذكره صاحب القول الآخر؛ مثل: الطهارة لمن تيقن الطهارة وشك في الحدث، فقال مالك: تجب الطهارة؛ لأن الذمة مشغولة بالصلاة بيقين، فلا تبرأ إلا بيقين، والشك في شرطها - وهو الطهارة - يوجب الشك في الشروط - وهو الصلاة المؤداة

(١) ينظر: المنشور في القواعد: (١/١٨٤).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي: (١/١٣-٣٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/١٤٧، ١٧٢-١٨٧).

(٣) ينظر: التحبير شرح التحرير؛ للمرداوي: (١/١٥٢-١٥٣)، شرح الكوكب المنير: (١/٣٩-٤٠)، الممتع في القواعد الفقهية؛ للدكتور: مسلم الدوسري: (ص ١٢٤)، ويجدر التنبيه هنا إلى أن مصطلح الأصل والظاهر قد يستخدم كل منهما مكان الآخر في كلام الفقهاء. ينظر: المدخل الفقهي العام؛ لمصطفى الزرقا: (٢/١٠٦٦)، نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي: (٢٧).

بالطهارة المشكوك فيها - فيكون المشكوك فيه ملغى؛ لأن اليقين لا يزال بالشك، - وهو يقين ثبوت الصلاة في الذمة - فتجب الطهارة لإبراء الذمة بالصلاة المؤداة^(١).

وأما الشافعي، وغيره، فقال: إن الطهارة غير واجبة لأن الطهارة متيقنة ولا يزال ذلك بالشك في الحدث؛ لأن اليقين لا يزول بالشك، فتجوز الصلاة وتجزئ^(٢).

فهنا نزع كل قول بالأصل نفسه؛ وهو أن اليقين لا يزول بالشك، وذكر صورة لبقاء الأصل وعدم النظر في المشكوك فيه، فتعارض بنفسه من وجهين^(٣).

الثانية: أن يعارض الأصل بأصل غيره، وتحتها نوعان:

الأول: عدم إمكان الجمع بين الأصلين؛ مثل: ما لو «ضربها الزوج وادعى نشوزها، وادعت هي أن الضرب ظلم، فقد تعارض أصلاً: عدم ظلمه، وعدم نشوزها»^(٤).

الثاني: إمكان الجمع بين الأصلين؛ كما لو توضع الإنسان، فأدخل رجله في الخف، وقبل وصولها إلى مستقرها أحدث، فلا يجوز له المسح؛ لأن الأصل عدم دخولها، وأما إذا أخرجها إلى الساق ثم أدخلها، فلا يضر ذلك، ويجوز له المسح؛ لأن الأصل عدم خروجها، فهنا يلزم على الأصل الأول

(١) ينظر: الذخيرة؛ للقرافي: (٢١٩/١).

(٢) ينظر: روضة الطالبين؛ للنووي: (٧٧/١)، المهذب؛ للشيرازي: (١٠٢/١).

(٣) ينظر في تفصيل هذه المسألة: الذخيرة؛ للقرافي: (٢١٩/١)، إعلام الموقعين:

(٤) (٣/١٠٢-١٠٣). (٤) الأشباه والنظائر للسيوطي: (١٨٦/١).

عدم جواز المسح في الصورة الثانية، ويلزم من الصورة الثانية عدم جواز المسح في الصورة الأولى، فجمع بينهما باختصاص كل صورة بالأصل الذي بنيت عليه^(١).

الفرع الثالث: العمل عند تعارض الأصلين:

اختلف العلماء رَحْمَهُمُ اللهُ فِي العمل عند تعارض أصلين، ولم يمكن الجمع بينهما، ولا الترجيح، ولا العمل بهما على قولين:

القول الأول: إن فيها رأيين - رأي بكل أصل - وهذا قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، ولعل وجه هذا القول أن الأصلين تساويا، فلم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر، فكان لكل أصل قول.

القول الثاني: إنه يقدم أحوط القولين، وهو قول الماوردي من الشافعية^(٥)؛ كما لو دار حكم المسألة بين أصلين أحدهما يقتضي الحظر والآخر يقتضي

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/١٨٣)، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٦٤)، ويظهر من هذا المثال أن التعارض هنا بين لازم المسألة الأولى ولازم المسألة الثانية، ولا يتصور الجمع بين أصلين - يدلان على حكم مختلف فيه - في مسألة واحدة يمكن العمل بهما معاً. ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٦٢).

(٢) ينظر: الذخيرة: (٥/٥٠٦)، القواعد؛ للمقري: (٢/٤٩٧-٤٩٨)، القواعد السننية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق: (٢/١٩٦)، وأطلق فيه المالكية أن فيه خلافاً، ولم يذكروا هل هذا الخلاف على قولين أو وجهين أو نحو ذلك.

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب؛ للنووي: (١/٢٥٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/١٧٤)، وهذا الخلاف على قولين.

(٤) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/٤٤٠)، وهذا الخلاف على وجهين.

(٥) نسبه إليه الزركشي في المنتور: (١/١٩٧)، ولعله استفيد من تفريعه بعض المسائل، كما يفهم ذلك من صنيع المحققين حيث نسباه للحاوي الكبير، وعند الرجوع له وجدت المسألة المفرعة دون التأصيل.

الإباحة، أو أحدهما يوجب إعادة الوضوء ونقض الطهارة، والآخر على خلاف ذلك، فيرجح الحاضر على المبيح، وموجب الطهارة على مسقطها.

ويستدل له: بأن الأخذ بالحزم للسلامة في الدين يكون بترجيح الأحوط؛ لأنه قد يكون حراماً فيكون الأخذ بذلك أسلم من القول بإباحته الذي قد يؤدي لمقارفته، فيكون المقارف له مقارفاً لحرام، وأصل ذلك قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ الْحَلَالَ بَيْنَ، وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيْنَ، وَبَيْنَهُمَا مَشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ، وَعَرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرَعَى حَوْلَ الْحِمَى، يَوْشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمَى، أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمَهُ، أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مَضْغَةً، إِذَا صَلَحَتْ، صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ»^(١)، فجعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من اتقى الشبهات مستبرأ لدينه وعرضه - بتركها - وأخذاً بالحزم وهذا ضرب من ضروب الاحتياط^(٢).**

ونوقش هذا القول بأنه مشكل من وجهين^(٣):

الأول: وجود مسائل يتعارض فيها أصلاً، ولا يعرف الأحوط منهما، وغالباً ما يكون ذلك في مسائل الخصومات بين الناس، والتي يحتكم فيها

(١) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه: (١/٢٠٥)، برقم: (٥٢)، ومسلم في صحيحه واللفظ له في كتاب المساقاة: (ص ٦٠٢)، برقم: [٤٠٩٤] - ١٠٧ - (١٥٩٩).

(٢) ينظر: الفصول في الأصول: (٢/٣٠٠)، البحر المحيط؛ للزركشي: (٦/١٧٠-١٧١)، روضة الناظر: (٣/١٠٣٥)، وينظر بسط الأدلة على حجية الاحتياط: العمل بالاحتياط عند الفقهاء؛ لمنيب بن محمود شاكر: (٦٩-١٥٤)، وأدلة الأخذ بالاحتياط مرجحاً حين التعارض في المرجع السابق: (ص ٣٧٢-٣٧٥).

(٣) ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٦٠، ٣٦١).

إلى الأصول؛ مثل ما سبق من الخلاف بين الزوجين في سبب ضرب الزوج زوجته، فإنه لا يمكن الأخذ بالأحوط فيها؛ لأن الأخذ بعدم الظلم فيه هضم لحق المرأة، والأخذ بعدم النشوز هضم لحق الرجل، وهذا هو الجانب التطبيقي لهذا البحث، وهو ثمرة التنظير في كثير من مسائل هذا الباب.

الثاني: أن الأخذ بالاحتياط دائماً يصادم ما قرره جمهور العلماء من وجوب النظر في الترجيح والعمل بالراجح، وهذا لا يتأتى مع الأخذ بالاحتياط مطلقاً.

ويزاد على هذه المناقشة: بأن الأخذ بالاحتياط يكون بموافقة الدليل المرجح، فالقول بالاحتياط بهذا الوجه قد يؤدي إلى معارضة الدليل الشرعي الدال على مشروعية المرجح، كما أن الأمر إذا دل عليه الدليل الشرعي دلالة واضحة لم يعد من المشتبهات التي تدخل في الحديث السابق.

النظر والموازنة:

إن المتأمل فيما قرره الفقهاء أولاً في هذه المسألة ثم في تطبيقهم يكاد يجزم بأن هذا الخلاف يغلب عليه أنه لفظي قليل الثمرة - خصوصاً عند أصحاب القول الأول - لأمر:

١- اتفاقهم على وجوب النظر في الترجيح، وأن هذا الخلاف لا يمنع من النظر في الترجيح بين الأصلين^(١).

٢- أن كثيراً من المسائل التي يذكرونها يرجحون فيها، فيذكرون القولين أو الوجهين ثم يقول المؤلف: وأصحهما، والأصح، وصوبه فلان، وصح

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب؛ للنووي: (٢٥٩/١)، المنشور في القواعد: (١٩٧/١).

فلان، وبه جزم فلان، وهو المرجح عند فلان، والأظهر، والظاهر، ويعضده، والذي يقوى في ظني، وينبغي القطع بكذا - بأحد الأصلين -، ونفى بعضهم أن يجري الخلاف في هذه المسألة، ونحو ذلك^(١).

٣- أن بعض العلماء حكى القولين في المسألة، وإن كانت مترجحة أحد الجانبين، وصدر كونها من المسائل التي فيها الاختلاف: ب (قد).^(٢)

٤- أنه يكاد يعدم أو ينذر جداً وجود مسألة واقعة لا مرجح فيها، فالكلام على هذه المسألة نظري أكثر منه تطبيقي.

٥- ويؤيد الأمر السابق أن العلماء تناولوا هذه المسائل التي تكون تطبيقاً لتعارض الأصلين في كتب الخلاف العالي ورجحوا بينها، وردوا دليل المخالف وناقشوه، وسيأتي - إن شاء الله - في صلب البحث من الأمثلة ما يوضح ذلك.

ولعل لهذه الأمور وغيرها تجد بعض الباحثين عند ذكر هذه المسألة لا يتطرق لهذا الخلاف ولا لحكاية القولين، بل يذكر ما سبق ذكره من تحرير محل النزاع: من أنه إذا تعارض أصلان جمع بينهما، أو عمل بها، فإذا لم يمكن رجح بينهما بأي مرجح كان^(٣).

ولكن قد يقال: إن ثمرة حكاية هذا الخلاف وذكره تتضح من وجهين:

(١) ينظر في ذلك مثلاً: الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٨٠-١٨٦)، فلم يحك الوجهين دون الترجيح بإحدى الصيغ المذكورة سابقاً سوى في مثالين.

(٢) ينظر: القواعد للمقري: (٢/ ٤٩٧-٤٩٨).

(٣) المدخل الفقهي العام: (٢/ ١٠٦٧-١٠٦٨)، سير الدعوى القضائية: (ص ٣٢٩).

الأول: أن يتسع المذهب الواحد لاستيعاب أكثر من قول بناء على أن هذه المسألة فيها قولان، فيكون لمتبع هذا المذهب والقاضي والفقيه سعة في الانتقال من قول إلى قول آخر وفق ما يقتضيه النظر الفقهي والمصلحة وأصول الموازنة السابق ذكرها.

الثاني: - وهو مبني على الأول - أنه يؤدي إلى سعة الشريعة واستيعاب أقوال الفقهاء لجميع الاحتمالات التي تعرض لمن ينزل الحكم الشرعي على الواقعة، فلا يكون الناظر في حرج في القضاء أو الفتوى بما لم يقله أحد أو انعقد الإجماع على خلافه، بل يكون في هذه المسألة قولان.

وأما القول الثاني، فعلاوة على ما ذكر في مناقشته؛ فإنه قد يقال: إنه عند تعذر الترجيح بأي وجه؛ فإنه يصار إلى الاحتياط^(١).

ولكن عند تأمل هذا القول، والنظر في كلام من ذكر الاحتياط مرجحاً، يتضح أن القول الثاني يتضمن تقديم أحد المرجحات على غيرها، وهو الاحتياط، فقد يكون هذا القول خارج محل النزاع حيث أمكن الترجيح فيه بالاحتياط، والمسألة المفترضة هي التي لم يوجد فيها مرجح.

المسألة الثانية: تعارض الظاهرين:

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الظاهر:

لغة: اسم فاعل من ظهَرَ قال ابن فارس: «الظاء والهاء والراء أصل صحيح واحد يدل على قوة وبروز، ومن ذلك ظهر الشيء يظهر ظهوراً فهو ظاهر: إذا

(١) ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٦١).

انكشف وبرز... والأصل فيه ظهر الإنسان، وهو خلاف بطنه، وهو يجمع البروز والقوة... والظهور الغلبة؛ قال الله تعالى: ﴿فَأَصْبَحُوا ظَهْرِينَ﴾^(١)، والظاهرة: العين الجاحظة... ومن هذا الباب: هذا أمر ظاهر عنك عاره؛ أي: زائل؛ كأنه إذا زال فقد صار وراء ظهرك...^(٢).

ويطلق: (الظاهر) في اللغة على معان^(٣):

- ١- الشريف من الناس؛ فإن أشرف الناس ظواهرهم.
 - ٢- أعلى الشيء، ومنه ظاهر الجبل، أي: أعلاه.
 - ٣- الغالب، ومنه فلان ظاهر على فلان، أي غالب عليه.
 - ٤- ويطلق على العين التي تملأ نقرتها، وهي خلاف الغائرة، وتطلق أيضاً على الجاحظة.
 - ٥- القوة، ومنه: هذا أمر أنت به ظاهر، أي: أنت قوي عليه.
 - ٦- الماشية التي ترد نصف النهار تسمى: ظاهرة.
- ولعل أقرب هذه المعاني إلى المقصود المعنى الذي ذكره ابن فارس؛ فإن الظاهر قد برز وقوي، فلم يلتبس بغيره من المعاني والأدلة، وكذلك قريب منه المعنى الثالث والرابع؛ لأن المعنى والدليل الظاهر أعلى من غيره، وهو غالب غيره.

اصطلاحاً: عرف بعدة تعريفات أذكر منها:

- (١) سورة الصف، الآية (١٤).
- (٢) مقاييس اللغة: مادة: (ظهر): (٣/٤٧١-٤٧٢).
- (٣) ينظر: القاموس المحيط: مادة: (ظهر): (ص ٤٣٤)، لسان العرب: مادة: (ظهر): (٩/١٩٨-٢٠٣).

قيل: «هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة، ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص»^(١).

وقيل: «هو ما دل دلالة ظنية»^(٢).

وقيل: «هو الحال القائمة التي تدل على أمر من الأمور»^(٣).

وله في الاصطلاح إطلاقات:

١- دليل الإثبات الذي نصت الشريعة على حجيته وقبوله؛ مثل: الشهادة، والقافة ونحو ذلك^(٤).

٢- ما استند على أدلة الإثبات الأخرى من العرف والقرائن ونحوها^(٥).

٣- الغالب، وهو: ما يرجح وقوعه^(٦).

٤- الاستصحاب المعكوس: بأن يثبت شيء في الماضي بناء على ثبوته في الحال^(٧).

٥- قرينة الحال؛ كدلالة اليد على ترجيح قول صاحبها على قول غيره^(٨).

(١) التعريفات: (ص ٢٣٣)، التعاريف: (ص ٢٣٠).

(٢) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة؛ لذكري الأنصاري: (ص ٨٠)، التحبير شرح التحرير: (٦/ ٢٨٤٧).

(٣) شرح القواعد الفقهية؛ لأحمد الزرقا: (ص ١٠٧).

(٤) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٤٩).

(٥) ينظر: المرجع السابق.

(٦) المنشور في القواعد: (١/ ١٨٤). (٧) شرح القواعد الفقهية؛ للزرقا: (ص ١٠٨).

(٨) شرح القواعد الفقهية؛ للزرقا: (ص ١٠٨).

فأما التعريفات، فالمقصود منها التعريف الثالث، ويقرب منه الثاني، وأما الإطلاقات، فإن هذه هي الإطلاقات الفقهية على الظاهر، ولعل المعنى المراد منها هنا هو الإطلاق الثالث؛ ولكن بتخصيصه بما ثبت بالقرائن أو ترجح بها.

الفرع الثاني: صور تعارض الظاهرين:

وهو نوعان:

النوع الأول: أن يكون الظاهران صورتين لظاهر واحد، وله صورتان:

الأولى: أن لا يمكن الجمع بينهما؛ مثل: ما لو تنازع طرفا الدعوى عينا بيدهما، وهي تصلح لهما؛ كما لو تنازع نجاران في المطرقة والمسمار، فهنا عارض الظاهر العاضد جانب الطرف الأول - وهو اليد -، ظاهر مثله في الطرف الثاني^(١).

الصورة الثانية: أن يمكن الجمع بينهما؛ مثل: ما لو اختلف الزوجان في متاع بيتهما، فما كان يصلح للزوج من ثيابه وشماغه ونحوها، فيكون للزوج، وما كان للزوجة من الحلبي وما تتزين به النساء عادة، فيكون للزوجة^(٢)، فهنا

(١) وهنا قد يقال: إنه يمكن الجمع بينهما بقسمة العين بينهما، ولكن هذا لا يلغي احتمال تعلق حق كل واحد منهما في القسم الآخر الذي في يد خصمه، وإن كان قد انتهت خصوصتهما بالحكم بالقسمة، فإن القرينة التي معها تنطبق على العين كلها.

(٢) وهذه المسألة محل خلاف بين العلماء قال بهذا الوجه من الجمع الحنفية والمالكية والحنابلة، وخالف في ذلك الشافعية، فساووا بينهما لثبوت يدهما على المتاع، وهذا في الجملة، ولكل مذهب تفصيل.

ينظر: المحيط البرهاني: (٣/١٦٤)، الذخيرة للقرافي: (١/١٥٧)، روضة الطالبين:

(١٢/٩٢-٩٣)، كشاف القناع: (٦/٣٨٩).

الظاهر: وهو صلاحية الشيء عرفاً وعادة وجد في كل منهما، وأمکن الجمع بينهما فجمع بينهما.

النوع الثاني: أن يكون الظاهران مختلفين، وله صورتان:

الأولى: أن لا يمكن الجمع بينهما؛ مثل: ما لو تصادق الزوجان على النكاح، فهنا تعارض ظاهران: الأول: ظهور صدقهما؛ لأن النكاح حق لهما، فيثبت النكاح بتصادقهما، ولكن إذا كان هذان الزوجان من بلد واحد، فقد عارض هذا التصادق ظاهر آخر، وهو: أن الظاهر أنه حالهما يعرف، وأمر زواجهما ينتشر، فتسهل عليهما إقامة البينة، فلا يثبت هذا النكاح إلا بالشهادة عليه^(١)، ويمكن التمثيل لهذه الصورة بما سبق ذكره من الشبه واللعان في إقامة الزنا، فهنا ظاهران ودليان: الأول: اللعان، ويدل على عدم الزنا، والثاني: الشبه بالزاني، ويدل على الزنا، ولكن ألغى الظاهر الثاني للدليل الوارد بإلغائه.

الثانية: أن يمكن الجمع بينهما؛ مثل - ما سبق - من تعارض الفراش والشبه في إثبات النسب، فكلاهما دال عليه، وحجة شرعية موصلة إليه، ولكن ورد النص باعتبار الفراش في إثبات النسب، واعتبار الشبه في نفي المحرمية، في قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة»**^{(٢)(٣)}.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/١٨٧)، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٨٨).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: زاد المعاد: (٥/٣٧١)، فتح الباري: (١٢/٤٥)، وقيل في المرجعين السابقين أنفسهما: إن نهي النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** سودة كان احتياطاً، وقيل: إنه مزية لأمهات المؤمنين، ولعله يمكن أن يقال ما قيل سابقاً في الجمع بين أصليين مختلفين. ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٩٢).

الفرع الثالث: التعامل مع الظاهرين المتعارضين^(١):

فيقال فيه: إن كان أحد الظاهرين حجة يجب قبولها نصًا بالشرع، والظاهر

الآخر ليس بهذه المنزلة، فيقدم الأول، وينبغي أن يكون بلا خلاف^(٢).

وأما إن كان الظاهران يجب قبولهما شرعاً فيسلك بهما المنهج الشرعي

(١) ذكر بعض الباحثين أن الفقهاء اختلفوا في التعامل مع الظاهرين إذا تعارضوا، بتقديم الجمع أو الترجيح، وذكر من صور الظاهرين المتعارضين تعارض شهادتين، وتعارض عرفين، وهما من القرائن كما سبق ذكره: (ينظر: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧٤))، ولكن بتأمل ما ذكره الفقهاء والرجوع إلى مراجع رجع إليها الباحث تبين أن كلامهم في تعارض الشهادتين، وهذا يظهر من الأمثلة التي يذكرونها لتعارض الظاهرين: (ينظر: تبين الحقائق: (٤/ ٣١٥-٣١٦)، شرح الخرشي: (٧/ ٢٢٩)، تبصرة الحكم: (١/ ٣٧٤-٣٧٦)، نهاية المحتاج: (٨/ ٣٦١)، الفروع: (١١/ ٢٨٧-٢٨٩)، الفتاوى الكبرى: (٥/ ٥٧٠))، ولكن قد يقبل ذلك فيما يتعلق بالحنابلة حيث ورد في المراجع ما يدل على ما ذكره الباحث ولكن ما تم الاطلاع عليه لم يذكر فيه العرف، وإنما ذكر فيه اليد: (ينظر: الفروع: (١١/ ٢٥٥)، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم: (٧/ ٥٧٩))، واليد لا يختص به الحنابلة، ولكن يؤيد اختصاص الحنابلة بذكر التعارض بين الظاهرين: اختصاصهم من بين المذاهب الأربعة بتوسيع مصطلح البينة؛ كما ذكره الباحث: (ينظر: استقلال القضاء: (ص ٨٢-٨٣))، وعليه فيكون تناول تعارض الظاهرين إذا كانا من القرائن خاصًا بالحنابلة، ولا يشكل على هذا الأمر بعض التطبيقات، فإن لكل تطبيق ما يخصه، يؤيد هذا الأمر قلة كلام العلماء في تعارض الظاهرين، وأقل منه كلامهم في التأصيل: (ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٨٧))، وعلى كل حال، فلا يمنع ذلك من الترخيص على تعارض الشهادتين كما ذكر، ولعل هذا ما فعله الباحث؛ لأن هناك ثمرات للخلاف الذي ذكره يمكن أن تؤخذ من هذا الخلاف (ينظر: استقلال القضاء ص ٨٠-٨١).

(٢) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٤٩)، ينظر: المجموع شرح المذهب: (١/ ٢٥٩)، نفي الخلاف في المرجعين السابقين في الخلاف بين الأصل والظاهر أو بين أصليين، ولكن يمكن أن يخرج الإجماع في هذه المسألة على المسألة المذكورة في المرجعين.

في التقديم، فيقدم الفراش على الشبه في إثبات النسب، ويقدم اللعان على الشبه، في نفي الحد، ونحو ذلك مما وردت النصوص بالترتيب بينها.

وأما إن كان الظاهران متساويين بحيث دلت عمومات الشريعة ومقاصدها على اعتبارهما، وهذا هو الغالب، فهنا يقال بالقاعدة العامة في هذا الباب بتقديم الظاهر المعتضد بما يرجحه، ويختلف العلماء في ترجيح أحد الظاهرين تبعاً لاختلافهم في اعتبار المرجحات المذكورة في كتب أصول الفقه، فيكون النظر في هذه القرائن تابعاً للنظر الفقهي، فينظر الباحث إلى المسألة بعينها في كتب الفقه ويرجح أقرب الأقوال - إذا كانت محل خلاف - وفق المرجحات التي يعتمدها في أصول الفقه^(١).

ولعل النظر بينها بمراحل النظر الفقهي المختلف فيها بالجمع أو الترجيح ثم التساقت ممكن^(٢).

- (١) ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٣٨٩).
- (٢) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٤٩)، المجموع شرح المذهب: (١/ ٢٥٩)، تعارض البيئات في الفقه الإسلامي: (ص ١٧٧-١٨٢)، وتنظر تفاصيل هذا الخلاف أصولياً، وكيفية تطبيقه، وتطبيقاته في علم القضاء: التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية: (١/ ٢٠١-٣٠٨)، ولعل النسخ هنا لا يرد؛ لأن ما دل على اعتبار الظاهر هو عمومات ومقاصد الشريعة، أو عموم اعتبار القرائن سواء بإظهارها الحق أو بترجيحها جانب أحد المتداعين، وليس نصاً عين هذا الظاهر دليلاً، فيكون ما دل عليها مما لم يدخله النسخ، وهو ما درج عليه من اطلعت عليه ممن تناول تعارض البيئات في الفقه الإسلامي.

المسألة الثالثة: تعارض الأصل والظاهر:

وفيهما ثلاثة فروع:

الفرع الأول: شروط هذا التعارض:

ذكر الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ شروطاً للعمل عند تعارض الأصل والظاهر الذي سيجري الحديث عنه، وهذه الشروط هي^(١):

الشرط الأول: أن لا تطرد العادة بمخالفة الأصل، فإن اطردت العادة بخلاف الأصل، فإنها تقدم على الأصل.

الشرط الثاني: أن تكثر أسباب الظاهر، فإن ندرت لم يلتفت إليها؛ لأن اليقين - وهو الأصل - لا يزول بالشك - وهو هذا الظاهر الضعيف أو الملقى -؛ وذلك مثل ما سبق من عدم الالتفات للقرائن الملغاة؛ مقابل أصل براءة الذمة.

الشرط الثالث: أن لا يكون مع أحدهما ما يعتضد به، فإن كان فالعمل بالراجح متعين؛ كما سبق ذلك في تحرير محل النزاع.

الشرط الرابع: اختلاف زماني حدوث الأصل والظاهر؛ بأن يكون الأصل سابقاً للظاهر؛ لامتناع اجتماع النقيضين في محل واحد ووقت واحد؛ كما لو تعارض الأصل في الأمور العارضة العدم مع قرينة: **(الأمانة)** بأن يقبل قول

(١) ينظر: المنشور في القواعد: (١/ ١٨٤-١٨٥)، القول الباهر في تعارض الأصل والظاهر؛ للدكتور: خالد بن سليم الشراري: (ص ١٨٤)، وهو بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية في العدد: (١٥٥)، وذكر في المرجع الأخير شرطان إضافيان، ولكن تعريف التعارض الذي سلف ذكره يكفي عن ذكرهما.

المودَع المتبرع في رد السلعة لربها؛ فهنا الأصل سابق على الظاهر، وأتى الظاهر هنا ليرفع الأصل.

ونوقشت الشروط الثلاثة الأُوْل من وجهين:

الأول: أن هذه الشروط شروط لاعتبار الأصل والظاهر، وليست شروطاً خاصاً بالتعارض^(١).

الثاني: أن هذه الشروط لا يمكن الاعتماد عليها كلياً في مسألة تعارض الأصل والظاهر؛ بدليل وجود الخلاف بين العلماء في كثير من المسائل التي تحققت فيها الشروط المذكورة، مما يجعل الخلاف حاصلًا في صحة اشتراط هذه الأمور^(٢).

وعليه؛ فإنه لا توجد شروط خاصة لتعارض الأصل والظاهر سوى شروط التعارض العامة؛ لما ورد من مناقشة على هذه الشروط^(٣)، وأما الشرط الرابع فلا يعدو أن يكون مبيِّنًا لكيفية هذا التعارض وصورته وفق خصائص كل من الأصل والظاهر.

الفرع الثاني: صور تعارض الأصل والظاهر:

يذكر الفقهاء رَجْمُهُ اللهُ خمس صور لتعارض الأصل والظاهر؛ من حيث ترجيح أحدهما، وهذه الصور هي:

- (١) ينظر: نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي: (ص ١٤٧).
- (٢) ينظر: المرجع السابق: (ص ٣٩٩-٤٠٠)، وينظر في المرجع نفسه تفصيل هذه المناقشة بذكر أمثلة لها.
- (٣) المرجع السابق: (ص ٤٠٠).

الأولى: ما ترجح فيها الأصل جزماً:

وعبر عنها بعضهم: (ما عمل بالأصل ولم يلتفت إلى القرائن الظاهرة)؛ كما لو ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج أنه لم ينفق عليها، فهنا تعارض الأصل وهو عدم الإنفاق مع الظاهر وهو طول مدة مقامها مع زوجها مع عدم مطالبتها بهذه النفقة طول هذه المدة، فهذه القرائن الظاهرة تدل على أن عدم الإنفاق بعيد، فيقبل قول المرأة هنا أخذاً بالأصل^(١).

ومنه تقديم قول المدعى عليه عند ضعف بينة المدعي أخذاً بأصل براءة الذمة.

وضابط هذه الصورة: (أن يعارض الأصل احتمال مجرد)^(٢).

الثانية: ما يرجح فيه الظاهر جزماً:

وعبر عنه بعضهم: (ما ترك العمل فيه بالأصل للحجة الشرعية)؛ كما لو تداعيا عيناً بيد أحدهما، ولم يقدم من ليست بيده إلا بينة ضعيفة، فهنا عارض أصل عدم ملكهما ظاهر اليد، فرجح جانب الظاهر^(٣).

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٧٤)، قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٥١)، ولابن القيم رَحِمَهُ اللهُ تفصيل حسن في هذه المسألة في الطرق الحكمية: (١/ ٥١-٥٢) يحسن الرجوع إليه بين فيه رَحِمَهُ اللهُ كيف النظر في الأصل والظاهر إذا تعارضا.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٧٤)، وبالنظر إلى المثال المذكور يظهر أنه لا يدخل تحت هذا الضابط، فليس معارض الأصل احتمال مجرد، ولكن ذكرته تبعاً للسيوطي.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٧٤)، قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٤٩).

وضابط هذه الصورة: (أن يستند الظاهر إلى سبب منصوب شرعاً)^(١).

الصورة الثالثة: ما يرجح فيه الأصل على الأصح^(٢):

كما لو اختلف الراهن والمرتهن في سبب قبض العين المرهونة، فقال الراهن: لم تقبض العين المرهونة عن الرهن بل أعرتكها، فقال المرتهن: بل عن الرهن، فتعارض هنا أصل عدم اللزوم مع أن الظاهر أن القبض عن الرهن، فيرجح قول الراهن عملاً بالأصل.

وضابط هذه الصورة: (أن يستند الظاهر إلى سبب ضعيف).

الصورة الرابعة: ما ترجح فيه الظاهر على الأصل^(٣):

وعبر عنه بعض الفقهاء بـ: (ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت إلى القرائن)، وهذا كما لو اختلف المتعاقدان في صحة العقد أو فسادته بتخلف بعض الشروط، فهنا تعارض الأصل في الأمور العارضة العدم - ومن ذلك هذه الشروط -، وأن الظاهر في العقود بين المسلمين الصحة، فيرجح هنا هذا الظاهر على الأصل.

وضابط هذه الصورة: (أن يكون الظاهر سبباً قوياً منضبطاً).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٧٤).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (١/ ١٧٤، ١٧٧).

(٣) ينظر: المرجع السابق: (١/ ١٧٨)، قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٥٢ - ٤٥٣).

الصورة الخامسة: ما خرج فيه الخلاف بترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس^(١):

ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الأصل والظاهر وتساويهما؛ كما لو اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة، فهنا تعارض أصل براءة ذمة الزوج من القدر الزائد على ما أقر به، وظاهر مهر المثل الذي اعتضد به جانب المرأة.

الفرع الثالث: العمل عند تعارض الأصل والظاهر:

فبناء على ما سبق من تحرير محل النزاع، فقد اختلف العلماء **رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي** الأصل والظاهر إذا تعارضا، ولم يقترن بأحدهما ما يعضده - كما سبق - أيهما يقدم على قولين:

القول الأول: أن المقدم والمرجح هو الظاهر، وهو مذهب الحنفية^(٢)، والراجح عند المالكية^(٣)، وقول عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

واستدلوا بما يأتي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾^(٦).

- (١) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٤٥٨/٢، ٤٦٣).
- (٢) ينظر: فتح القدير؛ للكمال ابن المهام: (٤٠٤/٢)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر؛ للحموي: (٢٠٣/٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقا: (ص ١١٠).
- (٣) ينظر: القواعد؛ للمقري: (٢٦٤/٢)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك؛ للونشريسي: (ص ١٧٨-١٧٩)، البهجة شرح التحفة؛ للتسولي: (٤٧/١-٤٨).
- (٤) ينظر: المجموع شرح المهذب؛ للنووي: (٢٥٩/١)، المنثور في القواعد: (١/١٨٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/١٧٤).
- (٥) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٤٥٨/٢-٤٦٨)، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٠١/٤).
- (٦) سورة الأعراف آية: (١٩٩).

وجه الاستدلال: أن الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى** أمر نبيّه بالأمر بالعرف، وهو من الظاهر، فكل شيء عارض الظاهر وجب إسقاطه وعدم اعتباره، ومن ذلك الأصل إذا عارض الظاهر^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا يسلّم لو كان المقصود بالآية هو العرف المصطلح عليه بين الفقهاء الذي يقارب العادة أو يرادفها، ولكن هذا غير صحيح، فإن المفسرين مختلفون في المقصود بالعرف هنا، والصحيح من أقوالهم: أن العرف هو كل ما هو من الدين سواء عرف حسنه بالعقل أم لا، وهو المعروف شرعاً^(٢).

وأجيب عن هذه المناقشة: بأن الآية وإن لم تكن نصّاً في اعتبار الظاهر إلا أن عمومها يتناولها، فالأخذ بالظاهر مما جاء به الشرع^(٣).

ويجاب بوجه آخر: عدم التسليم بعدم دخول العرف والعادة في عموم هذه الآية؛ لأن العرف والعادة بشروطها قد علم اعتبارها شرعاً بأدلة كثيرة^(٤)، فيكون من الدين والمعروف الذي دلت عليه الآية، والذي هو من أفراد الظاهر.

٢- أن الظاهر أمر عارض على الأصل ويدل على خلافه، فيقدم عليه^(٥).

(١) ينظر: جامع البيان: (١٠ / ٦٤٤)، البهجة شرح التحفة: (٤٨ / ١).

(٢) ينظر: جامع البيان: (١٠ / ٦٤٤)، العرف والعادة في رأي الفقهاء: (ص ٢٤).

(٣) استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧٠).

(٤) ينظر في أدلة اعتبارها: قاعدة العادة محكمة؛ للدكتور: يعقوب الباحسين: (ص ١١٩) وما بعدها، العرف حجتيه وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة؛ للدكتور: عادل قوته: (١٢٧ / ١) وما بعدها.

(٥) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا: (ص ١١٠).

ونوقش من وجهين^(١):

الأول: أن هذا مصادرة على المطلوب واستدلال بمحل النزاع، فهو

غير مسلم.

الثاني: أن يلزم من طرد هذا الاستدلال: أن يقدم الظاهر على الأصل،

ولو اعتضد الأصل بما يقويه، وهذا مخالف لما ذكر في تحرير محل النزاع

من عدم الخلاف فيه، فيلزم من هذا الطرد مخالفة الإجماع.

٣- أن الظن المستفاد من الظاهر أقوى من الظن المستفاد من الأصل،

فكان التقديم لأقوى الظنين الذي هو مدرك الترجيح^(٢).

ونوقش: بعدم التسليم بأن الظن المستفاد من الظاهر أقوى؛ لأن الظن

المستفاد من الظاهر ليس بأولى من الظن المستفاد من الأصل؛ لأن محل

الخلاف والنقاش حال عدم وجود المرجح^(٣).

(١) ينظر: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧١).

(٢) فتح الباري: (٧٥٠/٩)، الفوائد السننية في شرح الألفية؛ للبرماوي: (٢٠٩١/٥).

(٣) ينظر: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧٠).

القول الثاني: أن المقدم والمرجح هو الأصل، وهو قول زفر من الحنفية^(١)، قول عند المالكية^(٢)، والصحيح من مذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١- ما روي أنه شكى إلى النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** الرجل، يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: **«لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»**^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** نهى عن الانصراف حتى يسمع الصوت أو يجد الريح اللذين يدلان على الحدث يقيناً، فدل ذلك على البقاء على الأصل حتى يتيقن غيره، ومنه - أي: من غير الأصل - الظاهر، فلا يلتفت إليه ما لم يكن أقوى من الأصل^(١).

(١) ينظر: فتح القدير: (٣/ ٢٧٢).

(٢) ينظر: القواعد؛ للمقري: (٢/ ٢٦٤)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك؛ للونشريسي: (ص ١٧٨-١٧٩)، البهجة شرح التحفة؛ للتسولي: (١/ ٤٧-٤٨).

(٣) ينظر: فتح العزيز شرح الوجيز؛ للرافعي: (١/ ٧٥)، الفوائد السننية في شرح الألفية؛ للبرماوي: (٥/ ٢٠٩٠)، المجموع شرح المذهب؛ للنووي: (١/ ٢٥٩)، المنشور في القواعد: (١/ ١٨٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٧٤).

(٤) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٥٨-٤٦٨).

(١) رواه البخاري في كتاب الوضوء، باب: لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن: (١/ ٢٢٤)، برقم: (١٣٧)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الحيض: (ص ١٤٠). برقم: [٨٠٤] ٩٨ - (٣٦١).

(٦) ينظر: شرح صحيح مسلم؛ للنووي: (٤/ ٥٥-٥٦)، فتح الباري: (١/ ٣١٣)، استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧١).

ونوقش: «بأن هذا الحديث خاص بحال الشك الذي يتساوى فيه الاحتمالان، دون الظاهر؛ لرجحان الظن فيه»^(١).

وأجيب عن هذه المناقشة: بأن ما ذكر يرد ما ورد في الحديث من قوله: (يخيّل)، والخيال بمعنى الظن، وهو خلاف اليقين، فهو أعم من تساوي الاحتمالين أو ترجح أحدهما^(٢)، فيكون الظن داخلياً في هذه الكلمة.

٢- الأخذ بقاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، المجمع عليها بين العلماء^(٣)، والتي تفيد البناء على الأصل حتى يثبت يقين بخلافه، ومع تساوى الأصل والظاهر، لم يوجد يقين ينقل عن الأصل^(٤).

ونوقش: بعدم التسليم بالإجماع المذكور، فقد خالف الإمام مالك في من تيقن الطهارة وشك في الحدث: بأنه تجب عليه الطهارة ولم يعمل يقين الطهارة ويسقط الشك في الحدث، بل اعتبر الشك ولم يسقطه^(٥).

وأجيب عن هذه المناقشة من أوجه:

الوجه الأول: أن أمر الإمام مالك من شك في الحدث بالطهارة هو من باب الاحتياط والاستحباب^(٦).

الوجه الثاني: أن هذه المسألة مستثناة من هذه القاعدة، باتفاق العلماء جميعاً؛ فإن من قال بعدم وجوب الطهارة مع الشك في الحدث، فإنه اعتبر

(١) استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧١).

(٢) ينظر: فتح الباري: (١/٣١٣).

(٣) ينظر: الفروق: (١/١١١)، إعلام الموقعين: (٣/١٠٢).

(٤) استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (ص ٧٢).

(٥) ينظر: الفروق: (١/١١١).

(٦) ينظر: التمهيد؛ لابن عبد البر: (٥/٢٦).

الشك في الطهارة التي هي شرط الصلاة المؤدي إلى الشك في المشروط - وهي الصلاة - ولم يلغ، بل أبرأ ذمة المكلف بهذه الصلاة المشكوك فيها، وأما ما قاله الإمام مالك، فإن فيه الوجه المذكور من اعتبار الشك، ولكنه اعتبر هذا الشك في الحدث لما كان مؤدياً إلى الشك في المقصد وهي الصلاة - فإن من صلى وهو شاك في الحدث، فإنه يكون شاكاً في الطهارة، فإنه لا يمكن أن يكون هناك يقين بالطهارة مع الشك بالحدث، ولكن اليقين المقصود هنا هو اليقين السابق بالطهارة على الشك بالحدث - فيؤدي ذلك إلى الشك في الصلاة وعدم تيقن براءة ذمة المكلف بهذه الصلاة - كان أولى باعتبار من الشك بالصلاة المذكور؛ لأن مراعاة المقاصد مقدمة على مراعاة الوسائل إجمالاً^(١).

الثالث: أن الإمام مالكاً راعى هذه القاعدة، ولكن من وجه آخر، فهو قد اعتبر يقين شغل الذمة بالصلاة، وأسقط الشك براءة الذمة بصلاة مشكوك فيها، فهو لم يخالفها، وإنما أعملها لكن من وجه آخر؛ لتعارض هذين اليقينين والأصلين، فرجح اليقين والأصل المذكور على اليقين المذكور في المناقشة^(٢).

ويناقش بوجه آخر: وهو أن مخالفة الإمام مالك حال تعارض أصلين وليس حال تعارض أصل وظاهر، فتكون المناقشة خارج محل النزاع.
١- بأن الأصل أضبط وأصدق من الظاهر الذي يختلف باختلاف الزمان، والمكان، والأحوال^(٣).

(١) ينظر: الفروق: (١/١١١). (٢) ينظر: إعلام الموقعين: (٣/١٠٢).

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز؛ للرافعي: (١/٧٥).

النظر والموازنة:

إن هذه مسألة من المسائل المشككة خصوصاً في ضوء الضوابط المذكورة في محل النزاع، والشروط المذكورة سابقاً؛ ويضاف إلى ذلك أن مدرك الترجيح غلبة الظن، والظاهر لم يعتبر إلا حينما غلب على الظن صدقه، فكيف يقدم عليه الأصل؟، كما أنه كيف يؤخذ بالظاهر ويعتبر وتستحل به الأموال، وترد به الدعاوى، مع أنه مقاوم بالأصل؟، ولم يوجد مرجح لأحدهما، ولعله لأجل ذلك وجد في المذاهب^(١) قولان قول بالأصل وقول بالظاهر، وعليه فيمكن أن يقال في النظر في هذه المسألة والترجح فيها ما قيل في تعارض الأصلين من أن الخلاف يغلب عليه أنه لفظي قليل الثمرة، وأن كل مسألة ينظر فيها بالترجح لأمر:

١- ما روي عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: صلى بنا - رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إحدى صلاتي العشي، إما الظهر وإما العصر، فسلم في ركعتين، ثم أتى جذعاً في قبلة المسجد فاستند إليها مغضباً، وفي القوم أبو بكر وعمر، فهابا أن يتكلما، وخرج سَرَعَان^(٢) الناس: قصرت الصلاة، فقام ذو اليمين، فقال: يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيت؟، فنظر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يميناً وشمالاً، فقال: «**ما يقول ذو اليمين؟**» قال: صدق، لم تصل إلا ركعتين، فصلى ركعتين وسلم، ثم كبر ثم سجد، ثم كبر فرفع، ثم كبر وسجد، ثم كبر

(١) ويشكل على ذلك أن مذهب الحنيفة لم يوجد فيه قول آخر، إلا قول زفر كما ورد في القول الثاني، ولكن يمكن أن يقال: إن قول زفر من الأقوال المعتمدة في المذهب الحنفي بشروطه. ينظر: المذهب الحنفي؛ لأحمد النقيب: (١/ ٢٥٤-٢٥٨).

(٢) السَّرَعَان: أوائل الناس الذين يتسارعون إلى الشيء، ويقبلون عليه بسرعة، ويجوز تسكين الراء. ينظر: النهاية: (١/ ٧٧١).

ورفع وسلم^(١)، فلم يأخذ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالأصل الذي ذكره ذو اليمين من عدم الإتيان بركعتين، ولم يأخذ بما ظنه ظاهرًا، حتى بحث عن مرجح خارجي يؤيد قول ذي اليمين، فأخذ به وعمل به^(٢).

٢- اتفاقهم على وجوب النظر في الترجيح، وأن هذا الخلاف لا يمنع من النظر في الترجيح بين الأصل والظاهر^(٣).

٣- أن بعض الفقهاء صرح بأن الترجيح بينهما ليس لأمر يرجع لهما بل لأمر خارج عنهما^(٤).

٤- أن تقسيم بعض الفقهاء لهذه الصور - كما سبق - مبنى على ترجيح أحد الأمرين من الأصل والظاهر، فترجح أحدهما مراعى تفریعاً قبل أن يكون تأصيلاً^(٥).

٥- أنه يكاد يعدم أو يندر جدًّا وجود مسألة واقعة لا مرجح فيها، فالكلام على هذه المسألة نظري أكثر منه تطبيقي.

٦- ويؤيد الأمر السابق أن العلماء تناولوا هذه المسائل التي تكون تطبيقاً لتعارض الأصلين في كتب الخلاف العالي ورجحوا بينها، وردوا دليل

(١) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الأذان، باب: هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس؟: (١/ ٣٣٢)، برقم: (٧١٤)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب المساجد ومواضع الصلاة: (ص ٢٠٥-٢٠٦)، برقم: [١٢٨٨] ٩٧ - (٥٧٣).

(٢) ينظر: أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية؛ للدكتور: فخر الدين المحسي: (ص ٦٦٥).

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب؛ للنووي: (١/ ٢٥٩)، المنشور في القواعد: (١/ ١٩٧).

(٤) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام: (٢/ ٥٤)، التحبير: (٨/ ٣٧٦١).

(٥) ينظر: المنشور في القواعد: (١/ ١٨٥-١٩٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي: (١/ ١٧٤-١٧٩)، قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/ ٤٤٩-٤٦٨).

المخالف وناقشوه، وسيأتي - إن شاء الله - في صلب البحث من الأمثلة ما يوضح ذلك.

٧- أن بعض فقهاء الشافعية بعد ذكر أن الصحيح من مذهبه تقديم الأصل جعل التحقيق في مذهبه بأن يكون المقدم أقوى الظنين دون ترجيح أحدهما على الآخر من حيث التععيد^(١).

وما ورد من ثمرات فقهية ذكرها بعض الباحثين^(٢)، فإنها لا تخلو من مرجح لأحدهما على الآخر، أو لأن الترجيح مبني على أصول أخرى غير تعارض الأصل والظاهر.

ولكن قد يقال: إن ثمرة حكاية هذا الخلاف وذكره تتضح من وجهين:

الأول: أن يتسع المذهب الواحد لاستيعاب أكثر من قول بناء على أن هذه المسألة فيها قولان، فيكون لمتبع هذا المذهب والقاضي والفقهاء سعة في الانتقال من قول إلى قول آخر وفق ما يقتضيه النظر الفقهي والمصلحة وأصول الموازنة السابق ذكرها.

الثاني: - وهو مبني على الأول - أنه يؤدي إلى سعة الشريعة واستيعاب أقوال الفقهاء لجميع الاحتمالات التي تعرض لمن ينزل الحكم الشرعي على الواقعة، فلا يكون الناظر في حرج في القضاء أو الفتوى بما لم يقله أحد أو انعقد الإجماع على خلافه، بل يكون في هذه المسألة قولان.

وأخيراً: يحسن التنبيه هنا إلى أن ترجيح الأصل والظاهر على الآخر، قد لا يكون لأمر يرجع إلى الأصل أو الظاهر أو الخلاف في ترجيح أحدهما

(١) ينظر: الفوائد السنوية في شرح الألفية: (٥/٢٠٩١).

(٢) ينظر: استقلال القضاء في الفقه الإسلامي: (٧٠، ٧٣-٧٤).

على الآخر، بل لأمر خارج عنهما- كما سبقت الإشارة إلى ذلك -، ومن أمثلة ذلك: طين الشوارع الذي يغلب على الظن نجاسته، فإن طهارته الأصل، وظاهره النجاسة، ففيه قولان: أحدهما بالطهارة والآخر بالنجاسة؛ للأصول التي بنيت عليها هذه المسألة، وهي^(١):

الأول: ما ذكر من تعارض الأصل والظاهر.

الثاني: الخلاف في طهارة الأرض وغسالتها بماء المطر وغيره إذا لم يبق للنجاسة أثر.

الثالث: الخلاف في طهارة النجاسة بالاستحالة والاستهلاك.

الرابع: الخلاف في طهارة الأرض بالجفاف والشمس والريح.

(١) ينظر: قواعد ابن رجب مع شرح ابن عثيمين: (٢/٤٥٩-٤٦٠)، المنشور في القواعد: (١/١٩٥)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام: (٢/٥٤).

الباب الأول

أثر القرائن المتعلقة بالأصل

وفيه ستة فصول:

الفصل الأول: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة).

الفصل الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان).

الفصل الثالث: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم).

الفصل الرابع: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

الفصل الخامس: أثر قرينة: (الإنكار).

الفصل السادس: أثر قرينة: (الغرم).

الفصل الأول

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة)

وفيه تمهيد وتسعة مباحث:

المبحث الأول: اختلاف البائع والمشتري في صفة المبيع أو تغييره.

المبحث الثاني: اختلاف المسلم والمسلم إليه في مكان التسليم.

المبحث الثالث: اختلاف الدائن والمدين في الدعوى على غائب وحاضر مع الإنكار.

المبحث الرابع: الاختلاف مع القيم؛ وهو الملاح في التفريط.

المبحث الخامس: اختلاف المعير والمستعير فيما ذهبت به أجزاء العين المعارة.

المبحث السادس: اختلاف رب البهيمة والمودع في قدر مدة الإنفاق.

المبحث السابع: اختلاف الجاعل والعامل في قدر الجعل أو المسافة.

المبحث الثامن: اختلاف مالك اللقطة وملتقطها في سبب أخذها.

المبحث التاسع: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: صيغ القرينة.

المطلب الثالث: أركان القرينة.

المطلب الرابع: شروط القرينة.

المطلب الخامس: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (الأصل براءة الذمة) تتكون من ثلاث مفردات:

الأولى: (الأصل):

وقد سبق التعريف بهذا المصطلح في المبحث الخامس من التمهيد،
والمقصود من معانيه هنا: القاعدة المستمرة^(١).

الثانية: (براءة):

لغة: مصدر (برئ) قال ابن فارس: «... الباء والراء والهمزة، فأصلان
إليهما ترجع فروع الباب: أحدهما: الخلق، يقال: برأ الله الخلق يبرؤهم
برءاً... والأصل الآخر: التباعد من الشيء ومزاييلته، ومن ذلك البرء، وهو
السلامة من السقم؛ يقال: برئت وبرأت...، فمن قال: أنا برأء لم يثن ولم
يؤنث، ويقولون: نحن البرأء والخلاء من هذا، ومن قال: بريء؛ قال: بريئان

(١) ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية؛ للبورنو: (ص ١٧٩).

وبريئون، وبرآء...، ومن ذلك البراءة من العيب والمكروه، ولا يقال منه إلا برئ يبرأ...»^(١)، «ويبرؤ نادر براء وبرآء وبرؤءا...»^(٢).

ومن المعنى الثاني قوله تعالى: ﴿بِرَاءةٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾^(٣)، والمراد بها قطع المولاة، وارتفاع العصمة، وزوال الأمان^(٤).

اصطلاحاً: لم أجد من تعريفها البراءة بمفردها سوى تعريف واحد، وهو: «السلامة والخلو من التكليف»^(٥).

وهو كاف في بيان المقصود وتوضيحه، وإن كان قد أضاف المتعلق المحذوف من القاعدة في تعريف هذا المصطلح - وهو: التكليف -.

الثالثة: (الذمة):

لغة: قال ابن فارس: «الذال والميم في المضاعف أصل واحد يدل كله على خلاف الحمد. يقال: ذَمَمْتُ فلاناً أذُمُّهُ، فهو ذميم ومذموم، إذا كان غير حميد...، فأما العهد، فإنه يسمى ذماماً؛ لأن الإنسان يذم على إضاعته منه... وأهل الذمة: أهل العقد. قال أبو عبيد: الذمة: الأمان في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

(١) مقاييس اللغة: مادة: (برأ): (١/٢٣٦).

(٢) القاموس المحيط: مادة: (برأ): (ص ٣٤)، وينظر: لسان العرب: مادة: (برأ): (٢/٤٦ - ٤٨).

(٣) سورة التوبة، الآية (١).

(٤) ينظر: زاد المسير: (ص ٥٦٦)، التفسير البسيط؛ للواحيدي: (١٠/٢٨٠)، وقد ورد في لسان العرب: (٢/٤٧) أن معنى براءة: إعدار وإنذار، وهذا ما لم أجد في كتب التفسير، ولكن قد يكون المقصود الإعلام والإعدار والإنذار بهذه الآية في موسم الحج. ينظر: تفسير ابن كثير: (٤/١٠٢-١٠٣).

(٥) المتمع في القواعد الفقهية: (ص ١٢٩).

«ويسعى بذمتهم»^(١)، ويقال: أهل الذمة؛ لأنهم أدوا الجزية، فأمنوا على دمائهم وأموالهم»^(٢)، «والذمة بالكسر: العهد والكفالة»^(٣)، «وجمعها ذمام، وفلان له ذمة أي: حق»^(٤).

اصطلاحًا: عرفت الذمة بعدة تعريفات:

ف«منهم من جعلها وصفًا، فعرّفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتًا، فعرّفها بأنها نفس لها عهد؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات»^(٥).

ولعل التعريف الثاني هو المقصود هنا؛ فإن التكليف والحقوق والالتزامات تثبت على النفس والذات، وليس على الوصف^(٦).

(١) جزء من حديث رواه أحمد في مسنده في مسند الخلفاء الراشدين، مسند علي بن أبي طالب: (١١٩/١)، برقم: (٩٩٣)، وأبو داود في كتاب السنن، في أول كتاب الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر؟: (١٩٣/٥-١٩٤)، برقم: (٤٥٣٠-٤٥١٩)، والنسائي في المجتبى، في كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والماليك في النفس: (ص ٧٢٣)، برقم: (٤٧٣٤)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود: (٩٧/٣).

(٢) مقاييس اللغة: مادة: (ذم): (٣٤٥-٣٤٧).

(٣) القاموس المحيط: مادة: (ذم): (ص ١١١٠).

(٤) لسان العرب: مادة: (ذم): (٤٣/٦)، وينظر: المرجع السابق: (٤٣-٤٥).

(٥) التعريفات: (ص ١٧٨)، وينظر: التعاريف: (ص ١٧١)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (١/٨٢٦)، الحدود الأنيقة: (ص ٧٢).

(٦) ينظر: الممتع في القواعد الفقهية: (١٢٩)، المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩٠)، قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك): (ص ١٠٠).

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة كمركب إضافي:

يظهر مما سبق أن قرينة: (الأصل براءة الذمة) يمكن أن تعرف بأن القاعدة المستمرة والمستقرة في الشريعة الإسلامية خلو الإنسان وسلامته من التكليف بالحقوق والالتزامات أو بالعقوبات^(١)، فمن ادعى إثبات شيء معين، فعليه البينة، ومن تمسك بهذه القاعدة قبل قوله على من خالفها عند خلو الدعوى عن البينات أو عند تكافئها والقول بسقوطها.

(١) ينظر: قواعد الأحكام: (٣٢ / ٢).

المطلب الثاني

صيغ القرينة



إن صيغة هذه القرينة هي: (الأصل براءة الذمة)^(١)، وهذه الصيغة هي التي أطلقها غالب من تكلم على هذه القرينة - في كتب القواعد الفقهية - واقتصروا عليها.

ومن الصيغ المقاربة لهذه الصيغة^(٢):

- «استصحاب حال براءة الذمة»^(٣).

- «الأصل عدم شغل الذمة».

- «الأصل فراغ الذمم».

- «كل ما أشكل وجوبه فالأصل براءة الذمة فيه».

(١) ينظر: الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: (١/ ١٥٥)، الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم:

(ص ٥٠)، المادة: (٨) من مجلة الأحكام العدلية، شرح القواعد الفقهية للزرقا:

(ص ١٠٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية: (ص ١٤٦)، الوجيز في إيضاح قواعد

الفقه الكلية: (ص ١٧٩)، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها؛ للدكتور: صالح

السدلان: (ص ١٢٠)، الممتع في القواعد الفقهية: (١٢٩)، الفصل في القواعد الفقهية:

(ص ٢٩٠)، قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك): (ص ٩٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها

على المذاهب الأربعة: (١/ ١٤٢).

(٢) القواعد الفقهية؛ للدكتور: علي الندوي: (ص ١٢١)، معلمة زايد للقواعد الفقهية

والأصولية: (٦/ ٣٧٥-٣٧٦).

(٣) إعلام الموقعين: (٣/ ١٠٥)، وينظر: القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين؛

لعبد المجيد الجزائري: (ص ٢٨١).

ولكن أضاف بعض العلماء بعض القيود، فمن ذلك ما ذكره المالكية في قواعدهم عند الكلام على هذه القاعدة، فقالوا: (الأصل قبل التكليف براءة الذمة لا عمارتها)^(١)، فهنا قصرنا مجال أعمال هذه القاعدة على ما قبل التكليف، وأما بعد التكليف، فلا يكون الأصل براءة الذمة، ولعل هذا الأمر مراعى عند أصحاب المذاهب الأخرى؛ فهم يقولون بأن الأصل عدم سقوط التكليف وعدم سقوط حق المدعي إذا ثبت^(٢)، وعلى كل حال فالخلاف بينهم في مفهوم الصيغة الثانية لا منطوقها وتطبيق القرينة المذكورة وأثرها في منطوقها، فلا يكون الخلاف بين الصيغتين مثمراً فيما نحن فيه.

واشترط بعض العلماء شرطاً آخر ضمّن في بعض الصيغ، فمن ذلك^(٣):

- «الذمة على البراءة، ولا يجب أن يثبت فيها شيء... إلا بدليل لا مدفع فيه».

- «الذمة بريئة، فلا يثبت فيها شيء إلا بيقين».

- «الذمة بريئة، فلا يثبت فيها شيء إلا بما لا مدفع فيه».

- «الذمة بريئة إلا بيقين وحجة».

- «الذمة بريئة فلا يجب فيها شيء إلا بيقين».

- «الذمة بريئة إلا أن تقوم الحجة بشغلها».

(١) شرح المنهج المنتخب للمنجور: (٢/٥٥٢).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (٢/٥٥٢-٥٥٣)، قواعد الأحكام: (٢/٣٢).

(٣) القواعد الفقهية؛ للدكتور: علي الندوي: (ص ١٢١)، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية: (٦/٣٧٥-٣٧٦).

وهذا الشرط تم تناوله في التمهيد في سلطة القاضي في تقدير القرينة، فلا حاجة لتناوله هنا.

ويذكرها بعض الأصوليين بلفظ: (البراءة الأصلية)^(١)، أو: (براءة الذمة)^(٢).

وهذا في جانب التأصيل والتعديد، وأما في جانب الاستدلال بهذه القرينة والاحتجاج بها، فهنا مسلكان^(٣):

الأول: أن يحتج بها على القول الذي يراه مباشرة، وتكون هي الدليل وحدها ومن ذلك: «(وإن اختلفا) أي البائع والمشتري (في الصفة) بأن قال المشتري: ذكرت في وصف الأمة أنها بكر مثلاً وأنكره البائع (أو) اختلفا في (التغيير) أي: قال المشتري: إن المبيع الذي سبقت رؤيته تغيير، وأنكر البائع وقال كان على هذا الحال حين رأيتَه (فالقول قول المشتري) يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته من الثمن»^(٤).

الثاني: أن تكون جزءاً من الدليل، أو تعليلاً للدليل، ومن ذلك: «(فإن اختلفا) أي المعير والمستعير (فيما ذهبت به أجزاءها فقال المستعير) ذهبت (بالاستعمال المعهود) أي المعتاد (وقال المعير) ذهبت (بغيره ولا بينة، فقول مستعير مع يمينه ويرأ من ضمانها) لأنه منكر والأصل براءته»^(٥).

(١) التحير: (٣٧٥٤ / ٨).

(٢) المستصفي من علم الأصول؛ للغزالي: (٤٠٦ / ٢).

(٣) وهذا فيما اطلعت عليه خصوصاً في الكتاب الذي أخذت منه مسائل البحث، وهو كشف القناع. (٤) كشف القناع: (١٦٥ / ٣).

(٥) المرجع السابق: (٧٣ / ٤).

المطلب الثالث أركان القرينة



إن لهذه القرينة ركنين هما:

الأول: براءة الإنسان^(١):

فإذا لم يتوفر هذا الركن فلا تنتج هذه القرينة أثرها؛ كما لو وجد دليل ينقل عن هذه البراءة، وعليه فلا يكون هذا الركن موجوداً بل يكون الموجود والثابت هو ما دل عليه دليل الإثبات الناقل.

الثاني: أن هذه البراءة أصل:

وهو بأن تكون هذه البراءة أصلاً، فلو لم تكن أصلاً لم تؤثر، كما لو أقر المدعى عليه بالحق ودفع بالسداد، فهنا ينتقل الأصل من أن يكون براءة الذمة إلى أن يكون عدم السداد، وعليه فلا يرجح جانب المدعى عليه بل يرجح جانب المدعي لأن أصل عدم السداد يعضده.

(١) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩١).

المطلب الرابع

شروط القرينة



إن هذه القرينة قاعدة فقهية تتفرع عن قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، فتكون متأثرة بالشروط المشتركة للقاعدة الأم، وعليه فيكون لهذه القرينة ما تنفرد به، ولها شروط تبعاً لقاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، فأما ما تنفرد به هذه القرينة، فهو: «إثبات البراءة بالطرق الصحيحة: لتكون أصلاً وترجح بها الأحكام»^(١)، وعليه فإذا كانت البراءة متوهمة وليست ثابتة، فلا اعتداد بها، وعلى كل حال، فإن هذا الشرط تحصيل حاصل؛ لأن البراءة ثابتة بطريقة صحيحة وأدلة شرعية معتبرة كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في المطلب التالي؛ إلا إن كان المقصود بهذا الشرط ما يكون الحال فيه محتملاً لأصل براءة الذمة، وليس ثابتاً فيها؛ كما لو كان دليل الإثبات محتملاً، وعليه فلو عبر بـ (ترجح البراءة بالطرق الصحيحة) كان أولى.

وأما الشروط التي تبعت فيها هذه القرينة القاعدة الأم - (اليقين لا يزول بالشك) -، فهي^(٢):

١ - توفر الأركان والشروط المذكورة سابقاً في الواقعة المراد تطبيق هذه القرينة عليها.

(١) المرجع السابق: (ص ٢٩١).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (ص ٢٧٩).

٢- أن تكون الواقعة المراد تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع.

٣- أن لا يعارض القاعدة ما هو أقوى منها أو مثلها سواء كان دليلاً شرعياً خاصاً من نص أو إجماع أو أصلاً آخر معارضاً للقاعدة، أو ظاهراً راجحاً. ولا يخفى أن آخر شرطين يدخل أحدهما في الآخر، فيمكن الاستغناء بالثالث عن الثاني؛ كونه أعم منه.

ولأن ما سبق ذكر له أمثلة في المبحث الأخير من التمهيد، فأكتفي بذكر مثال واحد:

ما لو اختلف البائع والمشتري في الثمن، ولم يوجد ظاهر يرجح قول أحدهما، فهنا لا يؤخذ بقول الأقل كما تدل عليه هذه القرينة بل يؤخذ بقول البائع؛ للدليل الدال على ترجيح قوله^(١).

(١) سيأتي تحريجه - إن شاء الله تعالى - في المبحث الأول من هذا الفصل.

المطلب الخامس

المستند الشرعي للقريئة



إن كثيراً ممن تناول هذه القريئة من الأصوليين جعلوا دليلها ومستندها العقل فقط^(١)، ولم يشيروا إلى دلالة الكتاب والسنة أو الأدلة الأخرى إلى حجية هذه القريئة وصحة الاعتداد بها وبناء الأحكام أو ترجيح قول أحد المتداعين استناداً عليها، وعلى كل حال، فبعد البحث فقد استندت هذه القريئة إلى مجموعة من الأصول الشرعية، وهي:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

وهي:

- ١- قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(٢).
- ٢- قوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِن قَبْلِ أَنْ نُنزِلَ وَنَحْزَىٰ﴾^(٣).
- ٣- قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا أَن تُصِيبَهُم مُّصِيبَةٌ بِمَا قَدَّمَتْ أَيْدِيهِمْ فَيَقُولُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ وَنَكُونُ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٤) فَلَمَّا جَاءَهُمْ

(١) وقد يكون ذلك؛ لأنهم لم يقصدوا التأصيل لهذه القريئة، وإن قصدوا ذكرها مثلاً للدليل العقلي. ينظر: إحكام الفصول: (٢/٦١٣)، المستصفي من علم الأصول؛ للغزالي:

(٢/٤٠٦)، التحبير: (٨/٣٧٥٤).

(٢) سورة الإسراء، الآية (١٥). (٣) سورة طه، الآية (١٣٤).

أَلْحَقُّ مِنْ عِنْدِنَا قَالُوا لَوْلَا أُوتِيَ مِثْلَ مَا أُوتِيَ مُوسَىٰ أَوَلَمْ يَكْفُرُوا بِمَا أُوتِيَ مُوسَىٰ مِنْ قَبْلُ قَالُوا سِحْرَانِ تَظَاهَرَا وَقَالُوا إِنَّا بِكُلِّ كَفْرٍ نَجْمٌ ﴿٤٨﴾ (١).

٤- قوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ (١٦٥) (٢).

٥- قوله تعالى: ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ قَدْ جَاءَكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمْ عَلَىٰ فَتْرَةٍ مِنَ الرُّسُلِ أَنْ تَقُولُوا مَا جَاءَنَا مِنْ بَشِيرٍ وَلَا نَذِيرٍ فَقَدْ جَاءَكُمْ بَشِيرٌ وَنَذِيرٌ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ (١٩) (٣).

وجه الاستدلال بهذه الآيات: هو أن هذه الآيات دلت على قيام الحجة والتكليف ببعثة الرسل، وعلى قيام العذر وقبوله قبل بعثة الرسل في عدم المؤاخذه وشغل الذمة، فدل ذلك على أن الأصل براءة الذمة، فلا يقبل قول من شغلها سواء بحقوق الله أو حقوق خلقه إلا بدليل مما أتى به الرسل (٤).

ثانياً: الأدلة من السنة:

وهي:

- (١) سورة القصص الآية (٤٨).
 (٢) سورة النساء، الآية (١٦٥).
 (٣) سورة المائدة، الآية (١٩).
 (٤) ينظر: القواعد الفقهية في القرآن الكريم؛ للدكتور: أحمد الضويحي: (ص ٨٨)،
 و(ص ٦٥٦) من المجموع الذي نشر ضمنه، ولم أتمكن من معرفته رغم كثرة البحث.

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)، وفي رواية: «... ولكن اليمين على المدعي عليه»^(٢).

وهذا الحديث اقتصر عليه أكثر من اطلعت عليه - ممن ألف في القواعد الفقهية - ممن ذكر هذه القرينة، ووجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** جعل اليمين في جانب المدعي عليه المنكر؛ لأنه يتمسك بالأصل، ولم يجعل معها شيئاً آخر، فدل ذلك على أن الأصل براءة الذمة؛ فإن فائدة اليمين هي إبقاء الأصل الثابت^(٣).

٢- عن الحارث بن أبي ضرار الخزاعي **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، قال: قدمت على رسول الله، فدعاني إلى الإسلام، فدخلت فيه، وأقررت به، فدعاني إلى الزكاة، فأقررت بها، وقلت: يا رسول الله، أرجع إلى قومي، فأدعوهم إلى الإسلام، وأداء الزكاة، فمن استجاب لي جمعت زكاته، فيرسل إلي رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** رسولاً لإبان كذا وكذا؛ ليأتيك ما جمعت من الزكاة، فلما جمع الحارث الزكاة ممن استجاب له، وبلغ الإبان الذي أراد رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أن يبعث إليه، احتبس عليه الرسول، فلم يأتته، فظن الحارث أنه قد حدث فيه سخطة من الله **عَزَّ وَجَلَّ** ورسوله، فدعا بسروات^(٤) قومه، فقال

(١) سبق تخريجه.

(٢) جزء من حديث رواه البخاري في كتاب الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر: (١/٦٩٠)، برقم: (٢٥١٤)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الأفضية: (ص ٦٦٠)، برقم: [٤٤٧٠] - (١٧١١).

(٣) ينظر: الممتع في القواعد الفقهية: (ص ١٣٠)، القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين: (ص ٢٨١-٢٨٢).

(٤) أي: أشرافهم. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (١/٧٧٤).

لهم: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان وقتاً لي وقتاً يرسل لي رسوله؛ ليقبض ما كان عندي من الزكاة، وليس من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الخلف، ولا أرى حبس رسول الله إلا من سخطة كانت، فانطلقوا، فنأتي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وبعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الوليد بن عقبة إلى الحارث؛ ليقبض ما كان عنده مما جمع من الزكاة، فلما أن سار الوليد حتى بلغ بعض الطريق، فرّق^(١)، فرجع، فأتى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال: يا رسول الله، إن الحارث منعني الزكاة، وأراد قتلي، فضرب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ البعث إلى الحارث، فأقبل الحارث بأصحابه إذ استقبل البعث وفصل من المدينة، لقيهم الحارث، فقالوا: هذا الحارث، فلما غشيهم، قال لهم: إلى من بعثتم؟ قالوا: إليك، قال: ولم؟ قالوا: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان بعث إليك الوليد بن عقبة، فزعم أنك منعته الزكاة، وأردت قتله قال: لا، والذي بعث محمداً بالحق، ما رأيته بته، ولا أتاني فلما دخل الحارث على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «منعت الزكاة، وأردت قتل رسولي؟» قال: لا، والذي بعثك بالحق ما رأيته، ولا أتاني، وما أقبلت إلا حين احتبس علي رسول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، خشيت أن تكون كانت سخطة من الله عَزَّوَجَلَّ، ورسوله. قال: فنزلت الحجرات: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِمِجْهَلَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيْهِمْ وَمَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾^(٢) إلى هذا المكان: ﴿فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَنِعْمَةً وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(٣)^(٤).

(١) أي: خاف. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٢/٣٦٤).

(٢) سورة الحجرات، الآية (٦). (٣) سورة الحجرات، الآية (٨).

(٤) رواه أحمد في مسنده في مسند الكوفيين، حديث الحارث بن ضرار الخزاعي: (٢/٣٢٩)، برقم: (١٨٦٥٠) (١٨٤٥٩)، ووثق الهيثمي رجال إسناده في مجمع الزوائد: (بغية الرائد =

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يسارع إلى تنفيذ ما ورد إليه من خبر الصحابي - الوليد - على من أخبر عنهم بل سمع كلامه وتحقق من الخبر الذي وصله، وهذا ما أكدته الآية وما ذاك إلا لأن الأصل براءة الذمة، فلا يثبت فيها شيء إلا بدليل صحيح^(١).

ثالثاً: الإجماع:

أجمع أهل العلم على صحة الاستدلال باستصحاب براءة الذمة من الواجبات حتى يدل دليل شرعي عليه^(٢).

رابعاً: الأدلة على مشروعية هذه القرينة من المعقول:

١- أن شغل الذمة مخالف للعدم - وهو خلوها وبراءتها -، فلا يقبل عقلاً إلا بدليل؛ لأن العقل لا يقبل ما لا دليل عليه^(٣).

٢- «أنه لما كان المقرر أن اليقين لا يزول بالشك، وأن العدم من اليقين؛ إذ هو من مشخصاته، فيكون حينئذ راجحاً وأصلاً معتمداً، وبراءة المتهم ليست إلا بياناً للعدم، أو لعدم شغل الذمة، وهذا هو اليقين، واليقين لا يزول إلا بيقين مثله؛ لأن اليقين لا يزول بالشك»^(٤).

= في تحقيق مجمع الزوائد: (٢٣٩ / ٧)، وجود إسناده السيوطي في لباب النقول: (ص ٢٤٠)، وينظر في بسط تخريجه: أدلة القواعد الفقهية من السنة النبوية؛ لمهدي بن علي المشولي: (ص ٢٤٩-٢٥٧).

(١) ينظر: أدلة القواعد الفقهية من السنة النبوية؛ لمهدي بن علي المشولي: (ص ٢٥٧).

(٢) ينظر: المسودة في أصول الفقه: (ص ٤٨٨)، الفروق: (٣ / ٣٨).

(٣) ينظر: التحرير: (٨ / ٣٧٥٤) مع تعليق المحقق.

(٤) المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩٢).

٣- «البقاء على حكم العقل المقتضي لبراءة الذمة أو دليل الشرع لمن قبلنا»^(١).

٤- أن الإنسان يولد خالية ذمته من الحقوق، وشغل الذمة بها يكون بأمر طارئ وعارض بعد الولادة، والأصل في الأمور العارضة العدم^(٢).

(١) المسودة: (ص ٤٨٨).

(٢) المدخل الفقهي العام: (٣٧٩ / ٢).

المبحث الأول
اختلاف البائع والمشتري في صفة المبيع
أو تغييره^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) كشف القناع: (٣/١٦٥).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا تعاقد شخصان على بيع سلعة، ثم اختلف البائع والمشتري في صفة المبيع، فقال المشتري: ذكرت لي من صفات السلعة أنها كبيرة -مثلاً- أو أنها بيضاء، أو غيره، ووجدت السلعة على خلاف ذلك، فأنكر البائع ذكره الوصف - الذي ذكره المشتري - في السلعة، أو أن المشتري قال: رأيت السلعة قبل أن أستلمها وتعاقدت معك على شرائها، وحين أردت استلامها ووجدتها تغيرت عما رأيتها عليه، فأنكر ذلك البائع، وقال: كانت على هذه الحال حين رأيتها، وكانت العين موجودة لم تتلف، وخلا قولهما عن بينة من شهادة أو إقرار، أو قدم كلاهما البينة وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما^(١)؟

(١) قد يكون هذا التغير نتيجة غش من البائع، وله تطبيقات معاصرة منها في بيع السيارات مثلاً: أن يضعوا في مكان الحراج سيارة من نوع (كامري) مثلاً، ويضعوا عليها لوحات سيارة أخرى من النوع والشكل نفسه ولكن بمواصفات أقل، فإذا اشتراها المشتري وحرص على دفع عربونها، وسجل في العقد لوحات السيارة الأقل، وبطن المشتري أنها للسيارة التي رآها، ويضع المشتري السيارة لدى صاحب المعرض لحين استكمال إجراءات نقل الملكية، وبعد اكتمال إجراءات نقلها يأتي ليستلمها، فيجد السيارة التي اشتراها تغيرت بإرجاع اللوحات للسيارة الأقل، وجعلها محل العقد، فيحصل ما ورد في المسألة في اختلاف البائع والمشتري في تغير المبيع الذي سبقت رؤيته. ينظر: الغش وأثره في العقود؛ للأستاذ الدكتور: عبد الله بن ناصر السلمي: (٧٠٠/٢).

حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ على أن من قبل قوله ابتداء بلا بينة من إقرار أو شهادة، أو قطع بصحة كلامه، فعليه اليمين^(١)، ثم اختلفوا فيما سوى ذلك على ستة أقوال:

القول الأول: أن المقدم قوله والمرجح جانبه هو البائع، إلا إذا بعدت المدة، فيقبل قول المشتري في التغير، وهو قول الحنفية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن دعوى المشتري التغير أو اشتراط البائع أو ذكره الصفة - التي يدعيها - بعد ظهور سبب لزوم العقد - وهو رؤية المعقود عليه - بمنزلة دعوى المشتري العيب في العين المشتراة، أو دعواه تبديل هيئتها فيما يحتمل التبديل، وكلاهما دعوى أمر عارض، زائد على عقد البيع الذي اتفقا عليه،

(١) ينظر: الأصل المعروف بـ (المبسوط)؛ لمحمد بن حسن الشيباني: (١٤٩/٥)، (١٥٠)، تبين الحقائق: (٣٠/٤) النوادر والزيادات؛ لابن أبي زيد القيرواني: (٤٠٨-٤٠٩)، التبصرة؛ للخمسي: (٤٤٥٧/٩)، البيان والتحصيل؛ لابن رشد الجدي: (٤٣٤-٤٣٥)، روضة الطالبين: (٣/٣٧٢)، كشف القناع: (٣/١٦٥).

(٢) ينظر: الأصل المعروف بـ (المبسوط)؛ لمحمد بن حسن الشيباني: (١٤٩/٥)، (١٥٠)، المبسوط؛ للسرخسي: (١٣/١٣٣٧، ٧٢/١٢، ١٥٥)، تحفة الفقهاء للسمرقندي: (٢/٩٢)، المحيط البرهاني: (٦/٤٦٢)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/١١٩-١٢٠)، تبين الحقائق: (٤/٣٠٤، ٣٠)، البنائة: (٩/٣٥٢)، البحر الرائق: (٧/٣٧٢).

فيكون القول لمن يتمسك بالأصل وهو البائع المدعى عليه ما لم يكن للمشتري بينة؛ لقوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»**^{(١)(٢)}.

٢- أن المشتري يقدم قوله في التغير إذا طالت المدة؛ لأن الظاهر شاهد له؛ فإن الجارية الشابة تكون عجوزاً بطول المدة، وغيرها من الأمور التي تكون المدة فيها مؤثرة في التغير^(٣).

القول الثاني: أن القول في الصفة قول المشتري ويرد إلا أن تكون الصفة التي ذكرها المشتري لا يشبه أن يكون ثمنها ما وقع عليه البيع، وأما في التغير، فإن قربت الرؤية الأولى من الرؤية الثانية بحيث لا يتغير المبيع في هذه المدة، فقول البائع مقدم، وإن بعد ما بينهما بحيث لا يبقى على حاله، فقول المشتري مقدم، وإن أشكل الأمر فاختلف المالكية فيمن يقدم قوله على قولين^(٤):

- القول الأول: أنه يقدم قول البائع، وهو مذهب المالكية.

واستدلوا: بأن البيع معلق على بقاء صفة المبيع والأصل بقاءها، فمن ادعى الانتقال عنها فهو المطالب بالبينة وهو المشتري^(٥).

- القول الثاني: وهو رواية عند المالكية: أنه يقدم قول المشتري.

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: المبسوط: (٧٢ / ١٣)، تحفة الفقهاء: (٩٢ / ٢)، التطبيقات الفقهية لقاعدة:

(تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع؛ لمحسن عريشي: (ص ١٨١).

(٣) ينظر: تبين الحقائق: (٣٠ / ٤).

(٤) ينظر: التبصرة للحمي: (٩ / ٤٤٥٧-٤٤٥٨)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب؛

للخليل: (٥ / ٢٤٧-٢٤٨)، شرح الخرشي: (٥ / ٣٤)، منح الجليل: (٤ / ٤٨٧).

(٥) ينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب: (٥ / ٢٤٧-٢٤٨).

واستدلوا: بأن المشتري غارم فلا يغرم بالشك؛ ذلك أن الأصل براءة ذمة المشتري من الثمن، فلا يعدل عنه إلا بدليل يثبت وجود الصفة التي رثيت السلعة عليها، والذي ينتج عنه لزوم الثمن للمشتري، فلا يلزم المشتري إلا ما ثبت عليه^(١).

القول الثالث: أنهما يتحالفان في الوصف، ويكون القول قول المشتري في التغير، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية^(٢)، فأما التحالف في الوصف:

فاستدلوا عليه: بقوله **صَلَّى اللّٰهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالْيَمِينِ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»**^(٣)، وكل منهما مدع ومنكر، فالمشتري مدع ذكر البائع الوصف وأنه شرط في المبيع، ومنكر لزوم البيع بعدم توفر الشرط، والبائع مدع لزوم البيع بعدم ذكر الوصف، ومنكر اشتراطه للمشتري الوصف، فيكون لكل منهما اليمين على صاحبه^(٤).

(١) ينظر: التبصرة: (٤٤٥٧/٩)، المغني: (٣٤/٦).

(٢) ينظر: نهاية المطلب: (٦٣/٥)، الوسيط في المذهب: (٤٠/٣)، فتح العزيز: (٥٥/٤)، المجموع: (٣٥٩/٩)، روضة الطالبين: (٣٧٢/٣)، (٥٨١).

(٣) سبق تخريجه، واستدل بعض الباحثين بحديث: «إذا اختلف البيعان والسلعة قائمة تحالفا»، وعزا الاحتجاج به إلى الطحاوي وابن القيم والخطيب البغدادي، ولكن بالرجوع إلى المراجع التي عزا إليها الباحث تبين أن الحديث بلفظ: «إذا اختلف في الثمن البيعان والسلعة قائمة تحالفا»، وعليه فلا يكون هذا الحديث دليلاً لهذا القول، بل إن الباحث ذكره في موضع آخر من كتابه باللفظ الثاني. ينظر: المعاملات المالية؛ للديبان: (١٦٥، ١٢٨/٧)، إعلام الموقعين: (٣٥٣-٣٥٢/٢)، الفقيه والمتفقه: (٤٧٣/١)، تذكرة المحتاج: (ص ١٠٩)، ولكن قد يقال: إن الباحث يريد اللفظ الذي سيورد في الدليل التالي وما وقع منه سبق قلم.

(٤) ينظر: نهاية المحتاج: (٤٧٦/٤).

ونوقش من وجهين^(١):

الوجه الأول: عدم التسليم بأن المشتري مدعى عليه؛ فإن البائع والمشتري متفقان على وقوع البيع، والمشتري يدعي ذكر البائع صفة في المبيع فهو المدعي، والبائع مدعى عليه؛ لأنه ينكر ما يدعيه المشتري.

الوجه الثاني: أنه لو سلم أن كلا منهما مدعى عليه، فإن الحديث الوارد في الدليل عام، وأما حديث: **«إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان»**^(٢)، فهو خاص والقاعدة الأصولية تقديم الخاص على العام، فيخص من الحديث المذكور اختلاف المتبايعين.

ويستدل له بقوله **صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا»**، وفي

رواية: **«اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفا»**^(٣).

(١) ينظر: المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة؛ لديان الديبان: (٧/ ١٦٤-١٦٥)، التطبيقات

الفقهية لقاعدة: (تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع؛ لمحسن عريشي: (ص ١٨٣).

(٢) رواه أحمد في مسنده في مسند توابع العشرة، مسند عبد الله بن مسعود: (١/ ٤١٠)،

برقم: (٤٤٤٧)، وابن ماجه في سننه في كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان:

(ص ٣٧٦)، برقم: (٢١٨٦)، ورواه أبو داود في كتاب السنن - واللفظ له - في أول

كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والبيع قائم: (٤/ ٢٤١)، برقم: (٣٥١١) -

(٣٥٠٥)، والترمذي في سننه في كتاب البيوع عن رسول الله **صلى الله عليه وسلم**: (ص ٣٠٢)،

برقم: (١٢٧٠)، والنسائي في المجتبى - بلفظ قريب جداً - في كتاب البيوع، اختلاف

المتبايعين في الثمن: (ص ٧٠٨)، برقم: (٤٦٤٨)، وقواه بمجموع طرقه البيهقي في سننه

الكبرى: (٥/ ٥٤٢)، وصححه الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ١٦٦)، وينظر في تحريجه:

أقضية النبي **صلى الله عليه وسلم**؛ للدكتور: عبد الله آل عبد الكريم: (١/ ٣٩-٥١).

(٣) وهاتان الروايتان المتضمنتان التحالف لا ذكر لهما في كتب الحديث. ينظر: التلخيص

الحبير: (٣/ ٧٤، ٧٥)، إرواء الغليل: (٥/ ١٧١)، ولكن ذكر صاحب البناية:

(٩/ ٣٥٣) لفظاً قريباً منها، وضعفه.

وجه الاستدلال: أن هذا الدليل نص في أنه حال اختلاف المتبايعين يكون التحالف، ومنه الاختلاف في الوصف.

ويناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن هاتين الروايتين للحديث ضعيفتان، فلا يصح الاحتجاج بهما^(١).

الوجه الثاني: أن هذا الدليل حجة على هذا القول أيضًا، فإنه أطلق التحالف في جميع الحالات ولم يخرج حال الاختلاف في التغير.

وأما تقديم قول المشتري في التغير، فاستدلوا: بدليل القول الثاني عند المالكية^(٢)، وبأن البائع يدعي على المشتري أنه اطلع على المبيع وهو بهذه الصفة - وهو متغير - والمشتري ينكر اطلاعه على المبيع وهو بهذه الصفة، فكان كما لو ادعى البائع اطلاع المشتري هذا العيب القديم والرضى به، وأنكر المشتري، فيكون القول قول المشتري^(٣).

ونوقش: بعدم التسليم بأن البائع هو المدعي بل المدعي هو المشتري؛ لأنه لو ترك دعواه لثم البيع، فيدل ذلك على انحصار الدعوى في جانبه؛ لأن المدعي من إذا ترك دعواه ترك^(٤).

(١) ينظر: التلخيص الحبير: (٣/٧٤، ٧٥). (٢) ينظر: الوسيط في المذهب: (٣/٤١).

(٣) ينظر: نهاية المطلب: (٥/٦٣)، فتح العزيز: (٤/٥٥).

(٤) ينظر: المعاملات المالية؛ للديان: (٧/١٨٢)، التطبيقات الفقهية لقاعدة: (تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع: (ص٢٦٩).

القول الرابع: أن القول قول المشتري في التغير والصفة، وهو مذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل براءة ذمة المشتري من الثمن، فلا يعدل عنه إلا بدليل يثبت وجود الصفة التي رثت السلعة عليها، أو ذكرها البائع للمشتري، والذي ينتج عنه لزوم الثمن للمشتري، فلا يلزم المشتري إلا ما ثبت عليه^(٢).

ونوقش: بأن البيع انعقد بين المتبايعين على تلك الرؤية السابقة، فاستقر الثمن في الذمة، والمشتري يدعي التغير، والأصل عدم التغير، ولو فتح للمشتري أن تقبل دعواه بلا بينة، لأبطل كثير من العقود والأصل لزوم عقد البيع، فلا يفسخ إلا بما يوجب الفسخ؛ وذلك إما بإقرار البائع بأن المبيع قد تغير أو بإثبات المشتري أن التغير حصل بعد الرؤية، وإلا فالأصل لزوم البيع^(٣).

ويناقش هذا الدليل أيضًا: بأن هذا الأصل معارض بأصلين آخرين، وهما أن الأصل عدم ذكر البائع الوصف الذي يدعيه المشتري؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو عدم تغير السلعة، وتعارض هذه الأصول لا يرجح بينها إلا بموجب للترجيح.

٢- أن المشتري غارم الثمن والقول قول الغارم^(٤).

(١) ينظر: المغني: (٦/٣٤)، الإنصاف: (١١/١٠٢)، كشف القناع: (٣/١٦٥).

(٢) ينظر: المغني: (٦/٣٤)، كشف القناع: (٣/١٦٥).

(٣) ينظر: المعاملات المالية؛ للديان: (٧/١٨٣).

(٤) ينظر: المرجع السابق: (٧/١٦٥)، التطبيقات الفقهية لقاعدة: (تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع: (ص ١٨٤).

ونوقش: بعدم التسليم أن المشتري غارم بل الغارم هو البائع؛ لأن المشتري يطالبه بزيادة الصفة التي لا تثبت بمجرد العقد، وإنما تثبت بالشرط، والأصل عدمه^(١)، فالبائع سيخسر العقد، أو يلزم بتوفير الصفة التي ادعى المشتري اشتراطها عليه إذا تثبت وهو في كلا الحالين غارم.

القول الخامس: أن القول قول البائع في الصفة والتغير، وهو وجه عند الشافعية^(٢)، وقول متوجه عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- بأن البائع يبغى بقوله المحتمل تقرير العقد، فصار كما اختلف البائع والمشتري في عيب، فادعى البائع أنه حدث عند المشتري، فإن المقدم قوله، فكذلك هنا^(٤).

٢- أن الأصل عدم التغير واستمرار العقد^(٥).

وقد يستدل لهم بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما

بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان»^(٦).

(١) ينظر: المعاملات المالية؛ للديبان: (١٦٦/٧)، التطبيقات الفقهية لقاعدة: (تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع: (ص ١٨٤).

(٢) ينظر: نهاية المطلب: (٦٣/٥)، الوسيط في المذهب: (٣/٤٠-٤١)، فتح العزيز: (٤/٥٥)، المجموع: (٩/٣٥٩)، روضة الطالبين: (٣/٣٧٢، ٥٨١).

(٣) ينظر: الإنصاف: (١١/١٠٢).

(٤) ينظر: نهاية المطلب: (٥/٦٣).

(٥) ينظر: فتح العزيز: (٤/٥٥)، الوسيط في المذهب: (٣/٤١).

(٦) سبق تخريجه.

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل القول لرب السلعة - وهو البائع - عند عدم البينة كما في هذه المسألة فيكون هو المقدم قوله^(١).
ويناقد من أوجه:

الأول: عدم التسليم بأن رب السلعة المذكور في الحديث هو البائع، بل هو المشتري؛ لأن البائع معترف بالملك للمشتري^(٢).
ويجاب عن هذه المناقشة من وجهين:

الأول: ما ورد في قصة إيراد الحديث وهي «أن الأشعث اشترى رقيقاً من رقيق الخمس من عبد الله^(٣) بعشرين ألفاً، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف...» - فروى ابن مسعود الحديث المذكور سابقاً - وفي آخره: قال الأشعث: قد رددت عليك^(٤)، فلما لم يقبل قول ابن مسعود، رد البيع، فدل على أنه رب السلعة وهو البائع^(٥).

وقد يجاب عن هذا الجواب: بأن الرواية التي وردت فيها اللفظة التي في آخر الحديث ضعيفة لا يعول عليها^(٦).

-
- (١) ينظر: نيل الأوطار: (١٠/٢٥٥)، عون المعبود مع تهذيب السنن: (١٠/٨٦-٨٧).
(٢) ينظر: شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (١٤/٤٧٧).
(٣) هو: الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود. ينظر: شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (١٤/٤٧٤).
(٤) روى هذا اللفظ الدارقطني في سننه، في كتاب البيوع: (٢/٥٩٣)، برقم: (٢٨٢٣/٦٥)، وحسنه الألباني في الإرواء: (٥/١٦٧-١٦٨).
(٥) ينظر: شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (١٤/٤٧٧).
(٦) ينظر: حاشية محققي الدارقطني عند الحديث المذكور.

وأجيب: بأن الصحيح أن هذا الحديث حسن متصل^(١).

الوجه الثاني: أنه لو كان حقاً ما ذكر في المناقشة لم يكن ابن مسعود ليناقد الأشعث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بل كان يقبل قول الأشعث أو يرد المبيع، خصوصاً أنه راويه ومعلوم عن الصحابة مسارعتهم امتثال أمر الله وأمر رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

الوجه الثاني من المناقشة: أن هذا الحديث حال عدم البينة وقد لا يسلم خلو هذه المسألة من بينة كما ورد في الظاهر المفصل في القول الثاني الذي يؤدي إلى تبين وإظهار الحق بترجيح قول أحد المتبايعين.

الوجه الثالث: أن تنزيل ما ورد في الحديث على هذه المسألة لم يقل به أحد من الفقهاء في هذه المسألة؛ فإن معناه أن يتتاركا البيع إلا إن قبل المشتري قول البائع بيمينه، ففي الحديث لم يقدم قول البائع ويلزم المشتري به، وإنما كان للطرفين فسخ البيع، فإذا لم يفسخا قدم قول البائع، فإن لم يقبله المشتري كان له الفسخ، وهذا على رواية نصب: (أو يتتاركا)^(٢)، وأما رواية الرفع: (يتتاركان)، فلعل معناها أن المشتري مخير بين فسخ البيع وبين قبول قول

(١) ينظر: إرواء الغليل: (٥/١٦٧-١٦٨).

(٢) على تقدير أن يكون معنى: (أو) إلا، فيكون المقدر: (إلا أن يتتاركا). ينظر: شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (١٤/٤٧٨، ٤٧٩)، وتنظر: الأحاديث التي أوردها الدارقطني في سننه: (٢/٥٩٠-٥٩١)، وتخريج الألباني وتصحيحه لإحدى الروايات في إرواء الغليل: (٥/١٧٢)، والتي تدل على استحلاف البائع أولاً. ينظر: الإفهام في شرح بلوغ المرام؛ للشيخ: عبد العزيز الراجحي: (٢/٦-٧).

البائع ابتداء، فليس أحدهما مقدماً على الآخر بخلاف رواية النصب فإن التتارك أولاً ثم قبول قول البائع^(١).

القول السادس: أنهما يتحالفان في كلا المسألتين، وهو قول متوجه عند الحنابلة^(٢).

ويستدل له بالتالي:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالْيَمِينِ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»**^(٣)، وكل منهما مدع ومنكر، فالمشتري مدع ذكر البائع الوصف وأنه شرطه في المبيع، وأن المبيع تغير، ومنكر لزوم البيع لعدم توفر الوصف ولتغير المبيع، والبائع مدع لزوم البيع بعدم ذكر الوصف وعدم التغير، ومنكر اشتراطه للمشتري الوصف، ومنكر كذلك التغير، فيكون لكل منهما اليمين على صاحبه^(٤).

٢- بقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اختلف المتبايعان تحالفاً»**، وفي رواية: **«اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفاً»**^(٥).

(١) ولعل هذا الوجه هو السبب في عدم استدلال أصحاب الأقوال في هذه المسألة بهذا الدليل، وقد يكون هو السبب في قصر أكثر شراح الحديث -الذين اطلعت على مؤلفاتهم- دلالة هذا الحديث على بعض صور اختلاف المتبايعين، إضافة إلى سبب إيراد ابن مسعود **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** هذا الحديث. ينظر مثلاً: معالم السنن: (١٥٠-١٥٢)، شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (٤٧٦/١٤)، بذل المجهود في حل سنن أبي داود: (١١/٢٣٤-٢٣٥)، منحة العلامة: (٦/٢٠)، ولكن استدلل به بعض الباحثين للقول بتقديم قول البائع. ينظر مثلاً: التطبيقات الفقهية لقاعدة: (تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع: (ص ١٨١).

(٢) ينظر: الإنصاف: (١١/١٠٢). (٣) سبق تحريجه.

(٤) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٧٦). (٥) سبق تحريجهما.

وجه الاستدلال: أن هذا الدليل نص في أنه حال اختلاف المتبايعين يكون التحالف، ومنه الاختلاف في الوصف.

ويناقش هذا الدليل: بأن هاتين الروايتين للحديث ضعيفتان، فلا يصح الاحتجاج بهما^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الأول الذي هو قول الحنفية؛ وذلك لأمر:

الأول: قوة أدلتهم ووجاهتها، وسلامتها من المناقشة.

الثاني: ما ورد في الحديث السابق بأنه حال اختلاف المتبايعين وليس بينهما بينة، فإنه يكون القول قول رب السلعة وهو البائع كما هو في القول الأول.

الثالث: التمسك بالأصل وعدم الالتفات إلى غيره فإن الأصل بقاء ما كان على ما كان وأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وأما الأصل المعتضد بجانب المشتري؛ فإنه يمكن رده بأن الأصل في العقود المسلمين الصحة وال لزوم - فيما يلزم منها - كما سيأتي - إن شاء الله تعالى -، ولو لم يتجه رد الأصل المعتضد بجانب المشتري بما ذكر، فإن توافر الأصول وتكاثرها في جانب البائع كاف في ترجيح قوله على قول المشتري.

الرابع: أن تقديم قول المشتري في التغير بعد مضي المدة هو الذي يدل على الظاهر المعتضد بالعادة المطردة بتغير المبيع في هذه المدة، فيكون هذا

(١) ينظر: التلخيص الحبير: (٣/٧٤، ٧٥).

الظاهر أغلب على الظن - الذي هو مدرك الترجيح - من أصل عدم التغير، فيكون ذلك بينة مرجحة قول المشتري.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في مسألتين:

الأولى: أن من قال بتقديم قول البائع فإنه يجعل الحكم في صالحه ومصداقاً قوله، ومن يقول بتقديم قول المشتري، فإنه يجعل الحكم في صالحه ومصداقاً قوله، ومن قال بالتحالف لم يقدم قول أحدهما على الآخر.

الثانية: ثبوت خيار فسخ البيع، فمن قال بتقديم قول المشتري جعل له خيار فسخ البيع، ومن قال بتقديم قول البائع لم يجعل للمشتري الخيار وجعل البيع لازماً، ومن قال بالتحالف جعل الخيار لهما بفسخ العقد^(١).

سبب الخلاف:

وسبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمرين:

الأول: «تعارض الحديثين وهما: «البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه»، وحديث: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتار كان»، فالأول يدل بعمومه على أن اليمين على المدعي عليه، والبينة على المدعي من غير فرق أن يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً أم لا، والثاني يدل على أن القول قول البائع مع يمينه، والبينة على المشتري من غير فرق بن أن يكون البائع مدعياً أو مدعى عليه، فبين الحديثين عموم

(١) ينظر: التبصرة: (٤٤٥٧/٩)، المجموع: (٣٥٩/٩).

وخصوص من وجه، فيتعارضان حيث يكون البائع مدعيًا^(١)، فمن رجح الحديث الثاني رجح قول البائع، ومن قال بالدليل الثاني رجح جانب من رآه مدعى عليه، وإذا لم ير أحدهما مدعى عليه جعل اليمين لكل منهما على الآخر باعتبار أن كلاً منهما مدع والآخر مدعى عليه.

الثاني: لعله - والله أعلم - هو الاختلاف فيما هو الأصل، هل الأصل عدم التغير وعدم ذكر البائع الصفة التي يدعيها المشتري، فيكون القول لمن يعضده هذا الأصل وهو البائع، أم أن الأصل براءة الذمة وعدم لزوم الثمن للمشتري وعدم اطلاع المشتري على هذا التغير، فيكون القول قول المشتري، أم أن هذين الأصلين متساويان، فيحلف كل طرف، ويكون له الخيار.

(١) ينظر: نبيل الأوطار: (١٠/٢٥٦)، وينظر بسط الكلام في هذا التعارض ورأي الشوكاني: (١٥/٥٣٣-٥٣٤).

المطلب الثاني

أثر قريضة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



يظهر أثر هذه القريضة في قول المالكية الثاني في التغير، وفي مذهب الحنابلة؛ فإنهم جعلوا القول قول المشتري إعمالاً لأصل براءة الذمة؛ فإن ذمته بريئة من الثمن الناتج عن لزوم البيع إلا إذا ثبت لزومه، فتشغل ذمة المشتري بالثمن، فيكون أثر هذه القريضة ظاهراً في هذه المسألة ومؤدياً إلى الخلاف بين العلماء.

وكذلك هذه المسألة تمثل تطبيقاً لمسألة تعارض الأصلين التي ذكرت في التمهيد، ويظهر فيها أن الترجيح بين الأقوال لم يرجع إلى مجرد ترجيح أصل على أصل بل يرجع لأمر آخر منها اعتضاد إحدى المسألتين بأصل آخر يقوي هذا الأصل، إضافة إلى النص الثابت الذي رجح جانب القول المرجح.

المبحث الثاني
اختلاف المسلم والمسلم إليه في مكان
التسليم^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) الإنصاف: (١٢/٢٦٦)، كشف القناع: (٣/٢٩٩).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

أنه إذا عقد شخصان عقد سلم بينهما، ثم اختلفا في مكان تسليم المسلم فيه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أن من قبل قوله بلا بينة من إقرار أو شهادة، فإن عليه اليمين^(١)، ثم اختلفوا بعد ذلك على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول قول المسلم إليه وهو المطلوب، وهو قول

أبي حنيفة^(٢).

(١) ينظر: الأصل؛ لمحمد بن الحسن الشيباني: (٥/٢١-٢٢)، المبسوط: (١٥٦/١٢)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب: (٥/٥٩٩)، شرح الخرشي: (٥/٢٠١)، كشاف القناع: (٣/٢٩٩).

(٢) ينظر: الأصل؛ لمحمد بن الحسن الشيباني: (٥/٢١-٢٢)، المبسوط: (١٥٦/١٢)، بدائع الصنائع: (٨/٥٠٧)، البحر الرائق: (٦/٢٨٣)، وفي المرجع الأخير نفسه: (ولو اختلفا في مكان الإيفاء فالقول للمطلوب وإن برهنا فللطالب عنده وعندهما يتحالفان ويترادان السلم وقيل على العكس).

واستدل: بأن المكان ليس من صلب العقد، فكان الاختلاف فيه كالاختلاف في الأجل؛ لأن المعقود لا يختلف باختلاف مكان تسليمه، فكان موجه تقديم قول أحدهما - وهو المسلم إليه عند أبي حنيفة - وليس التحالف^(١).

القول الثاني: أنهما يتحالفان، ولا يقدم قول أحد منهما على الآخر، وهو قول الصاحبين من الحنفية^(٢).

واستدلوا: بأن تعين موضع العقد مكان الإيفاء موجب العقد، ولهذا لا يحتاج لذكره، والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف^(٣).

ونوقش: بأن العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان، وهذا المكان مكان العاقدين لا مكان العقد، فلم يوجد العقد في هذا المكان^(٤).

ويجاب: بأن هذا العقد عقد معاوضة، فيكون من باب التقاء الإرادتين، وقد حصل في هذا المحل التقاء الإرادتين، ولكن تأخرت بعض نتائج العقد عن موضعه.

القول الثالث: - وهو قول المالكية - أنه إذا لم يفت رأس المال تحالفا وتفاسخا، وإذا فات^(٥) فاختلفت المالكية فيمن يقدم قوله على قولين:

- (١) ينظر: المبسوط: (١٥٦/١٢)، بدائع الصنائع: (٥٠٧/٨).
- (٢) ينظر: الأصل؛ لمحمد بن الحسن الشيباني: (٢٢/٥)، المبسوط: (١٥٦/١٢)، بدائع الصنائع: (٥٠٧/٨)، البحر الرائق: (٢٨٣/٦).
- (٣) ينظر: المبسوط: (١٥٦/١٢)، بدائع الصنائع: (٥٠٧/٨).
- (٤) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٣٦١٧/٥).
- (٥) ومعنى الفوت هنا: طول الزمان، وهو ظاهر المدونة، وقيل بقبض المال. ينظر: شرح التلقين؛ للمازري الجزء الثاني: (٧٨-٧٩)، التوضيح: (٥٩٩/٥)، شرح الخرشي: (٢٠١/٥).

- القول الأول: أن القول قول من ادعى الموضع الذي عقد السلم فيه؛ لأنهما لو سكتا عن ذكر موضع القبض لحكم بموضع العقد^(١)، وإذا لم يدعه أحدهما، فالقول قول من أتى بما يشبهه، وإن أتيا بما يشبهه فاختلف أصحاب هذا القول من المالكية على قولين:

القول الأول: أن القول قول المسلم إليه، وإن تباعدت المواضع تحالفا وتفاسخا، وهو المشهور عند المالكية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المسلم إليه مالك المقصد، والثلث وسيلة فقدم من ملك المقصد على من ملك الثلث^(٣).

٢- أن المسلم إليه غارم، فيقدم قوله؛ لأن القول قول الغارم^(٤).

القول الثاني: أنهما يتحالفا وتفاسخا، وهو قول أبي الفرج من المالكية^(٥).

(١) شرح الخرشي: (٢٠١/٥).

(٢) ينظر: الذخيرة: (٢٨٤/٥)، التوضيح: (٥٩٩/٥)، شرح الخرشي: (٢٠١/٥).

(٣) الذخيرة: (٢٨٤/٥). (٤) ينظر: شرح الخرشي: (٢٠١/٥).

(٥) ينظر: الذخيرة: (٢٨٤/٥)، شرح التلقين الجزء الثاني: (٧٩/١)، التوضيح: (٥٩٩/٥)، وذكر المرجع الأخير نفسه: أن قول أبي الفرج من المالكية: أنها يتحالفا ويتفاسخا إذا تداعيا ما يشبهه ولو ادعى أحدهما موضع العقد، وجعل اللخمي في التبصرة: (٢٩٧٢/٧)، خلاف أبي الفرج في حال عدم ذكر موضع العقد، فالله أعلم بحقيقة قول أبي الفرج، ولكن قدمت هذا التفصيل لقول أبي الفرج؛ لأن من نسبه إليه بهذا التفصيل أكثر عدداً وتحقيقاً لمذهب المالكية.

واستدل: بأنهما متساويا الجانبين في الدعوى والإنكار، فكان على كل واحد منهما اليمين^(١).

- القول الثاني عند المالكية في أصل المسألة: أن القول قول المسلم إليه وإن ادعى المسلم مكان عقد السلم، وهذا قول سحنون من المالكية^(٢).

واستدل: بأن المسلم إليه غارم فقدم قوله؛ لأن قول الغارم مقدم^(٣).

القول الرابع: أن القول قول المسلم إليه، وهو المدين، وهذا مذهب الحنابلة^(٤).

واستدلوا: بأن الأصل براءة ذمة المسلم إليه من مؤنة نقله إلى المكان الذي يدعيه المسلم^(٥).

وأما الشافعية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، وأقرب ما وجدته الكلام على مسألتين: الأولى: اشتراط ذكر مكان إيفاء السلم في صحة السلم إذا أسلما بموضع لا يصلح لإيفاء السلم فيه أو كان لحمل المسلم فيه إليه مؤنة، الثانية: ما لو ظُفر بالمسلم فيه في غير مكانه، فهل يلزم المسلم قبوله أم لا؟ ولكن قد يقال إن قول الشافعية التحالف؛ بناء على قولهم بالتحالف إذا

(١) الذخيرة: (٥/٢٨٤).

(٢) ينظر: التبصرة: (٧/٢٩٧٢)، التوضيح: (٥/٥٩٩)، ونسب القرافي في الذخيرة إلى سحنون تقديم قول المشتري المسلم ينظر: الذخيرة: (٥/٢٨٤).

(٣) ينظر: شرح التلقين الجزء الثاني: (١/٧٩).

(٤) ينظر: الإنصاف: (١٢/٢٦٦)، كشاف القناع: (٣/٢٩٩).

(٥) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٩٩).

اختلف المسلم والمسلم إليه في قدر السلم، بجامع أن بيان كل من مكان الإيفاء وقدر السلم شرط في صحة السلم عند الشافعية^(١).

الترجيح والموازنة:

يظهر مما سبق أن الفصل في هذه المسألة عند الفقهاء لا يعدو أن يكون إما بالتحالف والتفاسخ، أو تقديم قول المسلم إليه، أو تقديم قول من أشبهه، أو تقديم قول المسلم مع تعارض البينتين، ولكن الذي يظهر أن الراجح هو القول الرابع وهو قول الحنابلة بتقديم قول المسلم إليه مطلقاً؛ لأن المسلم إليه غارم والآية التي وردت بمشروعية السلم، وهي آية الدين، من الأعمدة التي تقوم عليها قاعدة تقديم قول الغارم - كما سيأتي ذلك مفصلاً في موضعه - إن شاء الله تعالى -، فكان القول بتقديم قول المسلم إليه مطلقاً أوفق لعقد السلم الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، ولكن قد يقال: لو قيل بتقديم قول الأشبه منهما، فإذا لم يوجد أو كان قولهما أشبه قدم قول المسلم إليه لكان أولى؛ جمعاً بين الأدلة الدالة على تقديم من اعتضد جانبه بقرينة وبينه، وجمعاً بين الدال على تقديم قول الغارم.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف: في أن من قال بتقديم قول المسلم إليه قوى جانبه، وجعل الحكم متوجهاً لصالحه، وجعل في جانبه اليمين وألزم المسلم بقوله،

(١) ينظر: نهاية المحتاج وحاشيته للشبرايملي: (٤/ ١٨٩، ٢١٠)، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: (٥/ ٢٧)، مغني المحتاج: (٣/ ١١)، وكذلك لم أجد صاحب كتاب المعتمد في الفقه الشافعي أشار إلى هذه المسألة.

ومن قدم قول المسلم عند تعارض البيئات صنع به كذلك، ومن جعل التحالف بين الطرفين جعل لهما خيار فسخ العقد.

سبب الخلاف:

إن الخلاف السابق يرجع إلى أسباب:

١- أن مكان الإيفاء هل هو موجب العقد أم هو واجب بالشرط، فمن قال: هو موجب العقد جعل فيه التحالف، ومن قال: هو واجب بالشرط لم يوجب فيه التحالف^(١).

٢- أن المسلم إليه إذا ادعى موضع العقد، وهو غارم؛ اعتضد جانبه بأمرين: الأول: أنه ادعى ما يشبهه، والثاني: أنه غارم، فيكون مدعى عليه، فكان الترجيح في جانبه والقول بتقديم قوله، وأما إذا كان مدعي موضع العقد المسلم وحده، فقد اعتضد جانب كل منهما بما يرجح قوله، فكان هناك قول بكل مرجح منهما^(٢).

٣- وأما إذا تداعيا الأشبه، فمن قدم قول المسلم إليه قدمه؛ لأنه غارم، ومن قدم قال بالتحالف بناه على مسألة فوت المبيع، وأنه يكون فيها التحالف والتفاسخ، فكذلك هنا^(٣).

(١) ينظر: المبسوط: (١٢/١٥٦-١٥٧)، بدائع الصنائع: (٨/٥٠٧).

(٢) ينظر: شرح التلقين الجزء الثاني: (١/٧٩).

(٣) ينظر: المرجع السابق: (١/٧٩).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



يظهر أثر قرينة براءة الذمة على هذه المسألة في أن المسلم إليه قبل قوله في تحديد مكان السلم؛ لأن الأصل براءة ذمته من مؤنة نقل المسلم فيه إلى المكان الذي ادعاه المسلم، وهذا أثر ظاهر نتج عن إعمال هذا الأصل فقدم لأجله قول المسلم إليه كما في القول الرابع.

وهنا تعارض أصل وظاهر؛ وذلك بأنه تعارض ادعاء الأشبه، وهذا الظاهر من العقود أن يكون المكان الأشبه هو مكان الإيفاء، وأصل وهو القول قول الغارم؛ ذلك أن الأصل براءة ذمته من مؤنة نقل المسلم فيه إلى المكان الذي يدعيه المسلم، فبعضهم قدم قول الأشبه في بعض الحالات، وبعضهم قدم قول الغارم بريء الذمة مطلقاً وبعضهم فصل في تقديم الأشبه في أحوال وتقديم قول الغارم بريء الذمة في أحوال، ومن تساويا عنده جعل التحالف سبيلاً للفصل بينهما، وهذا بناء على ما ظهر لكل فريق، وهذا يعضد ما سبق ذكره من أن الترجيح بين الأصل والظاهر يكون بناء على يراه الفقيه ويغلب على ظنه وليس هناك قاعدة مطردة في هذا الباب.

المبحث الثالث

اختلاف الدائن والمدين في الدعوى على غائب وحاضر مع الإنكار^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/ ٣٧٢-٣٧٣).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

هي ما لو ادعى رجل على حاضر وغائب مالا وأن كلاً منهما ضامن عن الآخر ما عليه، واعترف الحاضر بذلك، فأخذ المدعي ما يدعيه - مما يلزم الحاضر والغائب - من الحاضر، فلما أتى الغائب أنكر دعوى المدعي، وأثبت كل منهما قوله بيينة من شهادة أو إقرار، وقيل بتساقطهما، أو خلا قولهما من ذلك فأيهما يقدم قوله؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(١) رَحِمَهُمُ اللهُ عَلَى تقديم قول الغائب.

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٤/ ١٦٤)، حاشية ابن عابدين: (٧/ ٦١٥-٦١٦)، ونص فيها على أن المدعي إذا ادعى بالدين على الحاضر وأنه كفيل عن الغائب - ولم يدع أن الكفالة بأمره - وأقام البيينة على ذلك، فإن الملزم بالسداد هو الكفيل دون الأصيل، ولو ادعى أنها بأمره، وبرهن على ذلك، فإنه يلزم الغائب والحاضر، وأن المدعي لو لم يقيم بيينة فإن إقرار الكفيل بالدين لا يتعدى إلى الغائب، فعليه إذا لم تقبل دعوى المدعي على الغائب إلا ببرهان يثبت أن الكفالة كانت بأمره، فعند عدم البيينة من الشهادة أو الإقرار أو سقوطها مع إنكار الغائب بعد حضوره يكون الأولى عدم قبولها، وأما المالكية، فنص في منح الجليل: (٦/ ٢١٠) على أنه: «(لا) يلزم الضامن شيء (إن ادعى) شخص ديناً (على) شخص (غائب فضمن) شخص آخر الغائب فيما ادعى عليه به (ثم أنكر) الغائب الدين بعد حضوره فلا يلزم الضامن شيء إلا أن يثبت الدين بيينة»، فإذا لم يلزم الضامن شيء مع نفيه على ضمان دعوى المدعي، فعدم قبول هذه الدعوى، وتقديم قول الغائب بإنكار دعوى المدعي من باب أولى، وأما الشافعية، فذكر في الحاوي الكبير: (٦/ ٤٤٨) =

واستدلوا: بأن الأصل براءة ذمة الغائب من دعوى المدعي، فإذا أنكر الغائب، فإنه يتمسك بهذا الأصل، فيقدم قوله، ولا يقبل قول المدعي لمخالفته هذا الأصل^(١).

= هذه المسألة فيما إذا أقر الحاضر فإنه يدفع للمدعي ما يلزم الحاضر والغائب، ولا رجوع له على الغائب إلا أن يقر بما أقر به الحاضر لقصور الإقرار على المقر، وهذا يقتضي عدم قبول قول المدعي على الغائب عند عدم البيينة؛ إذ لو قبل لكان للحاضر الرجوع على الغائب، الشرح الكبير: (١٣ / ٤٩)، كشاف القناع: (٣ / ٣٧٢-٣٧٣)، وفيهما أن تقديم قول الغائب يمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣ / ٣٧٣).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



إن لقرينة: (الأصل براءة الذمة) أثراً ظاهراً وبيناً على هذه المسألة؛ إذ هي مستند الاتفاق، والدليل الذي حدا بالفقهاء إلى أن يقولوا بتقديم قول الغائب، وذلك لأن براءة ذمته أصل، فلا يعدل عنها إلا بيينة.

المبحث الرابع
الاختلاف مع القيم؛ وهو الملاح في
التفريط^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٣٠).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا اصطدمت سفيتان، فاختلف مع الملاح فيهما في التفريط، بأن ادعي عليه أنه فرط بأن كان قادرًا على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل، أو لم يكمل آلتها مما يحتاج إليه في حفظها من الرجال والحبال، أو نحو ذلك، ونفى الملاح التفريط، وأثبت كل منهما قوله بيينة من شهادة أو إقرار، وقيل بتساقطهما، أو خلا قولهما من ذلك فأيهما يقدم قوله؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(١) في هذه المسألة على أن المقدم قول الملاح بيمينه.

(١) ينظر: المبسوط: (١٥/٨٢)، وهم وإن لم ينصوا على هذه المسألة إلى أنهم ذكروا الملاح وضمائه مثالاً على ضمان الأجير المشترك، وقعدوا في الباب المذكور في الاختلاف مع الأجير المشترك في سبب الضمان: أن القول قوله بيمينه، وينظر: النوادر والزيادات: (١٣/٥٢٧)، التوضيح: (٨/٦٦)، منح الجليل: (٩/٣١-٣٣) وهو مقتضى قولهم بعدم ضمان أي أحد ما نتج عن اصطدام السفيتين إلا أن يعلم تفريط النواتية [وهم الملاحون]، فالأصل عندهم عدم التفريط؛ لغلبة الريح ولم أجد نصاً على اليمين لديهم، وينظر: الحاوي الكبير: (١٢/٣٣٣)، العزيز شرح الوجيز: (١٠/٤٥٠)، روضة الطالبين: (٩/٣٣٧)، نهاية المحتاج: (٧/٣٦٦)، الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/٣٤٨، ٣٤٦)، كشف القناع: (٤/١٣٠)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٤/١٨٩).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الملاح أمين مأذون له، فكان القول قوله بيمينه^(١).
- ٢- أن الريح تغلب الملاح، فلا يستطيع التحكم بالسفينة؛ لأن جريها بالريح، فكان تأثيرها على السفينة يغلب استطاعة الملاح، فكان الظاهر شاهداً لصدقه ومؤيداً لدعواه^(٢).
- ٣- أن الملاح يتمسك ببراءة ذمته من التفريط وينكره وما يترتب عليه من الضمان، وغيره يدعي خلاف هذا الأصل فكان القول المقدم قول الملاح، ولم يقبل قول مدعي شغل ذمته إلا ببينة؛ لأن الأصل براءتها^(٣).
- ٤- أن صدور التفريط من الملاح أمر عارض، فلا يقبل قول مدعيه إلا ببينة؛ لأن الأصل فيه الأمانة، فيكون الأصل عدم التفريط، ويقدم قول منكره^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (١٥/٨٢)، الحاوي الكبير: (١٢/٣٣٣).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (١٣/٥٢٧)، التوضيح: (٨/٦٦)، منح الجليل: (٩/٣١-٣٣).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (١٠/٤٥٠)، مغني المحتاج: (٥/٣٥٣)، كشاف القناع: (٤/١٣٠).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/٣٤٦).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



إن لقرينة: (الأصل براءة الذمة) أثراً ظاهراً على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها أحد الأدلة التي بني عليها اتفاق الفقهاء في هذه المسألة - كما في الدليل الثالث-؛ فإن براءة ذمة الملاح من التفريط أصل ثابت، فلا تشغل هذه الذمة إلا ببينة تنقل عن هذا الأصل؛ لأن (الأصل براءة الذمة).

الوجه الثاني: أن الاستدلال لهذه المسألة بقرينة: (الأصل براءة الذمة) لم يقتصر على الحنابلة بل انضم إليهم الشافعية؛ كما في مراجع توثيق الدليل الثالث؛ مما يدل على قوة تأثيرها ووضوح دلالتها على القول محل الاتفاق.

المبحث الخامس

اختلاف المعير والمستعير فيما ذهبت به أجزاء العين المعارة^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٣).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا اختلف المعير والمستعير فيما ذهبت به أجزاء العين المعارة، أو كيف تلفت، فقال: المستعير ذهبت بالاستعمال المعهود أو المأذون فيه، وقال المعير ذهبت بغيره بسبب بتفريطك، وأقام كل منهما بينة من شهادة أو إقرار وتكافأت البيتان من كل وجه فتساقطتا، أو عدت البينة من الجانبين، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أن من رجح جانبه وقدم قوله، فإن عليه اليمين^(١).

ثم اختلفوا على أقوال ثلاثة^(٢):

- (١) ينظر: المبسوط: (١١/١٤٣)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: (٣/٤٣٦ - ٤٣٧)، نهاية المحتاج مع حاشيته: (٥/١٢٨)، كشاف القناع: (٤/٧٣)، إلا أني لم أجد نصًا لابن أبي ليلى يوافق فيه غيره من الفقهاء.
- (٢) وما يأتي من ذكر الأقوال والخلاف في هذه المسألة ينقض دعوى الاتفاق - التي ذكرها بعض الباحثين - على قبول قول المستعير بيمينه في هذه المسألة. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٥/٤٠٥٣)، ضمان العارية؛ لراشد بن فهد آل حفيظ: (ص ٩٧).

القول الأول: أن القول قول المعير بيمينه، وهو قول الحنفية^(١)، وهو المذهب عند بعض الشافعية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الإذن يستفاد من جهة المالك، ولو أنكر أصل الإذن كان القول قوله، فكذلك إذا أنكر الإذن باستعمال المستعير العين المعارة، أو إتلافها بما عهد استعمالها فيه^(٣).

٢- أن سبب وجوب الضمان قد ظهر، وهو استعمال العين التي يملكها غير المستعير، والمستعير هو مستعمل هذه العين، ويدعي سقوط الضمان - بكون هذا الاستعمال معهوداً أو مأذوناً فيه-، والمعير منكر لذلك، فإذا حلف سقط ما يدعيه المستعير، وبقي المستعير ضامناً بالسبب الظاهر^(٤).

٣- أن الأصل في المستعير الضمان، حتى يثبت مسقطه ولا مسقط له هنا، فيرجح مقتضى الأصل من قبول قول المعير المقتضي للضمان، وعدم قبول قول المستعير في إسقاط هذا الأصل^(٥).

ونوقش: بأن الأصل في المستعير الضمان فيما يتعلق باليد، وأما محل هذه المسألة فهو بعد تلف العين، فيكون الضمان فيها متعلقاً بالذمة، وهذا الضمان طارئ، فلا يكون أصلاً يبني عليه الضمان بعد التلف^(٦).

(١) ينظر: المبسوط: (١٤٣/١١). (٢) ينظر: تحفة المحتاج مع حاشيته: (٤٢٢/٥).

(٣) ينظر: المبسوط: (١٤٣/١١). (٤) ينظر: المبسوط: (١٤٣/١١).

(٥) ينظر: تحفة المحتاج مع حاشيته: (٤٢٢/٥).

(٦) ينظر: نهاية المحتاج مع حاشيته: (١٢٨/٥).

القول الثاني: أن القول قول المستعير، وهو قول بعض السلف^(١)، وهو المذهب عند بعض الشافعية^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المستعير يعسر عليه إقامة البينة، وعليه فيكون القول قوله^(٤).

ويناقد من وجهين:

الأول: بأن مقتضى هذا الدليل قبول قول كل من عسر عليه إقامة البينة، وهذا غير مسلم، فإن قول المدعي دعوى لا تقبل إلا ببينة سواء عسرت عليه أم يسرت.

الثاني: أنه لا يسلم عسر إقامة البينة، فإنه يمكن أن يشهد بعض حاضري حادثة الإلتلاف بأنها تلفت بالاستعمال المعهود، أو يمكن أخذ رأي أهل الخبرة في سبب تلف العين المعارة.

(١) هو ابن أبي ليلى، ينظر: المبسوط: (١١/١٤٣).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج مع حاشيته: (٥/١٢٨)، ويظهر مما سبق أن في تحديد مذهب الشافعية رأيين، وهذا يرجع إلى أني لم أجد نصاً في هذه المسألة عند المتقنين المتقدمين: الرافعي والنووي، ووجدته عند المتقنين المتأخرين: الهيثمي والرملی، ولكنها اختلفا في هذه المسألة؛ فجعلت قول كل منهما رأياً في مذهب الشافعية بناء على اختلاف الشافعية في اعتماد المعتمد من المذهب حال اختلافهما، وقد اختار الدكتور: محمد الزحيلي في كتابه المعتمد في الفقه الشافعي القول الثاني. ينظر: المذهب الشافعي؛ لمحمد طارق محمد هاشم مغربية (ص ٢٢٢)، المدخل إلى مذهب الإمام الشافعي؛ للدكتور: أكرم القواسمي (ص ٥٣٧-٥٣٨)، المعتمد في الفقه الشافعي: (٣/٢٠٥).

(٣) ينظر: كشاف القناع ٤/٧٣، الفروع مع تصحيحه: (٧/٢٠٥).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج مع حاشيته: (٥/١٢٨).

٢- أن الأصل براءة ذمة المستعير، فلا ينتقل عنها إلا بدليل، وحيث لم يوجد الدليل السالم من المعارضة، فيبقى الأمر الأصل براءة ذمة المستعير^(١).

٣- أن المستعير هنا منكر، والقول قول المنكر بيمينه^(٢)؛ لقوله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٣).

القول الثالث: أن القول قول المستعير إذا ظهر عدم تسببه بتلفها من سبب

ذهاب أجزاء العين المعارة، وهو قول المالكية^(٤)، ولعله يمكن أن يستدل

لهم: بأن هذا ظاهر الحال، فإن هذا الظاهر يشهد لقول المستعير ويدل عليه،

فيكون هو المقدم والمرجح.

(١) ينظر: نهاية المحتاج مع حاشيته: (١٢٨/٥)، كشاف القناع: (٧٣/٤).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٧٣/٤). (٣) سبق تحريجه.

(٤) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: (٣/٤٣٦-٤٣٧)، وأما إذا لم يظهر

ذلك، فلم أجد نصاً لدى المالكية في هذه المسألة، لكن يمكن أن يقال -بناء على قول

المالكية في ضمان المستعير العارية، فإذا قبل قول المستعير بلا بينة في سبب ضمان العارية،

فيقبل هنا في نفي التفريط، وإذا لم يقبل في سبب الضمان لم يقبل في نفي التفريط - إن

كانت العارية مما يغيب عن المعير، فإن المستعير لا يقبل قوله ويكون القول قول المعير،

ويضمن المستعير ما لم يثبت عدم تفريطه بهلاكها بسبب ينفي ذلك، وأما إن كانت

العارية مما يظهر ولا يغيب عن المعير، فيقبل قول المستعير في نفي تفريطه في استعمالها، أو

قد يقال: إن أتى المستعير بما يشبه ويدل عليه ظاهر الحال فالقول قوله؛ كما لو أتى بثوب

بال بعد مدة يبلى فيها الثوب فقبل قوله بتلفها بالاستعمال المعهود، وأما إذا لم يكن قوله

كذلك كما في الحرق والحرق، فيكون القول قول المعير بناء على تضمينه في هذه المسائل.

ينظر: الشرح الكبير؛ للدردير مع حاشية الدسوقي: (٣/٤٣٦)، التاج والإكليل:

(٧/٢٩٩)، بداية المجتهد: (٤/٩٧)، المختصر الفقهي؛ لابن عرفة: (٧/٢٣٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن قول أحدهما إذا اعتضد بظاهر حال يشهد له؛ كما لو كانت المدة - التي بقيت العين المعارة فيها عند المستعير - تلتف العين فيها عادة، أو كان من أثر التلف - على العين المعارة - ما يشهد بأنها تلتف بالاستعمال المعهود أو المأذون به؛ بأن ينظر أهل الخبرة إلى العين فيفيدوا بأن أثر التلف على العين يدل على أن سببه الاستعمال المعهود أو المأذون فيه، فيكون القول هنا قول المستعير، وأما إن كان الأمر بالعكس بأن شهد بظاهر الحال على أن تلف العين كان بسبب غير الاستعمال المعهود، فيكون القول قول المعير، وأما إن انتفى ما يشهد لأحدهما - وهو نادر -، فلعلة يمكن أن يقال: إن المعير متبرع بإعطاء المستعير العين المعارة، ومن يفعل ذلك فإنه لن يعطي هذه العين إلا لمن يثق فيه غالباً، وعليه يكون المعير واثقاً بالمستعير مصداقاً قوله، فيكون القول قول المستعير حينئذ.

ثمرة الخلاف:

يظهر مما سبق، ومن الأدلة المذكورة، أن ثمرة الخلاف تظهر في ضمان المستعير العين المعارة، فمن رجع وقدم قول المعير جعل المستعير مفرطاً وضامناً تلف العين المعارة، ومن جعل قول المستعير هو المرجح والمقدم نفى عنه التفريط، فانتفى عنه الضمان، ومن رجع قول المستعير في حال دون حال جعله ضامناً في حال كان قوله مرجوحاً، وإذا كانت الحال التي يكون قول المستعير فيها راجحاً، فإن الضمان يكون منفيًا عنه.

سبب الخلاف:

لعل الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أن ضمان المستعير فيما تلف من العين المعارة، هل هو من الضمان الأصلي الذي يلزم المستعير أو هو ضمان طارئ، فمن قال هو من الضمان الأصلي جعل القول قول المعير، ومن جعل هذا الضمان طارئاً جعل القول قول المستعير.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



يظهر أثر قرينة (الأصل براءة الذمة) من خلال الدليل الثاني للقول الثاني؛ فقد بني القول بقبول قول المستعير، وعدم قبول المعير فيما يقتضي تضمين المستعير وتحميل ذمته ما لم يقر به بأن الأصل براءة الذمة؛ وعدم تحميلها ما لم يثبت عليها، وتضمين المستعير العين المعارة طارئ على هذا الأصل فلا يقبل إلا بدليل، فلما لم يكن هناك دليل برز أصل براءة الذمة وتمسك به أصحاب القول الثاني في ترجيح قولهم.

ويظهر هنا تطبيق ما سبق ذكره في تعارض الأصليين؛ فإن في هذه المسألة أصليين تعارضا: أصل براءة الذمة، وأصل تضمين المستعير، فمن غلب على ظنه وفق أصوله قوة دلالة أحد الأصليين رجح به وجعل مقابله مرجوحاً.

المبحث السادس
**اختلاف رب البهيمة والموذع في قدر
مدة الإنفاق^(١)**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٧١).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف المودع والمستودع في مدة إنفاق المستودع على الوديعة، فقال المستودع: «أنفقت على الوديعة منذ سنتين»، وقال المودع: «بل أنفقت عليها منذ سنة»، وأقام كل منهما بينة من شهادة أو إقرار وقيل بتساقطهما، أو عدمت من الجانبين، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب المالكية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى قبول قول المودع، وعدم قبول قول المستودع.

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل براءة ذمة المودع من نفقة المدة الزائدة التي ينكرها، وعليه فمن يدعي خلاف ذلك لم يصدق قوله إلا ببينة، ويكون القول قول المودع لتمسكه بهذا الأصل^(٣).

٢- أن زيادة قدر مدة النفقة أمر عارض على اتفاقها عليه، فإنه يحتمل أن تكون المدة قدر ما ادعاه المودع، ويحتمل أن تكون قدر ما ادعاه المستودع،

(١) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٩٩٧).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٦/١٨)، كشف القناع: (٤/١٧١)، والنص عندهم على

تقديم قول المودع بيمينته. (٣) ينظر: كشف القناع: (٤/١٧١).

وعليه يرجع إلى المتفق عليه وي طرح الزائد - ما لم تقم عليه بينة - لأنه عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم، ولأن الدليل إذا تطرق له الاحتمال بطل به الاستدلال، فمن باب أولى دعوى المدعي التي ليست دليلاً^(١).

وأما الحنفية والشافعية، فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة، ولكم أقرب ما وجدته هو:

أما الحنفية، فأقرب ما وجدته هو ما ذكره من أن الوصي أو القيم إذا قال: «أنفقت كذا من مالي على اليتيم» أو «الوقف»، وأراد أن يرجع بذلك على اليتيم أو الوقف، فإنه لا يقبل قوله^(٢)؛ لأنه يدعي استحقاق ما أنفق لنفسه على اليتيم أو الوقف، فلا يقبل إلا بحجة، وهذا هو الحال في المسألة محل البحث، فإن المستودع يدعي استحقاق نفقة السنة الأخرى التي ينكرها المودع، وعليه فالأقرب لمذهب الحنفية هو قبول قول المودع وعدم قبول قول المستودع إلا بينة.

وأما الشافعية، فأقرب ما وجدته هو: اختلاف اليتيم - بعد بلوغه - مع الولي في قدر مدة النفقة من مال اليتيم، بأن قال الولي: «أنفقت عليك عشر

(١) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٩٩٧)، الشرح الكبير: (١٦/١٨).

(٢) ونصها: «وإن قال الوصي أو القيم: أنفقت على اليتيم، أو قال: على الوقف كذا من مالي وأراد أن يرجع بذلك في مال اليتيم، والوقف، لا يقبل قوله بخلاف ما ادعى الإنفاق من مال اليتيم أو من مال الوقف، حيث يقبل قوله في المحتمل؛ لأنه أمين فيما في يديه من مال اليتيم والوقف، ويدعي الخروج عن عهدة الأمانة بدعوى الإنفاق، من غير أن يثبت لنفسه استحقاق شيء، وقول الأمين في مثل هذا مقبول، فأما إذا ادعى الإنفاق من مال نفسه، فما ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، بل ادعى الاستحقاق لنفسه على الصغير والوقف، ودعوى الاستحقاق لا يقبل من غير حجة.» المحيط البرهاني: (٨/٦٩).

سنين في كل سنة مائة دينار»، وقال اليتيم: «بل أنفقت خمس سنين في كل سنة مائة دينار»، فعند أكثر الشافعية يقدم قول اليتيم بيمينه؛ وذلك لأنهما مختلفان في الموت الذي يعقبه نظر الولي، فلم يقبل قول الولي، لأنه غير مؤتمن عليه^(١)، فلعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب الشافعية هو: أن المستودع غير مؤتمن في تحديد المدة فيكون القول قول المودع بيمينه تخريباً على هذه المسألة، وهو قريب من رأي الحنابلة، فإنهم جعلوا المسألة محل البحث نظير المسألة المخرج عليها^(٢).

ولعل الظاهر - والله أعلم -: هو النظر إلى الظاهر، وقرائن الأحوال؛ كما لو بقيت الوديعة عند المستودع المدة التي ادعاها، وثبت أن المودع لم ينفق عليها شيئاً أو لم يكلف أحد بالإنفاق عليها طوال مدة بقائها عند المستودع، وكان ما ادعاه المستودع من مقدار النفقة جرت العادة بإنفاق مثله في مثل المدة المدعاة، فيقدم قول المستودع بيمينه، وأما إن خلت الواقعة عن مثل هذه الظواهر، فيكون القول قول المودع بيمينه لما ذكر من أدلة.

(١) ونصها: «والضرب الثاني: أن يتفقا على قدر النفقة، ويختلفا في قدر المدة، كأنه قال: أنفقت عليك عشر سنين، في كل سنة مائة دينار، فقال: بل أنفقت علي خمس سنين، في كل سنة مائة دينار. فعند أبي سعيد الإصطخري: أن القول قول الولي، كاختلافهم في القدر مع اتفاقهما في المدة. وقال جمهور أصحابنا: بل القول قول اليتيم مع يمينه. والفرق بين اختلافهما في القدر، وبين اختلافهما في المدة: أنها في القدر مختلفان في المال، فقبل منه قول الولي، لأنه مؤتمن عليه، وفي المدة مختلفان في الموت الذي يعقبه نظر الولي، فلم يقبل قول الولي، لأنه غير مؤتمن عليه، مع أننا على يقين من حدوث الموت في شك من تقدمه، فلذلك افرق الحكم فيها». الحاوي الكبير: (٣٤٦/٨).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٧١، ٣/٤٥٦).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه القرينة ظاهر؛ فإن من ذهب إلى تقديم قول المودع أخذ بهذه القرينة، وذلك لأن الأصل براءة ذمته من غرم ما أنفق المستودع على الوديعة - مما أنكره المودع -، فتستصحب هذه القرينة ويتمسك بها حتى يرد دليل ناقل عنها، ولم يرد هذا الدليل الناقل، فيبقى الأمر على ما قرره القرينة.

المبحث السابع
اختلاف الجاعل والعامل في قدر الجعل أو
المسافة^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٢٠٦).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا اختلف الجاعل والعامل في قدر الجعل كأن قال الجاعل كان الجعل مائة، وقال العامل بل مائة وخمسين، أو اختلفا في المسافة التي اشترطها الجاعل لاستحقاق الجعل كأن قال الجاعل كانت عشرة كليومترات، وقال العامل كانت ستة أكيال، وأثبت كل منهما قوله بينة من شهادة أو إقرار، وقيل بتساقطهما، أو خلا قول كل منهما عن هذه البينة، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال ستة:

القول الأول: أن الاختلاف إن كان في القدر قبل العمل، فالقول قول الجاعل، وإن كان بعد العمل، فالقول قول العامل بيمينه إذا كان بيده محل العمل، أو ادعى ما يشبهه، وإن ادعى ما لا يشبهه، فيكون القول قول الجاعل إذا ادعى ما يشبهه، وإن ادعى ما لا يشبهه أيضًا، تحالفاً، وهو مذهب المالكية^(١).

(١) ينظر: تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب؛ لابن عبد السلام: (١٢/٤٢٩-٤٣٠)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب: (٧/٢٤٨)، المختصر الفقهي؛ لابن عرفة: (٨/٣٧٥)، منح الجليل: (٨/٦٧)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: (٤/٦٤)، كما صوبه ابن عبد السلام وخليل وابن عرفة.

واستدلوا بالتالي:

١- على تقديم قول الجاعل قبل العمل، بانحلال العقد، والعامل بالخيار إن شاء قبل قول الجاعل أو ترك^(١).

٢- على قبول قول العامل إذا كان محل العمل بيده وادعى ما يشبهه، وكذلك على التحالف إذا ادعى ما لا يشبهه بأمرين^(٢):

أ- بأن محل العمل بيده، فرجح جانبه لحيازته.

ب- بالقياس على الصانع وشبهه من الأجراء، فكما قبل قولهم أو جرى التحالف بين رب العمل وبينهم إذا ادعى ما لا يشبهه، فكذلك هنا.

القول الثاني: أنهما إن اختلفا في القدر يتحالفان، ولا يقدم قول أحدهما على الآخر، وهو قول بعض المالكية^(٣)، ويستدل لهم بأدلة مذهب الشافعية؛ الآتي ذكرها - إن شاء الله تعالى - .

القول الثالث: أنهما إن اختلفا في القدر، فالقول قول الجاعل - بعد تمام العمل - إن ادعى ما يشبهه، وإلا فقول العامل إن أشبهه، وإلا تحالفاً، وهو قياس مذهب مالك عند بعض المالكية^(٤).

(١) ينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب: (٢٤٨/٧).

(٢) ينظر: تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب؛ لابن عبد السلام:

(١٢/٤٢٩)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب: (٢٤٨/٧).

(٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة؛ لابن شاس: (٩٤٦/٣)، مختصر ابن الحاجب مع شرحه التوضيح: (٢٤٨/٧).

(٤) ينظر: المختصر الفقهي؛ لابن عرفة: (٣٧٥/٨)، منح الجليل: (٦٧/٨)، كما ذكر ذلك

عن ابن هارون، وأما الاختلاف في المسافة، فلم أجد فيه نصاً عند المالكية، ولكن قد يقال

بتخريج الاختلاف في المسافة بين طرفي الجعالة على الاختلاف في المسافة بين طرفي =

واستدلوا بالتالي^(١):

١- أن الجاعل غارم، والقول المقدم قول الغارم.

٢- القياس على مبتاع سلعة قبضها وفاتت بيده، فقوله مقدم إن أتى بما

يشبهه، وإلا قدم قول العامل إن أشبهه، وإلا تحالفا.

القول الرابع: أنهما يتحالفاً إن كان بعد الفراغ من العمل والتسليم أو

قبل الفراغ فيما إذا وجب للعامل قسط ما عمل، ولا يقدم قول أحدهما على

الآخر، وهو مذهب الشافعية^(٢).

واستدلوا: بالقياس على الإجارة والقراض، فإذا اختلف المؤجر

والمستأجر أو العامل ورب المال في مقدار نصيب العامل بعد الفراغ من

= الإجارة بأن يقال: إن كان قبل العمل فينحل العقد؛ لأن الجعالة جائزة قبل الشروع في العمل عند المالكية، وأما بعد العمل أو قطع جزء منه، فإن القول قول من أشبهه منهما، وإن لم يشبهه قول أحدهما، فيتحالفاً ويتفاسخان على خلاف بين المالكية في بعض تفاصيل ما سبق. ينظر: البيان والتحصيل: (١٢٣/٩-١٢٩).

(١) ينظر: المختصر الفقهي؛ لابن عرفة: (٣٧٥/٨)، منح الجليل: (٦٧/٨).

(٢) ينظر: الوسيط في المذهب: (٢١٣/٤)، العزيز شرح الوجيز: (٢٠٣/٦)، روضة

الطالبين: (٢٧٥/٥)، نهاية المحتاج: (٤٧٩/٥)، تحفة المحتاج: (٣٨٠/٦)، مغني

المحتاج: (٦٢٦-٦٢٧)، وأما قبل ما ذكر فلم أجد نصاً عليه، فلعل مذهب الشافعية

أنه يفسخ بلا تحالف؛ لأن نقص الجاعل من الجعل فسخ، كما أن عقد الجعالة جائز

يمكن فسخه من الطرفين، ولم يجب للعامل شيء إذا فسخ حينئذ، ويؤيده ما ورد في

أسنى المطالب: (٤٤٣/٢)، من أنه: (نعم يتصور قبل الفراغ فيما إذا وجب للعامل قسط

ما عمله)، فدل أنه لا يتصور هذا الاختلاف والتحالف قبل أن يجب للعامل قسط ما

عمل. ينظر: روضة الطالبين: (٢٧٣/٥)، نهاية المحتاج: (٤٧٧/٥).

العمل أو قبله إذا وجب للأجير قسط ما عمل، فيتحالفان، فكذلك الاختلاف في هذه المسألة؛ لأن كليهما منكر دعوى صاحبه^(١).

القول الخامس: أن المقدم قوله والمرجح جانبه هو الجاعل، وهو مذهب

الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الجاعل منكر للزائد من القدر الذي يدعيه العامل، والأصل براءة ذمته منه، فيكون القول قول من يعضده هذا الأصل^(٣).

ونوقش: بعدم التسليم بأن الجاعل وحده هو المنكر، بل إن العامل منكر أيضاً؛ لأنه ينكر وقوع العقد على الوجه الذي ذكره الجاعل^(٤).

وأجيب: بأن المدعي هو المطالب، ولو ترك دعواه ترك، وبذلك يتبين الفرق بين المدعي والمدعى عليه، والعامل يدعي قدرًا أكبر مما أقربه

(١) ينظر: الوسيط في المذهب: (٢١٣/٤)، نهاية المحتاج: (٤٧٩/٥)، مغني المحتاج:

(٣/٦٢٦-٦٢٧)، المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة: (١١٦/١٠)، وقد استدل لهم

صاحب المرجع الأخير نفسه بدليلين بالقياس على البيع، ولكن لما لم أرها في كتب

أصحاب القول الثاني والقول الرابع؛ ولم أرها وجيهة؛ إذ البيع من عقود المعاوضات

اللازمة من الطرفين؛ وكلا طرفيها غارم، لم أر حاجة لكتابتها هنا.

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٢٠٦/٤)، الإنصاف والشرح الكبير: (١٧٢/١٦-١٧٣)،

الروض المربع مع حاشية ابن قاسم: (٤٩٩/٥).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٢٠٦/٤)، الإنصاف والشرح الكبير: (١٧٢/١٦-١٧٣)،

الروض المربع مع حاشية ابن قاسم: (٤٩٩/٥).

(٤) ينظر: المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة: (١١٧/١٠).

الجاعل، فيكون هو المدعي، فيطالب بالبينة ويكون جانب الجاعل أقوى؛ لأنه منكر^(١).

٢- أن الجاعل منكر لحق العامل إلا بعد استيفاء المسافة التي يدعيها، فيكون القول قوله بيمينه للمدعي؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»**^(٢)

القول السادس: أنهما يتحالفان، ولا يقدم قول أحدهما على الآخر، وهو قول عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بالقياس على اختلاف المؤجر والمستأجر في الأجرة، فكما يتحالفان هناك يتحالفان هنا^(٤).

أما الحنفية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، وقد وافقني على ذلك صاحب المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة؛ حيث لم يذكر قولاً للحنفية في هذه المسألة، ولعل ذلك يرجع إلى عدم اعتدادهم بعقد الجعالة وعده عقداً فاسداً إلا بعض المسائل^(٥).

(١) ينظر: المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة: (١١٧/١٠).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: الإنصاف والشرح الكبير: (١٦/١٧٢-١٧٣)، والفرق بين هذا القول ومذهب الشافعية: عدم التفريق بين قبل الاستحقاق وبعده؛ فإني لم أجد هذا التفصيل عند الحنابلة.

(٤) ينظر: الإنصاف والشرح الكبير: (١٦/١٧٢-١٧٣).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني: (٣/٢٨٨، ٤٣٥، ٤/٥٥، ٥/٣٢٣، ٥/٤٤٦)، المبسوط:

(١١/١٠، ١٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (١/٥٠٢)، المعاملات المالية: أصالة

ومعاصرة: (١١٥-١١٧).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إذا كان الاختلاف قبل ثبوت حق للعامل، فإن رضي بقول الجاعل، وإلا كان له الفسخ؛ لأن الجعالة عقد جائز، وأما بعد ثبوت حق للعامل، فإن انفرد أحدهما بما يشبهه وشهدت له القرائن، فقوله مقدم مطلقاً سواء كان جاعلاً أو عاملاً؛ لما يأتي ذكره وبسطه من حجية قريئة ظاهر الحال، وأن بها يظهر الفرق بين المدعي والمدعى عليه، وبها يترجح جانب أحد طرفي العقد، أو قد يكتفى بها في الإثبات، وأما إن أتيا بما يشبهه، أو لم يأت أحدهما بما يشبهه، فيقدم قول الجاعل مطلقاً؛ لأنهما متساويان في الإشباه وعدمه، فيكون القول لمن يتمسك بالأصل وهو الأقل في قدر الجعل، وأما في المسافة المشتركة لاستحقاق الجعل، فكذلك يقدم قول الجاعل على التفصيل السابق؛ لأنه غارم، فيكون قوله مقبولاً في بيان ثبوت الحق في ذمته، كما أن الأصل براءة ذمته مما يدعيه العامل، فهنا عضد جانب الجاعل هذان الأصلان، ولم يعضد جانب العامل إلا أصل واحد وهو الأصل عدم اشتراط الزيادة التي يدعيها الجاعل، فيكون المرجح من يعضد قوله أصلاً على من يعضد قوله أصل واحد.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف تظهر في أن من قال بالتحالف، فإنه يجعل الجعالة فاسدة، ويكون عوض العامل لقاء ما عمله جعل المثل أو أجر المثل - على خلاف بين العلماء -، ومن قدم قول أحدهما أمضى الجعالة وفق ما ذكره من قبل قوله^(١).

(١) ينظر: الإنصاف: (١٦/١٧٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى أمرين:

الأول: هو الاختلاف في الأصل المقيس عليه في أكثر من دليل من أدلة الأقوال وهو الاختلاف بين الأجير والمستأجر، أو بين المضارب والعامل، فمن قال بالتحالف بينهما قال به هنا، ومن قال بترجيح أحدهما على الآخر قال به هنا.

الثاني: اختلاف النظر الفقهي بين الفقهاء، فمن رجح أحد الطرفين بما اعتضد به جانبه قدم قوله، ومن لم تساوى عنده الجانبان جعلهما يتحالفان وفسخ العقد.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



يظهر أثر هذه القرينة في الدليل الأول للقول الخامس - ويمكن الاستدلال به لكل قول رجح جانب الجاعل -؛ ذلك أن جانب الجاعل رجح على جانب العامل بأن الأصل براءة ذمته من القدر الزائد في الجعل، ومن ثبوت حق العامل بأقل مما ادعى به؛ مما جعل قوله مقدماً.

ويظهر في هذه المسألة ترجيح قول باعتضاده بأصلين مقابل أصل واحد للقول الآخر؛ فإن جانب الجاعل اعتضد بأن الأصل براءة ذمته، وبأن القول قول الغارم، وأما العامل، فلم يعضد جانبه إلا أن الأصل في القدر الزائد عدم اشتراطه.

المبحث الثامن
اختلاف مالك اللقطة وملتقطها في
سبب أخذها^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة.

(١) كشاف القناع: (٤/٢٢٢).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

ما لو اختلف الملتقط ومالك اللقطة في سبب أخذها بعد تلفها في حول التعريف بلا تفريط، وكانت مما يلزم تعريفها، فقال المالك: أخذتها لنفسك لتذهب بها، وقال الملتقط: إنما أخذتها لأعرفها، وأحفظها لك، وأقام كل منهما بينة من شهادة أو إقرار وقيل بسقوطهما، أو لم يقم أحدهما شيئاً مما سبق، فمن يقدم قوله منهما؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن الملتقط إن كان أشهد على اللقطة^(١)، فالقول قوله بيمينه،

وإن كان لم يشهد، فاختلف الحنفية في ذلك على قولين:

(١) الإشهاد: أن يقول الملتقط بمسمع من الناس إني التقطت لقطة أو عندي لقطة فأبي الناس أنشدها فدلوه علي أو يقول: عندي شيء فمن رأيتموه يسأل شيئاً فدلوه علي، وهذا الشرط عند إمكان الإشهاد، فإن لم يتمكن لعدم من يشهده أو خاف عليها الظلمة، فيقدم قول الملتقط بالاتفاق. ينظر: المبسوط: (١١/١٢)، بدائع الصنائع: (٨/٣٣١)، تبين الحقائق: (٣/٢٠٣)، (٥/٢٥٤)، وهذا يختلف عن مسألة إقامة الشهادة على النية نفسها، فهذا هو المقصود نفيه أو تساقطه في تصوير المسألة.

- الأول: أن القول قول صاحب اللقطة، وهو قول أبي حنيفة^(١).

واستدل على ذلك بالتالي:

١- أن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه ما لم يوجد دليل يدل على

أن العمل لغيره^(٢).

٢- أنه أخذ مال غيره بغير إذن، وهو سبب الضمان فيضمن؛ وهذا لأن

الإذن مقيد بالإشهاد؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**من التقط لقطة، فليشهد ذا عدل،**

أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو

مال الله يؤتیه من يشاء»^(٣)، فاشتراط رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** للإذن بأخذ

اللقطة أن يشهد، فإذا لم يشهد لم يوجد الإذن فيكون أخذه سبباً للضمان، فلا

يصدق في دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان؛ كمن أخذ مال غيره

وتلف في يده ثم ادعى أن مالكة أودعه إياه لم يقبل قوله إلا ببينة^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (١١/١٢)، بدائع الصنائع: (٨/٣٣٠)، المحيط البرهاني: (٥/٤٣٩)،

تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٣/٣٠٢)، البحر الرائق: (٥/٢٥٤).

(٢) ينظر: المبسوط: (١١/١٢)، المحيط البرهاني: (٥/٤٣٩).

(٣) رواه أحمد في مسنده في مسند الكوفيين، في باب حديث عياض بن حمار: (٢/٣١٨)،

برقم: (١٨٥٣٣) (١٨٣٤٣)، وأبو داود في كتاب السنن - واللفظ له - في كتاب اللقطة:

(٢/٥١٣)، برقم: (١٧٠٩-١٧٠٦)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود:

(١/٤٧٧)، والأرنؤوط في تحقيقه على المسند: (٣٠/٢٨١).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٣/٣٠٢).

ونوقش من وجهين^(١):

الأول: أن الحديث محمول على الندب لا على الوجوب؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يأمر به في حديث^(٢) زيد بن خالد في اللقطة^(٣)، فلو كان الإشهاد واجباً لبينه؛ لأن لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فلما لم يبينه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دل على أنه على الاستحباب؛ خصوصاً أنه جوابٌ عن سؤال، فكان أولى بيان هذا الحكم لو كان واجباً.

الثاني: أن الإشهاد المذكور لا يسعف فيما يريده أبو حنيفة، فإن الملتقط قد يشهد على خلاف نيته احتياطاً، فيكون ناوياً أخذ اللقطة قبل تعريفها، ولكن يشهد على أنه أخذها ناوياً تعريفها احتياطاً، فيكون الإشهاد على خلاف الواقع، والحكم بضمان الملتقط على الواقع حقيقة لا على غيره.

ويجاب على هذا الوجه: بأن القضاء مبنيٌّ على الظاهر على لا ما في الأمر نفسه، فإن القاضي قد يحكم بخلاف الواقع لعدم ظهوره؛ أخذاً بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه»^(٤)، فإذا ظهر للقاضي أن نية

(١) ينظر: الذخيرة: (١٠٥/٩).

(٢) متفق عليه، ولفظ موطن الاستشهاد: جاء رجل إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فسأله عن اللقطة، فقال: «اعرف عفاصها وكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشانك بها...»، فقد رواه البخاري في صحيحه في كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار: (١/٦٦٢)، برقم: (٢٣٧٢)، ومسلم في صحيحه في كتاب اللقطة: (ص ٦٦٤)، برقم: ([٤٤٩٨] ١ - (١٧٢٢)).

(٣) ينظر: شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (٨/١٤٧).

(٤) جزء من حديث رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحيل، باب: (٢/٦٦٤)، برقم: (٦٩٦٧)، ومسلم - واللفظ له - في صحيحه في كتاب الأفضية: (ص ٦٦٠)، برقم: ([٤٤٧٣] ٤ - (١٧١٣)).

الملتقط الأخذ للتعريف بناء على الإشهاد المذكور، فيكون قوله راجحاً وجانبه ظاهراً.

ويناقش الحديث الأول بوجه ثالث: بأنه لا يوجد في الحديث ما يدل على اشتراط الإشهاد لأخذ اللقطة، وإنما فيه اشتراط التقاط اللقطة للأمر بالإشهاد، وفرق بين أن يكون الشيء نتيجة لسبب وبين أن يكون شرطاً له؛ كما أنه لم يُنص على تحريم الالتقاط عند عدم الإشهاد، فقد يكون آثماً بعدم الإشهاد وأما اللقطة فصحيحة.

الثاني: أن القول المقدم قول الملتقط مع يمينه، وهو قول الصاحبين من الحنفية^(١).

واستدلاً بالتالي:

١- أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يفعل إلا ما هو مباح، فإذا تردد الفعل الصادر من المسلم بين أن يكون مباحاً أو معصية، فالظاهر أنه مباح، ومن ذلك أخذ الملتقط اللقطة، فإن حمله على الصلاح أولى، وهو أخذ اللقطة لأجل مال كهذا فيرجح بذلك قول الملتقط، وهذا يقوم مقام الإشهاد منه^(٢).

(١) ينظر: المبسوط: (١٢/١١)، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٣/٣٠٢)، المحيط البرهاني: (٥/٤٣٩)، بدائع الصنائع: (٨/٣٣٠)، وقد اختلف في قول محمد بن الحسن، فقيل: إن قوله تقديم قول صاحب اللقطة، وقيل: إن قوله تقديم قول الملتقط، ولكن ما أثبتته في المتن هو ما صححه صاحب الينابيع. ينظر: الينابيع في معرفة الأصول والتفاريع؛ للرومي: (ص ١١١٨-١١١٩)، البحر الرائق: (٥/٢٥٤)، حاشية الشلبي على تبين الحقائق: (٣/٣٠٢).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٢/١١)، المحيط البرهاني: (٥/٤٣٩)، تبين الحقائق: (٣/٣٠٢).

ونوقش: بأن هذا الظاهر معارض بأن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه ما لم يوجد دليل يدل على أن العمل لغيره؛ كمن أخذ مال غيره وتلف في يده ثم ادعى أن مالكة أودعه إياه لم يقبل قوله إلا ببينة^(١).

٢- أن مالك اللقطة يدعي شغل ذمة الملتقط بالضمان، والملتقط ينكر شغلها، فيكون القول قول المنكر - وهو الملتقط - يمينه^(٢)؛ لأن الأصل عدمه؛ ولقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»**^(٣).

القول الثاني: أن القول قول الملتقط يمينه إن اتهم، وإن لم يتهم قبل قوله بلا يمين، وهو مذهب المالكية^(٤).

واستدلوا: بدليلي القول الثاني من قولي الحنفية^(٥)، إضافة إلى أن نية الملتقط في التقاطها لا تعلم إلا من قبله، فكان القول فيها قوله^(٦).

القول الثالث: أن القول قول الملتقط يمينه، وهو مذهب الشافعية^(٧) والحنابلة^(٨).

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٣/٣٠٢)، المبسوط: (١١/١٢).

(٢) ينظر: المبسوط: (١١/١٢)، تبين الحقائق: (٣/٣٠٢).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) النوادر والزيادات؛ لابن أبي زيد القيرواني: (١٠/٤٧٤)، الذخيرة: (٩/١٠٥)، مواهب الجليل: (٦/٢٨٢).

(٥) ينظر: الذخيرة: (٩/١٠٥).

(٦) المقدمات الممهدة؛ لابن رشد الجدل: (٢/٤٨٤).

(٧) ينظر: مغني المحتاج: (٣/٥٩٤)، المعتمد في الفقه الشافعي: (٣/٦٨٩).

(٨) ينظر: كشف القناع: (٤/٢٢٢)، الإنصاف: (١٦/٢٥٧).

واستدلوا: بأن الملتقط منكر، والأصل براءة ذمته، فيقدم قول من وافق هذا الأصل وهو الملتقط بيمينه^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - قول الصاحبين من الحنفية، والقول الثالث؛ لما اعتضد به جانب الملتقط من أصل وظاهرين، فأما الأصل فهو براءة الذمة، وأما الظاهرين، فالأول حمل تصرف المسلم على الصلاح والسلامة، والثاني: أن الاختلاف في نية الملتقط، ولا يمكن أن تعلم إلا من جهته، فيكون القول فيها قوله^(٢).

ثمرة الخلاف:

غالب من تكلم على هذه المسألة نص على أن ثمرة الخلاف هي: ضمان الملتقط للقطعة، فمن قال بقبول قول الملتقط أسقط الضمان من ذمته، ومن قبل قول مالك اللقطة وصاحبها جعل الضمان على الملتقط؛ لفساد نيته في الالتقاط^(٣).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى النظر في المال والملتقط، فمن رجح جانب حرمة مال المسلم وأنه لا يؤخذ إلا بإذن، وأن أخذه بهذه الصفة سبب للضمان، وأن الأصل فيما يعمله الإنسان أن يكون لنفسه

(١) ينظر: مغني المحتاج: (٣/ ٥٩٤)، كشف القناع: (٤/ ٢٢٢).

(٢) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة التيسير؛ للدكتور: عبد الرحمن العبد اللطيف: (١/ ٣٧١) وما بعدها.

(٣) ينظر في المراجع المذكورة سابقاً في توثيق أقوال المذاهب.

ومصلحته جعل جانب مالك اللقطة راجحاً ومقدماً ومن رجح أصل براءة الذمة من الضمان، وأن الأصل فيما يباشره المسلم الصحة والسلامة، وأنه أدرى بنيته رجح جانب الملتقط^(١).

(١) ويلاحظ هنا أن النظر في تضمين الملتقط وبراءته موجود في السبب والثمرة وهذا يدل على مراعاة الفقهاء مآلات الأمور في النظر الفقهي.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على هذه المسألة



يظهر أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) ظهورًا بارزًا في هذه المسألة؛ إذ هي أحد أعمدة ترجيح قول الملتقط، وهو قول الجمهور كما سبق من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة، فيكون جمهور أهل العلم اعتبر هذه القرينة وأجرى مقتضاها في ترجيح قول أحد المتداعين، - وهو الملتقط في هذه المسألة-.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر، فمع صاحب اللقطة أصلان، وهما: أن الأصل فيما يعمله الإنسان أن يكون لنفسه ومصالحته، وأن الأصل فيما قبض من مال المسلم الضمان، ورجح جانب الملتقط أصل وظاهران، فأما الأصل فهو براءة الذمة، وأما الظاهران، فهما: أن ما يباشره المسلم الظاهر منه الصحة والصلاح، وأن الإنسان أدرى بنيته؛ لكونها لا تعلم إلا جهته، فمن قوى عنده جانب رجحه، ولا يقال بإطلاق القول في ترجيح الأصل والظاهر.

المبحث التاسع
أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على
التطبيق القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق
القضائي في المبادئ القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق
القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثالث: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق
القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ والقرارات الصادرة من الجهات القضائية العليا^(١) في بلادنا المباركة: (المملكة العربية السعودية)^(٢) يجد هذه القرينة معتبرة ومعتداً بها ومنصوصاً عليها في أكثر من مبدأ، وأذكر منها:

١- المبدأ الصادر من الهيئة القضائية العليا بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٩)، وتاريخ: (٠٧ / ٠١ / ١٣٩٤ هـ)، والذي ينص على أن «الأصل براءة الذمة من حقوق الله وحقوق العباد حتى يثبت ما يرفع تلك البراءة»^(٣).

٢- المبدأ الصادر من المجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم: (٥ / ٤٥٥)، وتاريخ: (١٥ / ٠٧ / ١٤٢٣ هـ)، والذي ينص على أن «الأصل براءة ذمة المدعى عليه، ولا يجوز شغلها إلا بدليل جلي لا يتطرق إليه احتمال الرد»^(٤).

(١) وهي: الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا. ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من هذه الجهات، والمجموعة من مركز البحوث بوزارة العدل.

(٢) وقد جمعتها وطبعتها وزارة العدل - مشكورة - ممثلة في مركز البحوث.

(٣) هو المبدأ ذو الرقم: (٥)، من المبادئ والقرارات المذكورة سابقاً: (ص ٣٤).

(٤) المبدأ ذو الرقم: (١٩٥٤) من المبادئ والقرارات: (ص ٤٩٣).

٣- المبدأ الصادر من المجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم: (٣/١٠)، وتاريخ: (٢٠٢/٠١/١٤٢٤هـ)، والذي ينص على أن «الأصل براءة ذمة المدعى عليه من المطالبات المالية، ولا يجوز شغلها إلا بدليل جلي لا يتطرق إليه احتمال الرد»^(١).

٤- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣/٣/١٧)، وتاريخ: (٥/٠٤/١٤٣٣هـ)، والذي ينص على أن «القول قول الغارم إذا لم يكن هناك بينة تثبت الدعوى؛ لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه»^(٢).

ويتبين من هذه المبادئ أمران:

الأول: أن العمل بهذه القرينة واعتبارها في الأحكام والمبادئ والقرارات القضائية مستقر ومستمر؛ ذلك أن المبادئ السابقة متفاوتة التاريخ كما أنها صادرة من جهات عدة مما يدل على ثبوت العمل بهذه القرينة الذي يمكن أن يضاف إلى أدلة اعتبارها بكونها جرى عليها العمل.

الثاني: أن هذه الجهات القضائية العليا لم تكتف بالنص على هذا المبدأ - كما في المبادئ الثلاثة الأولى -، بل أضافت إلى ذلك - كما في المبدأ الأخير - بناء مبدأ وقرار آخر على هذه القرينة، فدل هذا وما سبق ذكره على تأصل العمل واستقرار بناء الأحكام والقرارات والمبادئ على هذه القرينة.

(١) المبدأ ذو الرقم: (٢١٦٢) من المبادئ والقرارات: (ص ٥٣٦).

(٢) هو المبدأ ذو الرقم: (٢١٨١) من المبادئ والقرارات: (ص ٥٣٩)، وينظر: المبدأ ذو الرقم: (٢١٦٧).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



إن هذه القرينة وردت بلفظها في نظام المعاملات المدنية، فقد نصت المادة العشرون بعد السبعمئة على أنه: «دون الإخلال بما تقضي به المادة (الأولى) من هذا النظام، تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تعارض فيه مع النصوص النظامية مع مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، وهي: ... القاعدة التاسعة: الأصل براءة الذمة» مما يدل على أهميتها وتأثيرها وسعة تطبيقها؛ إذ إنها مما يغطي بعمومها ما لم تتناوله النصوص النظامية الأخرى في نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثالث

أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية



الحكم الأول^(١):

الدعوى:

الحمد لله وحده وبعد، فلدي أنا (...) القاضي في المحكمة العامة بمحافظة جدة، وبناء على المعاملة المحالة لنا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة برقم: ٣٢٢٩٥٩٢٣، وتاريخ: ١٩/٠٧/١٤٣٢هـ، المقيدة بالمحكمة برقم: ٣٢٩٠٧٥٨٠ وتاريخ: ١٨/٠٧/١٤٣٢هـ، ففي يوم الأربعاء الموافق: ٠١/٠٢/١٤٣٥هـ حضر (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...)، وحضر لحضوره (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم: (...)، وادعى المدعي قائلاً: إنني أملك محل أدوات كهربائية رقمه: (...) في سوق (...) التجاري وقد قام المدعى عليه بالدخول فيه بخفية وسرقة أسلاك كهربائية ١٠ ملم و٦ ملم وقام بتقطيع كيابل ٣٥ ملم وحاول سرقتها لكن لم يتمكن من ذلك، وتقدر قيمة الأسلاك المسروقة بمبلغ قدره: اثنان وثلاثون ألف ريال، أطلب إلزام المدعى عليه بتسليم قيمة الأسلاك وقدرها: اثنان وثلاثون ألف ريال، هكذا ادعى.

(١) هو الحكم ذو الرقم: (١٣١) من الأحكام الواردة في مجموعة الأحكام القضائية لعام: ١٤٣٥هـ: (٢/٢٠٥-٢٠٧).

الإجابة:

وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً: ما ذكره المدعي غير صحيح، والصحيح أنني أخذت سبع مكرات أسلاك كهربائية ٦ ملم فقط واطلب رد دعوى المدعي وإخلاء سبيلي منها، هكذا أجاب.

المرافعة:

ثم أضاف المدعي قائلاً: إن قيمة المكرة الواحدة ٦ ملم بثلاثمائة وخمسين ريالاً، هكذا أضاف، وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً: صحيح قيمة المكرة الواحدة بثلاثمائة وخمسين ريالاً، هكذا أجاب، وبسؤال المدعي عن بيئته أجاب قائلاً: ليس لدي بيعة ولا أطلب يمينه على نفي دعواي لأنه يحلف ولا يبالي، هكذا أجاب.

الأسباب:

فبناء على ما سلف، ولأن المدعى عليه قد أقر بسرقة سبع مكرات أسلاك كهربائية وأنكر ما سوى ذلك، ولم يقدم المدعي بيعة تؤيد دعواه، ولأن الأصل براءة الذمة، ولقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادْعَى أَنَا سِوَا دِمَاءِ قَوْمٍ وَأَمْوَالِهِمْ لَكِنَّ الْبَيْعَةَ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١)، ولأن طرفي النزاع تصادقا على أن قيمة المكرة الواحدة ثلاثمائة وخمسون ريالاً، لذلك كله

(١) سبق تخريجه.

الحكم:

فقد ألزمت المدعى عليه أن يسلم للمدعي مبلغاً قدره: ألفان وأربعمائة وخمسون ريالاً، وبه حكمت، وأفهمت المدعي بأن له يمين المدعى عليه بهذه الصيغة: (أقسم بالله العظيم الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور أنني لم أسرق من محل المدعي سوى سبع مكرات أسلاك كهربائية ٦ ملم ولم أقم بتقطيع الكيابل ٣٥ ملم التي في محل المدعي) متى طلبها، وقد استعد المدعى عليه بذلها عند طلبها، وإعلان الحكم عليهما قرر المدعى عليه قناعته بالحكم، وقرر المدعي اعتراضه بدون تقديم لائحة وأمرت برفع كافة أوراق المعاملة لمحكمة الاستئناف حسب التعليمات، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: ١٤٣٥ / ٠٢ / ٠١ هـ.

الاستئناف:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد، فنحن قضاة الاستئناف بالدائرة الجزائية السادسة بمحكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة جرى منا الاطلاع على المعاملة الواردة من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة المكلف برقم (٣٢٩٠٧٥٨٠)، وتاريخ: (١٣ / ٢ / ١٤٣٥ هـ)، المرفق بها الصك الصادر من فضيلة الشيخ (...)، القاضي بالمحكمة العامة بجدة برقم: (٣٥١٣٤١٢٥)، وتاريخ: (١ / ٢ / ١٤٣٥ هـ) المتضمن دعوى المدعي (...). سعودي الجنسية ضد (...). سعودي الجنسية المتهم في سرقة، المحكوم فيه بما دون بباطنه،

وبدراسة الصك وصورة ضبطه تقرر الموافقة على الحكم. والله الموفق،
وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أثر القرينة على الحكم القضائي:

يظهر أثر القرينة في هذا الحكم واضحاً جلياً؛ إذا اعتبرها ناظر القضية،
ونص عليها في أسباب الحكم، ورجح بها جانب المدعى عليه على جانب
المدعى الذي طلب ما لم يستطع إثباته ولم يقر به المدعى عليه، فحكم
القاضي بما أقر به المدعى عليه وردد دعوى المدعى بما لم يقر به المدعى عليه.

الحكم الثاني^(١):

الدعوى:

الحمد لله وحده وبعد، فلدى رئيس المحكمة، وبناء على الدعوى
المقامة من المدعى... ضد المدعى عليه... افتتحت الجلسة بحضور...
المدعى ولم يحضر المدعى عليه وقد وردت الإفادة الإلكترونية متضمنة
تعذر التبليغ وقد ورد خطاب محافظة القرى برقم ٢٢٢٧٢ وتاريخ
٢١/٧/١٤٤٠هـ والمتضمن ما نصه: (نفيد فضيلتكم بأنه تم الكتابة لشرطة
محافظة القرى بموجب خطابنا رقم: ١٤٠٧/١٤٥١ في ١٤٤/٦/٢٦هـ
ووردنا خطابهم رقم: ٢٦/١٥/٢٥٥٤، في: ١٨/٠٧/١٤٤٠هـ، وكامل
مشفوعاته المتضمن بأن الوافد المذكور هارب من كفيله ومبلغ عنه (متغيب
عن العمل) وغير متواجد بالمنطقة وعليه تعميم بالقبض وإيقاف خدمات
ومنع من السفر من عدة محاكم ومنها محكمة المندق والقرى وجدة) أ. هـ،

(١) هو الحكم الصادر من الدائرة العامة الأولى بمحافظه القرى برقم: ٤٠١٢٨٧٢١٣،
وتاريخ: ٠٨/١٠/١٤٤٠هـ.

وبناء على المادة السابعة والخمسين من نظام المرافعات الشرعية فقد قررت السير في الدعوى غيابياً وبسؤال المدعي عن دعواه أجاب قائلاً: إني اتفقت مع المدعى عليه على عدة مشاوير داخل منطقة الباحة في عام: ١٤٣٥ هـ وقد أوصلته فيها ودفع ما أوصلته في عام: ١٤٣٥ هـ ولم يدفع ما أوصلته من مشاوير في عام ١٤٣٦ هـ وقد بلغ مجموع ما أستحقه لقاء هذه المشاوير مبلغاً وقدره ثلاثة آلاف ريال أطلب إلزام المدعى عليه بتسليمي هذا المبلغ حالاً هكذا ادعى.

المرافعة:

فجرى بسؤال المدعي البينة على دعواه أجاب قائلاً: لا بينة لدي هكذا أجاب، فأفهمته أن له يمين المدعى عليه على نفي دعواه، فقرر قائلاً: إني أطلبها هكذا قرر.

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من الدعوى؛ ولأن المدعي لم يقدم بيينة؛ ولتغيب المدعى عليه وعدم تبلغه؛ ولقوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)**.

الحكم:

لذا فقد حكمت الدائرة ببرد دعوى المدعي وأفهمته أن له يمين المدعى عليه متى حضر وجرى تحديد يوم الأربعاء بتاريخ: ١٠/٩/١٤٤٠ هـ لاستلام نسخة من صك الحكم وبناء على المادة الخامسة والستين بعد المائة

(١) سبق تخريجه.

والمادة السابعة والسبعين بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية ولائحتهما أفهمت الدائرة أطراف الدعوى بأن مدة الاعتراض وطلب تدقيق الحكم ثلاثون يومًا من اليوم التالي للتاريخ المحدد بعاليه لاستلام صورة صك الحكم بناء على المادة التاسعة والسبعين بعد المائة ولائحتها من ذات النظام، وبأنه إذا لم يقدم مذكرة خلال هذه المدة فإن حقه في طلب الاستئناف يسقط، ويجب رفعه لمحكمة الاستئناف؛ كون الحكم غيايبًا، وأقفلت الجلسة ونطق الحكم الساعة ١١:٠١.

الاستئناف:

وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف بمنطقة الباحة مرفقًا بها قرار قضاة الدائرة الحقوقية والأحوال الشخصية الثانية ذو الرقم: ٤٠٢٣١٨٠٤، في: ٢٣/١٠/١٤٤٠هـ المتضمن الموافقة على الحكم.

أثر القرينة على الحكم القضائي:

قرينة: **(الأصل براءة الذمة)**، وإن كانت لم تذكر في نص الأسباب إلا أن مراعاتها وأثرها ظاهر من جهتين:

الأولى: أن ناظر القضية ذكر في أسباب القضية الحديث الذي استدل به واعتمد عليه كثير ممن ذكر القرينة كما سبق بيان ذلك.

الثانية: أن ناظر القضية ذكر في الأسباب عدم تقديم المدعي البينة وهذا أخذ براءة الذمة؛ إذ لولا الأخذ براءة الذمة لم يُحتج إلى البينة.

الفصل الثاني

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)

وفيه تمهيد، وخمسة مباحث:

المبحث الأول: اختلاف القابض والمقبوض منه في ثابت في الذمة أنه المأخوذ، والعين لم تخرج من يد القابض.

المبحث الثاني: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قدر الأجل أو مضيه.

المبحث الثالث: اختلاف المحيل والمحتال في الحوالة أو الوكالة.

المبحث الرابع: اختلاف العامل ورب المال هل هو قرض أم قراض بعد الربح؟

المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: صيغ القرينة.

المطلب الثالث: أركان القرينة.

المطلب الرابع: شروط القرينة.

المطلب الخامس: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) مكونة من ثلاث مفردات رئيسية، وهي: (الأصل)، و(بقاء)، و(ما كان)، وفيما يأتي بيانها:

المفردة الأولى: (الأصل):

وقد سبق بيان تعريفها والمراد منها في التمهيد، وهو المقصود هنا، وهو

القاعدة المستمرة

المفردة الثانية: (بقاء):

فتعريفها لغةً: أنها مصدر الفعل (بَقِيَ)، وقال فيه ابن فارس: «الباء والقاف

والياء أصل واحد، وهو الدوام... وهو ضد الفناء...»، وفي لغة: بَقِيَ يَبْقَى (١)،

ويقال: أَبْقَاهُ وَبَقَّاهُ وَتَبَّقَّاهُ وَاسْتَبَقَّاهُ، والاسم البَقْوَى والبُقْيَا والبِقِيَّة، وقد توضع

الباقية موضع المصدر (٢).

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (بقي): (١/٢٧٦).

(٢) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (بقي): (٢/١٢٩)، القاموس المحيط؛ مادة: (بقي):

(ص ١٢٦٣).

اصطلاحًا: لا يخرج المعنى المراد بهذه المفردة في هذه القاعدة عن المعنى اللغوي من الثبوت والدوام^(١).

المفردة الثالثة: (ما كان):

فأما (ما) هنا موصولة بمعنى: الذي، وقد يقال بأنها مصدرية؛ ويؤيده أن (كان) هنا تامة^(٢) بمعنى (حدث ووقع)^(٣).

وأما (كان) لغةً: فأصلها من الكون - إذ هو مصدرها -، قال فيه ابن فارس: «الكاف والواو والنون أصل يدل على الإخبار عن حدوث شيء، إما في زمن ماضٍ أو زمن راهن. يقولون: كان الشيء يكون كونه إذا وقع وحضر»^(٤)، وتدل (كان) على خبر في وسط الكلام وآخره، و(كان) هذه تامة، وهي بمعنى: وُجِدَ واستقرَّ، فتدل على حدوث الشيء ووقوعه^(٥).

(١) ينظر: المفصل في شرح القواعد الفقهية: (ص ٢٨٧)، المتع في شرح القواعد الفقهية: (ص ١٢٤).

(٢) (كان) التامة: هي التي استغنت بمرفوعها؛ لأن (كان) من الأفعال الناقصة التي ترفع المبتدأ وتنصب الخبر، فإذا اكتفت بمرفوعها كانت تامة. ينظر: أوضح المسالك مع عدة السالك: (٢٢٨/١).

(٣) المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٨٧).

(٤) مقاييس اللغة؛ مادة: (كون): (١/١٤٨).

(٥) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (كون): (١٣/١٣٧)، وما ذكر من أن كان التامة تدل على حدوث الشيء ووقوعه، بخلاف الناقصة، فهي ما دل على الزمن دون الحدث، مع ما ذكر سابقاً من أنها ما اكتفت بمرفوعها، قولان عند النحاة: الأول اختاره جمع منهم، والثاني اختاره ابن مالك صاحب الألفية ومن وافقه. ينظر في تفصيل ذلك: شرح التسهيل؛ لابن مالك: (١/٣٣٨-٣٤١).

اصطلاحًا: لا يبعد المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فالمقصود من (كان) هنا: حدث ووقع^(١).

ويلحظ أن (ما كان) تكررت في هذه القرينة مرتين^(٢):

فالمرة الأولى - وهي: (بقاء ما كان) - يقصد بها: ثبوت الأمر في الزمان الحاضر.

والمرة الثانية - وهي: (على ما كان) - يقصد بها: ثبوت الأمر في الزمن الماضي.

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة كمركب إضافي:

أن الأمر الذي ثبت في الزمن الماضي يحكم بدوامه في الزمن الحاضر أو التالي، نفيًا وإثباتًا، فإذا كان منفيًا في الزمن الماضي، فهو منفي في الزمن الحاضر، وإذا كان ثابتًا في الزمن الماضي، فهو ثابت في الزمن الحاضر^(٣)، وهذه القرينة بهذا المعنى أوسع من القرينة السابقة؛ فإن هذه القرينة في النفي والإثبات بخلاف القرينة السابقة، فهي في النفي فقط^(٤).

(١) المفصل في شرح القواعد الفقهية: (ص ٢٨٧).

(٢) المتمع في القواعد الفقهية: (ص ١٢٤).

(٣) المفصل في شرح القواعد الفقهية: (ص ٢٨٧)، ووجدت بعض من شرح هذه القرينة إجمالًا، أضاف: (ما لم يرد دليل ينقل عن هذا البقاء أو الدوام)، وهذا وإن كان صحيحًا ولا إشكال فيه - كما سبق ذكر شيء من أحكامه في المبحث الأخير من التمهيد - إلا أن القاعدة لا تدل عليه، ولعلمهم إما أرادوا بيان القاعدة ببيان ما يرد عليها من استثناء، أو راعوا إحدى صيغ القرينة الآتي ذكرها - إن شاء الله تعالى -، والتي ذكر فيها هذا القيد. ينظر في ذلك مثلاً: المتمع في القواعد الفقهية: (ص ١٢٤)، القواعد الكلية: (ص ١٤٣)، القواعد الفقهية الكبرى: (ص ١١٣-١١٤).

(٤) ولكنني قدمت السابقة مراعاة لترتيب ورودها في كشف القناع.

فإذا اختلف المتداعون في ثبوت أمر أو بقاءه، فإن من تمسك ببقاء الحال على ما كانت عليه قبل اختلافهما وادعاه؛ فإن قوله مقدم وجانبه مرجح.

المطلب الثاني

صيغ القرينة



إن هذه القرينة مثل سابقتها إحدى القواعد الفقهية المندرجة تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، وقد وردت بصيغ متعددة بعضها نص على شرط لتطبيق القاعدة، وبعضها لم ينص عليه، فالتى لم تنص على شرط هي:

- صيغة القرينة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»^(١).

- «الظاهر بقاء ما كان على ما كان»^(٢).

- «الأصل والغالب استصحاب ما كان على ما كان»^(٣).

- إطلاق دليل الاستصحاب^(٤) على هذه القاعدة^(٥).

(١) الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: (ص ٤٩)، شرح المنهج المنتخب: (٥٧٨/٢)، الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: (١/١٥٢)، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة: (٧/٨٦)؛ ضمن مجموع مؤلفات الشيخ العلامة: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، ولكنه أضاف إليها القاعدة الأم فقال: «الأصل بقاء ما كان على ما كان، واليقين لا يزول بالشك».

(٢) تبين الحقائق: (٦/١٨٥).

(٣) ينظر: البهجة شرح التحفة: (٢/٣٦٥)، معلمة زايد: (٦/٣٩٢).

(٤) وهو: عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير. التعريفات: (ص ٤٠)، وينظر في التفصيل في تعاريفه وأقسامه: القاموس المين: (ص ٤٤-٤٩).

(٥) ينظر: المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب؛ للونشريسي: (٤/٤٢٥)، تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل؛ لابن تيمية: (٢/٦١٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: (ص ١٧٢).

- «إذا وقع الشك وجب بقاء ما كان على ما كان»^(١).
- «ما عرف بيقين لا يحكم بزواله بالاحتمال»^(٢).
- «ما كان الأصل وجوده أو عدمه، وشككنا في تغييره رجعنا إلى الأصل واطرحنا الشك»^(٣).
- «الأصل في الشيء الدوام والاستمرار»^(٤).
وأما الصيغ التي نصت على شرط فهي:
- «الأصل بقاء الأشياء على ما كانت حتى يدل الدليل على خلافه»^(٥).
- «الأصل البقاء ما لم يعرض المنافي»^(٦).
- «الأصل في كل متحقق دوامه ما لم يوجد ما ينفيه»^(٧).
- «الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين»^(٨).
- «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه، فإذا ثبت ملك شيء لأحد، يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله»^(٩).
- «ما عرف ثبوته بيقين لا يزال إلا بيقين مثله»^(١٠).

(١) معلمة زايد: (٣٩٢/٦).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية؛ للبورنو: (١٥٨/٩).

(٣) أسنى المطالب: (١٩١/١). (٤) العزيز شرح الوجيز: (١٧٠/١).

(٥) البهجة: (٤٣٢/٢). (٦) معلمة زايد: (٣٩٢/٦).

(٧) شرح مختصر الروضة؛ للطوفي: (١٥٨/٣).

(٨) إيضاح المسالك: (١٩٩). (٩) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم: (١٠).

(١٠) المبسوط: (١٣/٢٤).

- «ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه ما لم يظهر خلافه»^(١).
- «ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه ما لم يُتيقن زواله، أو إلى أن يتبين سبب زواله»^(٢).

- «ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه حتى يقوم دليل الزوال»^(٣).
- «ما عرف قيامه فالأصل بقاءه ما لم يعلم الهلاك»^(٤).
- «ما علم ثبوته فالأصل بقاءه ما لم يعرف المسقط»^(٥).
- «من عرف بشيء فهو عليه حتى تقوم بينة بخلافه»^(٦).
- وهناك بعض الصيغ لهذه القاعدة والتي تعبر عن بعض تطبيقات في بعض الأبواب ومن هذه الصيغ^(٧):

- «الأصل بقاء العقد».
- «الأصل بقاء الحياة».
- «الأصل بقاء الحق».
- «الأصل بقاء الملك».
- «الأصل بقاء النكاح»^(٨).

- (١) معلمة زايد: (٣٩١/٦).
- (٢) موسوعة القواعد الفقهية: (١٥٨/٩).
- (٣) المبسوط: (١٤٩/٢٩).
- (٤) معلمة زايد: (٣٩٣/٦).
- (٥) المبسوط: (١٣٦/٢٦).
- (٦) معلمة زايد: (٣٩١/٦).
- (٧) المرجع السابق: (٣٩١/٦، ٣٩٣-٣٩٤).
- (٨) المنثور: (١٩٠/١).

- «الأصل بقاء الطهارة»^(١).

وهذا الشرط الذي يفهم من هذه الصيغ هو عدم معارضة هذا الأصل - وهو بقاء ما كان على ما كان - ما هو أقوى منه، وقد مر في المبحث الخامس من التمهيد التفصيل في هذا الأمر وذكر شروطه وأمثله مما يغني عن إعادته هنا.

وأما الصيغة المستخدمة في الاستدلال بهذه القرينة، فيكون بما سبق خصوصاً النوع الأخير من الصيغ، وأما في المسائل المذكورة في البحث، فيكون بذكر بعض القرينة؛ مثل: (لأن الأصل بقاءه في ذمته)^(٢)، أو (لأن الأصل بقاء الأجل)^(٣)، ونحو ذلك.

(١) المجموع: (١٨/٢).

(٢) كشف القناع: (٣/٢٢٧).

(٣) المرجع السابق: (٣/٢٩٩).

المطلب الثالث أركان القرينة



إن هذه القرينة مكونة من ركنين، ولا تكون موجودة إلا بهما، وهذان الركنان هما^(١):

أولاً: وجود الشيء أو نفيه؛ وهو الحال السابق من الإثبات أو النفي؛
فإن هذه القاعدة تطبق على هذه الشيء الذي ثبت وجوده أو ثبت
نفيه سابقاً.

ثانياً: بقاء ما كان سابقاً:

فما ثبت وجوده أو نفيه في الزمن السابق، فهو باق إلى الزمن التالي؛ لأن
هذا هو الأصل، ما لم يوجد عارض أو دليل يكون أقوى من هذا الأصل،
فيقدم عليه.

وهذا الركن هو الأهم؛ إذ هو الحكم على الركن الأول؛ لذا اكتفي به
بعض العلماء كما سبق التنويه إلى ذلك.

(١) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٨٨).

المطلب الرابع

شروط القرينة



إن لهذه القرينة شروطاً خاصة بها - إضافة إلى الشروط العامة المذكورة في المبحث الخامس من التمهيد - إذا لم تتوفر لم يمكن تطبيقها والاحتجاج بها، وهذه الشروط هي^(١):

الشرط الأول: أن يقوم الدليل على ثبوت الأمر أو نفيه في الزمن الماضي:

وعليه فإذا لم يثبت وجود الشيء أو نفيه في الزمن الماضي، فلا يمكن تطبيق هذه القاعدة؛ إذا لا يمكن الحكم ببقاء الشيء أو نفيه، إذا لم يثبت ذلك في الزمن الماضي، وعليه يتتفي الركن الثاني من القاعدة.

الشرط الثاني: أن لا يكون ثبوت الأمر أو نفيه في الزمن الماضي على سبيل الوهم والتخمين:

ولعل هذا الشرط يمكن أن يكتفى بالشرط الأول عنه؛ فإن ما قام الدليل على وجوده أو نفيه لم يكن - الثبوت أو النفي - قائماً على التخمين والوهم.

الشرط الثالث: أنه يشترط في الاحتجاج بهذه القرينة على ثبوت الشيء وبقائه: أن يكون فيما يحتمل البقاء^(٢):

وأما ما لا يحتمل البقاء فلا يحتج بهذه القرينة عليه؛ لأن العقل والحال والواقع يكذبه، وهذه أقوى أدلة من التمسك بهذا الأصل. مثال ذلك: لو

(١) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٨٨-٢٨٩) في الشرط الأول والثاني.

(٢) معلمة زايد: (٦/٣٩٨-٣٩٩).

اختلف الغاصب والمغصوب منه في بقاء العين المغصوبة - إذا كانت طعاماً مما يسرع تلفه -، فهنا لا يحتج بهذه القرينة؛ لأن الحال والواقع يكذبها ويردها، ويشهد لمن يقول بتلفه.

المطلب الخامس المستند الشرعي للقرينة



إن هذه القرينة كما سبق أعم من القرينة السابقة، وعليه يمكن الاستدلال بأدلتها على صحة هذه القرينة والاعتداد بها في جانب النفي، وأن الأصل بقاء براءة الذمة كما كانت، وكذلك هذه القرينة إحدى القواعد المندرجة تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، بل إن بعض الفقهاء^(١) جعل هذه القرينة هي القاعدة الكبرى في المعنى، وجعل أدلتها أدلة لهذه القرينة^(٢)، وهذا سيتبين - إن شاء الله تعالى - من ذكر الأدلة التالية، وهي:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله - تعالى - توعد من سمع الكلام السيئ القائم على الشكوك، ثم قام بإشاعته ونشره؛ بأن له عذاباً أليماً في الدنيا والآخرة، وفي ذلك نهى عن الانتقال عن اليقين بهذا الكلام المشكوك فيه حتى يحصل

(١) ينظر المجموع المذهب: (١/٣٠٣)، الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/١٣)، القواعد؛ للحصني: (١/٢٦٨-٢٧٠).

(٢) ولكن هذا وإن كان يقبل في أكثر الأدلة إلا أن هناك أدلة انفردت بها هذه القرينة خصوصاً، ولكنها تدخل في أدلة القاعدة الأم؛ كونها متفرعة عنها، وتدلل على القاعدة الأم دلالة غير صريحة.

(٣) سورة النور، الآية (١٩).

يقين يزيل اليقين الأول، فيكون فيه الأمر بإبقاء اليقين كما كان حتى يزيله يقين مثله^(١).

ثانياً: من السنة:

١- أنه سُكِيَ إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرجل، يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»^(٢).

٢- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا أرسلت كلبك فاذا ذكر اسم الله، فإن أمسك عليك فأدر كته حياً فاذبحه، وإن أدر كته قد قتل ولم يأكل منه فكله، وإن وجدت مع كلبك كلباً غيره وقد قتله فلا تأكل، فإنك لا تدري أيهما قتله، وإن رميت سهمك فاذا ذكر اسم الله، فإن غاب عنك يوماً فلم تجد فيه إلا أثر سهمك، فكل إن شئت، وإن جدته غريباً في الماء فلا تأكل»^(٣)، وفي حديث آخر: «... فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك»^(٤).

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث: أن هذه الأحاديث تضمن تطبيقاً لهذه القرينة في ترجيح أحد الجانبين؛ فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجح جانب الطهارة على جانب الحدث؛ لأنه الحال السابق والأصل بقاؤه، وكذلك رجح جانب الحظر في الصيد على جانب الإباحة؛ لأنه الأصل في الذبائح، وقد شك في

(١) ينظر: الاستدلال للقواعد الفقهية من القرآن الكريم؛ لعبد المجيد المالک: (ص ١٣٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الذبائح والصيد، باب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة: (٤٠٧/١)، برقم: (٥٤٨٤)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان: (ص ٧٤٦)، برقم: [٤٩٨١] -٦.

(٤) رواه مسلم في صحيحه في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان: (ص ٧٤٦)، برقم: [٤٩٨٢] -٧.

تحققه، فكان الترجيح للحكم الموافق للأصل بإبقاء حكم الصيد على ما كان من الحظر قبل ورد الشك^(١).

ثالثاً: فعل الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ:

عن سهل بن سعد، قال: أنزلت: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ﴾، ولم ينزل ﴿مِنَ الْفَجْرِ﴾^(٢)، فكان رجال إذا أرادوا الصوم ربط أحدهم في رجله الخيط الأبيض والخيط الأسود، ولم يزل يأكل حتى يتبين له رؤيتهما، فأنزل الله بعد: ﴿مِنَ الْفَجْرِ﴾، فعلموا أنه إنما يعني الليل والنهار^(٣).

وجه الاستدلال: أن بعض الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ بنوا على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان امتداد حل أكلهم إلى أن يبين لهم الخيطان اللذان في رجلهم؛ لأن الأصل بقاءه إلى الغاية المذكورة في الآية، ولم ينكر عليهم هذا البناء حتى ورد الدليل الناقل عن هذا الأصل^(٤).

رابعاً: الإجماع:

فقد أجمع العلماء على الاعتداد ببقاء ما كان على ما كان^(٥).

(١) ينظر: إعلام الموقعين: (٣/ ١٠١)، أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية: (ص ٣٨٨).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٨٧).

(٣) رواه البخاري - واللفظ له - في كتاب الصوم، باب قول الله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصِّيَامَ إِلَى الْيَلِّ﴾:

(١/ ٥٦٦)، برقم: (١٩١٧)، ومسلم في صحيحه في كتاب الصوم: (ص ٣٨٤)، برقم: [٢٥٣٥] -٣٥).

(٤) ينظر: أدلة القواعد الفقهية من السنة النبوية: (ص ٢٥٧-٢٥٨).

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: (ص ٤٩)، المعيار المعرب والجامع المغرب:

(٤/ ٤٢٥)، المجموع المذهب: (١/ ٣٠٣، ٣٠٤)، تنبيه الرجل العاقل على تمويه =

خامساً: المعقول:

١- أن أمور الدين والدنيا إنما تتم بإبقاء ما كان على ما كان؛ فإن الإنسان يبعث أمواله في الطرقات، ويركب البحار، ويرسل إلى أصدقائه الغائبين، ويشهد بدين على من أقر به قبل الشهادة، ولو لا التمسك بهذا الأصل لما جاز فعل شيء من ذلك؛ لأن جواز التغيير ممكن^(١).

٢- «أن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير، وذلك لأن الباقي لا يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل ومقارنة ذلك الباقي له كان وجوداً أو عدماً، وأما التغيير فمتوقف على ثلاثة أمور؛ وجود الزمان المستقبل، وتبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود، ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان، ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين لا غير أغلب مما يتوقف على ذينك الأمرين وثالث غيرهما»^(٢).

= الجدل الباطل؛ لابن تيمية: (٦١٣/٢)، إعلام الموقعين: (١٠٢/٣)، وجعل الأخير الإجماع خاصاً بنوع: (استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه) بخلاف المرجع الأول فلم يخص الإجماع في بعض أنواع الاستصحاب، على أن الأصوليين يذكرون الخلاف في حجية الاستصحاب، (ينظر: الأحكام؛ للامدي: (١٥٥/٤) وما بعدها، التحير: (٣٧٥٣-٣٧٦٢/٨))، فعلى هذا يكون هذا الإجماع فيه نظر، ولكن قد يقال: إن الإجماع على بعض أنواع الاستصحاب دون بعضها؛ كما فصل ذلك ابن القيم **رَحْمَةُ اللَّهِ فِي إِعْلَامِ الْمَوْقِعِينَ**: (١١٥-٩٩/٣/١)، أو أن الإجماع المحكي هو الإجماع العملي، وأما الخلاف فهو في التنظير والتأصيل؛ لأن من حكى الإجماع ذكر حال الناس وواقعهم في تطبيقه وإعماله، فينظر تحقيق ذلك، وينظر: معلمة زايد: (٤٠٠/٦).

(١) ينظر: تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل؛ لابن تيمية: (٦١٣/٢)، الأحكام في أصول الأحكام؛ للامدي: (١٥٦/٤).

(٢) الإحكام؛ للامدي: (١٥٧/٤).

المبحث الأول
اختلاف القابض والمقبوض منه في ثابت
في الذمة في كونه المأخوذ، والعين لم
تخرج من يد القابض^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على
هذه المسألة.

(١) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٨)، كشف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح
المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٢١٥).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا دفع أحد المتعاملين الحق الثابت في الذمة - من ثمن مبيع وقرض وسلم وأجرة وغير ذلك - لمستحقه ثم أراد المستحق رد المقبوض لعيب فيه، فاختلف القابض - وهو المستحق - والمقبوض منه - وهو من ثبت الحق في ذمته - في تعيين العين المأخوذة سابقًا عن الحق الثابت في الذمة، فقال القابض: هي العين التي دفعتها، وقال المقبوض منه: بل هي غيرها، وكانت العين لا تزال في يد القابض، فمن يقدم قوله إذا خلا الجانبان من الشهادة أو الإقرار أو كان ذلك من الجانبين وقيل بتساقطها؟

حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق الفقهاء^(١) - الذين نصوا على هذه المسألة - على أن من قبل قوله في هذه المسألة فإنما يقبل بيمينه.

ثانياً: اختلفوا بعد ذلك على قولين:

(١) ينظر: فتح القدير مع العناية: (٥/١٥٠)، البحر الرائق: (٦/١٠١)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٩-١٧٠)، كشاف القناع: (٣/٢٢٧).

القول الأول: أن القول قول المقبوض منه، وهو مذهب الحنفية^(١)، ووجهه عند الشافعية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن القابض يدعي ثبوت حق الفسخ له في الذي أحضره، والمقبوض منه ينكر، فيكون القول قول المنكر^(٣).

٢- أن الأصل السلامة، وقول القابض على خلاف هذا الأصل فلا يقبل^(٤).

٣- القياس على الاختلاف في تعيين المبيع المردود بالعيب في بيع المعين، فكما يقبل قول المقبوض منه في تعيينه، فيقبل في هذه المسألة^(٥).

ونوقش: بالفرق بين بيع المعين والموصوف في الذمة بأن بيع المعين اتفق طرفاه على قبض محل العقد، وتنازعا في سبب الفسخ، فيكون القول قول الدافع؛ لأن الأصل بقاء العقد، وذلك بخلاف الموصوف في الذمة، فلم يتفقا على قبض محل العقد^(٦).

(١) ينظر: فتح القدير مع العناية: (٥/١٥٠)، البحر الرائق: (٦/١٠١) أخذًا بعموم أن القول قول البائع في تعيين المردود بخيار العيب.

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٧٩-٥٨٠)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٩-١٧٠).

(٣) ينظر: فتح القدير مع العناية: (٥/١٥٠).

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٧٩).

(٥) ينظر: المرجع السابق: (٣/٥٨٠)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٩-١٧٠).

(٦) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٨٠).

القول الثاني: أن القول قول القابض، وهو الصحيح من مذهب الشافعية^(١)، ومذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن الأصل بقاء الحق في ذمة الدافع، حتى يتيقن وجود قبض صحيح، ولم يتيقن^(٣)؛ إذ لم يتفقا عليه، ولم يثبت، فيبقى الحق في ذمة الدافع، ويقبل قول القابض؛ لأنه مؤدٍ إلى هذا الأصل، ومعتضد به.

ويستدل لهذا القول: بأن الدافع يدعي براءة ذمته بهذا الدفع، والمدعي ينكر ذلك، فيكون القول قول المنكر.

ولم أجد للمالكية نصاً في هذه المسألة، ولكن وجدت نصوصاً في مسألتين قريبتين من المسألة محل البحث، الأولى: هي ما نصه: «وقال: لا يجوز سلم الدنانير والدرهم جزافاً، إذا كانت العادة بيعها عدداً، فإن نزل فسح، وإن اختلفا بعد الفسخ في المقبوض، فقال القابض: وجدت فيه مائة، وقال الدافع: كان مائتين أو قدر ذلك ولم أزنه، كان القول قول المسلم إليه إذا أتى بما يشبهه، وإلا كان القول قول المسلم إذا أتى بما يشبهه، فإن أتيا جميعاً بما لا يشبه رد إلى الوسط مما يشبهه.»^(٤)، والثانية: هي ما نصه: «إذا قبض المشتري الطعام على تصديق البائع في كيله، ثم زعم أنه وجد ناقصاً، فإن شهدت بينة تصديقه رجع بالقبض مكيلاً، إن كان المقبوض طعاماً في الذمة أو طعاماً

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٧٩-٥٨٠)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٩-١٧٠)، تحفة المحتاج: (٤/٤٨٤-٤٨٥).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٢١٥).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٨٠)، نهاية المحتاج: (٤/١٧٠)، تحفة المحتاج:

(٤/٤٨٥)، كشاف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٢١٥).

(٤) التبصرة: (٧/٢٩٧٠).

معيناً من صبرة قد بقي بعضها، وإن كان طعاماً قبض جميعه، فإنه يرجع بمقدار النقص ثمناً، وإن لم تشهد بينة بصدقه فإن القول قول البائع^(١)، وعليه يكون القول الأول أقرب إلى مذهب المالكية، أو يقال بالتفصيل الوارد في نص التبصرة، وتنزيله على المسألة محل البحث بأن يقدم قول الدافع إذا أتى بما يشبهه، وإلا كان القول قول القابض إذا أشبهه، وإذا لم يشبهها رداً إلى الوسط مما يشبهه.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو أنه لو عضد أحد الجانبين ظاهرٌ أو قرينة فإنه يقدم؛ كما لو كان الفرق بين ثمن السلعة - أو الثابت في الذمة - معيبة وسليمة كبير، وكان قول الدافع أو القابض يجعل الثمن لهذه السلعة هو الثمن المعتاد فإنه يقدم قوله بيمينه، فلو كان قول القابض أن السلعة المردودة هي المعيبة يناسب الثمن المدفوع بأن كان الثمن المدفوع هو ثمن المعيبة عادة، فيقدم قوله، أو لو كان قول الدافع أن السلعة المعيبة المردودة ليست هي المعطاة، وأنه أعطى سلعة سليمة، وكان الثمن موافقاً لهذه الدعوى عادة؛ بأن يكون هو ثمن السليمة لا المعيبة، فيقدم قوله، ونحو ذلك من مرجحات وقرائن لا تكاد تخلو منها واقعة.

وأما لو خلت من القرائن والظواهر المذكورة، فإن الثابت في الذمة إذا كان ناتجاً عن بيع أو نحوه من السلم والصرف، فيكون القول للبائع بيمينه،

(١) شرح التلقين: (٢/٣٢).

وإلا استحلّف المشتري وفسخ البيع؛ للحديث السابق الذكر^(١) في تقديم قول البائع إذا اختلف المتبايعان.

وأما إذا كان الثابت في الذمة ثابتاً عن غير ما سبق، فيكون القول قول القابض بيمينه؛ لأن يده على السلعة قرينة وظاهر يرجح جانبه مع ما سبق من أصول تعضده.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف في هذه المسألة تظهر من وجوه:

الأول: أن من رجح جانب القابض جعل القول له بيمينه، وقضى له بمقتضى قوله، ومن رجح قول الدافع المقبوض منه جعل القول له بيمينه، وقضى بمقتضى قوله.

الثاني: أن من جعل القول قول القابض جعل له خيار العيب، فيكون له الفسخ بشروطه، وأما من جعل القول قول الدافع المقبوض منه، فإنه يمضي العقد، ويلزم القابض بما قبضه، ما لم يثبت سبب آخر يوجب الفسخ.

الثالث: أن من قال القول قول القابض، فإنه يجعل له الحق في مطالبة الدافع بما في ذمته بعد فسخ العقد؛ لأن حقه ثابت في ذمة الدافع، ولم يوجد ما يسقطه، وأما من قال: إن القول قول الدافع المقبوض منه، فإنه لا يجعل هذا الحق للقابض، بل يبرئ ذمة الدافع من حق القابض بهذا الدفع.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو ما هو الأصل في هذه المسألة؟

(١) سبق تخريجه.

فمن قال: إن الأصل في هذه المسألة هو سلامة المقبوض وصحة العقد وعدم ثبوت خيار العيب قال بتقديم قول المقبوض منه -الدافع-، ومن قال: إن الأصل بقاء الحق في ذمة الدافع المقبوض منه حتى يوجد ويثبت قبض صحيح مبرئ، قال بتقديم قول القابض.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة



يظهر أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) واضحًا جليًا على هذه المسألة عند الشافعية والحنابلة؛ ذلك أنهم قدموا قول القابض فيها؛ لأن الأصل بقاء حقه في ذمة الدافع حتى يوجد قبض صحيح مبرئ، ولم يوجد، وهذا استدلال - بقرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) - في غاية الظهور.

كما أنه يظهر تعارض أصول وظواهر في هذه المسألة، فإن الإنكار أصل وقرينة يدل على كلا القولين؛ ذلك أن الدافع والمقبوض منه يدعي وجود قبض مبرئ ينبي عليه براءة ذمته، والقابض ينكر، فيكون القول له، وكذلك القابض يدعي ثبوت حق الفسخ له والمقبوض منه والدافع ينكر، فيكون القول قوله.

وكذلك عضد من قدم قول المقبوض منه والدافع جانبه بأن الأصل سلامة المقبوض من العيب، وعضد جانب مقدم قول القابض أن الأصل بقاء الحق في ذمة الدافع والمقبوض منه، وهو مستمسك القابض، فيكون القول قوله.

فكل من ترجح له أصل وقوي عنده قدمه.

المبحث الثاني
اختلاف المسلم والمسلم إليه في قدر
الأجل أو مضيه^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على
هذه المسألة.

(١) الإنصاف: (١٠٠/٥)، كشاف القناع: (٢٩٩/٣).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا اختلف المسلم والمسلم إليه فقال المسلم: إن أجل التسليم شهر، وقال المسلم إليه: إن أجل التسليم شهران، أو قال المسلم: إن أجل التسليم انقضى وحل موعده، وقال المسلم إليه: إن الأجل باق لم ينقض، وقدم كل منهما بينة من إقرار أو شهادة وقيل بتساقطهما، أو لم يكن مع أي منهما ذلك، فمن يقدم قوله؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال ستة:

القول الأول: أن القول في مقدار الأجل قول الطالب - وهو المسلم - يمينه، وأما المضي فالقول قول المطلوب يمينه - وهو المسلم إليه، وهو مذهب الحنفية^(١).

واستدلوا بالتالي:

١ - على تقديم قول المسلم في قدر الأجل: بأن الأجل حق المسلم إليه قبل المسلم؛ فإن باعتباره تتأخر مطالبته عنه، فالمسلم إليه يدعي زيادة في حقه والمسلم ينكر، والقول قول المنكر يمينه^(٢).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٧/١٠٨-١١٠)، المبسوط: (١٢/١٥٧)، البناء: (٨/٣٦٨).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٢/١٥٧).

٢- على تقديم قول المسلم إليه في الماضي بأمرين:

الأول: بأنهما تصادقا على ثبوت الأجل حقا للمطلوب المسلم إليه ثم المسلم يدعي توجه المطالبة، والمطلوب ينكر، فيكون المسلم إليه متمسكا بما كان ثابتا؛ ومنكرا قول المسلم، فيكون القول قوله^(١).

الثاني: أن المسلم يدعي تاريخا سابقا في العقد والمسلم إليه ينكر ذلك، والقول قول المنكر^(٢).

القول الثاني: أنهما يتحالفان في الاختلاف في مقدار الأجل، وهو قول زفر من الحنفية^(٣).

واستدل بالتالي:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا»**^(٤).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أو جب التحالف عند اختلاف المتبايعين دون التفريق بين الاختلاف في المعقود عليه أو بدله أو شرط ملحق بالعقد، ومن ذلك الاختلاف في الأجل فيتحالفان إذا اختلفا فيه^(٥).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (١٠٩/٧)، المبسوط: (١٥٧/١٢).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٥٧/١٢).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني: (١٠٨-١٠٩/٧)، البناية: (٣٦٨/٨).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ينظر: المحيط البرهاني: (١٠٩/٧).

ونوقش: بأن التحالف إنما يكون في الاختلاف في المعقود عليه أو الثمن؛ لأنهما الأمران اللذان يوجد بهما البيع، ولا يصح إلحاق شرط ملحق بالعقد عليهما لا قياساً ولا دلالة؛ لوجوه^(١):

الأول: أن الشارع علق وجوب التحالف بالمتبايعين، وهذا اسم مشتق من البيع، فيتعلق وجوب التحالف على ما يوجد به البيع: وهو المبيع والثمن، لا بالأجل ولا بشرط ملحق به؛ ذلك أن السلم بدون الأجل يكون سلمًا إلا أنه فاسد، بخلاف ما لو اختلفا في قدر المسلم فيه ورأس المال؛ لأنهما اختلفا فيما هو من صلب العقد الذي لا يوجد العقد بدونه.

الثاني: أن الشرط الملحق بالعقد دون المبيع والثمن.

الثالث: أنهما متبايعان اختلفا فيما يوجد العقد بدونه، فوجب أن لا يتحالفا؛ قياساً على ما لو اختلفا في الأجل والخيار في بيع العين.

الرابع: أن هذا الاختلاف لا يجعل العقد عقدين، فلذلك لا يجب التحالف بخلاف الاختلاف في رأس مال السلم أو قدر المسلم فيه؛ لأن ما يدعيه كل واحد منهما من العقد غير ما يدعيه صاحبه ولذا تحالفا.

الخامس: أن التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس عند الاختلاف في المعقود عليه أو بدله، والاختلاف في قدر الأجل بخلاف ذلك كما سبق، فلا يقاس عليه^(٢).

ويمكن أن يناقش أيضًا بما نوقش الاستدلال به سابقاً: بأن هذا حديث ضعيف لا تقوم به الحجة.

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: البناءة: (٨/ ٣٦٨).

٢- أنهما متبايعان اختلفا فيما لا يجوز العقد بدونه، فوجب أن يتحالفا قياساً على ما لو اختلفا في مقدار المسلم فيه أو قدر رأس مال السلم^(١). ولعله يمكن أن يناقش بما نوقش به الدليل السابق باستثناء أول وآخر وجه من المناقشة.

القول الثالث: إن كان الاختلاف في قدر الأجل، فإذا كان رأس المال قائماً لم يفت، فإنهما يتحالفاً ويتفاسخان، وإن فات رأس المال فإن القول قول المسلم إليه يمينه، إلا إن أتى بما لا يشبه^(٢)، فيكون القول قول المسلم يمينه، فإن أتى بما لا يشبه رُدّاً إلى الوسط مما يشبه في ذلك الأجل^(٣)، وأما الاختلاف في مضي الأجل فالمقدم قول المسلم إليه وهو مذهب المالكية^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- على تقديم قول المسلم إليه في قدر الأجل بعد فوات رأس المال: بأن المسلم إليه غارم، فيكون القول قوله^(٥).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (١٠٩/٧).

(٢) بأن لا يشبه أن يسلم مثل هذا الثمن في مثل هذه السلعة إلى الأجل الذي ذكره. ينظر: التبصرة: (٢٩٨٣/٧).

(٣) وهنا اختلف التبصرة عما ذكر في حاشية الصاوي، فما ذكر هو ما في التبصرة، وأما الذي في حاشية الصاوي، فإنها إذا أتى بما لا يشبه تحالفاً وتفاسخاً (بلغه السالك مع حاشية الصاوي: (٣/١٦١))، وقدمت ما في التبصرة كونها شرحاً والصاوي حاشية، كما أن نص التبصرة أصرح في هذه المسألة من نص الصاوي.

(٤) ينظر: التبصرة: (٧/٢٩٨٢-٢٩٨٣)، بلغه السالك وحاشيته للصاوي: (٣/١٦١).

(٥) ينظر: التبصرة: (٧/٢٩٨٣).

٢- وأما عدم قبول قوله إن لم يشبهه، وقبول المسلم إن أشبهه، فيستدل له: بأن القرينة والظاهر مكذب له ومصداق قول المسلم، فيكون القول له، وهذا سبب ردهما إلى الوسط؛ إذ هو ما يدل عليه العرف والقرينة.

٣- على تقديم قول المسلم إليه في المضي: بأن الأصل براءة ذمته، فكان القول قوله أنه لم يعقد السلم إلا من الوقت الذي حدده، وأن ذمته بريئة من أداء المسلم فيه إلا عند حلول الوقت الذي ذكره^(١).

القول الرابع: أن القول في مضي الأجل قول المسلم إليه بيمينه، وأما في قدره فيكون المقدم قول المسلم إليه بيمينه، فإن رضي المسلم وإلا حلف وتفاسخا، وهو مذهب الشافعية^(٢).

واستدلوا على تقديم قول المسلم إليه في مضي الأجل بالتالي:

١- أن الأجل في السلم حق البائع المسلم إليه، فإذا ادعى المسلم انقضاءه، فقد ادعى استحقاق المطالبة، والبائع المسلم إليه ينكرها فيكون القول قوله^(٣).

٢- أن اختلافهما في مضي الأجل مع اتفاقهما على قدره اختلاف في تاريخ العقد، فكان المسلم يدعي وقوعه في شهر والمسلم إليه ينكره، فيقدم قول المسلم إليه قياساً على ما لو اختلفا في أصل العقد فإن القول قول منكره، فكذلك هنا^(٤).

(١) ينظر: التبصرة: (٧/٢٩٨٣).

(٢) ينظر: الأم: (٣/١٣٦)، روضة الطالبين: (٣/٥٨٨)، أسنى الطالب: (٢/١٢٢).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٨٨).

(٤) ينظر: المرجع السابق: (٣/٥٨٨).

٣- أن القول قول المسلم إليه في أصل العقد، فكذلك يقدم قوله في صفته التي منها انقضاء الأجل وانتهاءه^(١).

ويمكن أن يستدل على التفصيل المذكور في قدر الأجل: بقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان»^(٢)**، وبقول ابن مسعود **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** في قضية اختلف فيها المتبايعان في الثمن: «حضرت رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أتى مثل هذا، فأمر البائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك»^(٣).

وجه الاستدلال: أن المسلم إليه هنا بائع لما في ذمته على المسلم، فيقدم قوله كما في الحديث، فإن قبل وإلا حلف المسلم وتفاسخا^(٤).

القول الخامس: أن القول قول المسلم إليه بيمينه، وهو مذهب الحنابلة في القدر، والصحيح من مذهبهم في المضي^(٥).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل بقاء الأجل، وعدم مضيه، وقول المسلم إليه موافق لهذا الأصل، في قدر الأجل بأن ما يدعيه المسلم ينبنى عليه انتهاء الأجل، فكان

(١) ينظر: أسنى المطالب: (١٢٢/٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه الدارقطني في سننه -واللفظ له-، في كتاب البيوع، (٥٩١/٢)، برقم: (٢٨٢٠/٦٢)، والبيهقي في سننه، في كتاب البيوع، باب اختلاف المتبايعين، (٥٤٣/٥)، برقم: (١٠٨٠٧)، وصحح الألباني معناه في إرواء الغليل: (١٧٢/٥).

(٤) ينظر: شرح سنن أبي داود؛ لابن رسلان: (٤٧٨/١٤، ٤٧٩)، الإفهام في شرح بلوغ المرام؛ للشيخ: عبد العزيز الراجحي: (٦/٢-٧).

(٥) ينظر: الإنصاف: (٢٦٥-٢٦٦)، كشاف القناع: (٢٩٩/٣)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٣٠٩).

القول للمسلم إليه؛ لأن قوله يلزم منه بقاء الأجل، وأما المضي فظاهر دلالة قول المسلم إليه على عدم مضي الأجل^(١).

٢- أن المسلم يدعي استحقاقه التسليم حالاً، والمسلم إليه ينكر ذلك، وهذا هو الأصل؛ إذ الأصل في الأمور العارضة العدم؛ فالأصل عدم استحقاق التسليم^(٢).

القول السادس: أنه لا يقبل قول المسلم إليه في المضي إلا في مكان سلمه، وهو قول عند الحنابلة^(٣).

ويستدل لهم: بأن المسلم إليه غارم، والقول قول الغارم، ومكان سلمه مكان غرمه فيكون أولى بالقبول من قبول قوله فقط لو كان غارماً.

الترجيح والموازنة:

يظهر من الأقوال السابقة أن الفقهاء متفقون على أن القول في المضي قول المسلم إليه بيمينه - إلا ما ورد في القول السادس -، ولم أجد دليلاً لهذا

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٩٩)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٣٠٩).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٣٠٩).

(٣) ينظر: الإنصاف: (١٢/٢٦٥-٢٦٦)، ونص الإنصاف: «فائدة: لو اختلفا في قدر الأجل، أو مضيه، ولا بينة، فالقول قول المدين، مع يمينه في قدر الأجل، على المذهب، ونقله حرب. وكذا في مضيه. على الصحيح من المذهب. جزم به في «المحرر» وغيره. وصححه في «الفروع». وقيل: لا يقبل قوله، ويقبل قول المسلم إليه، وهو المدين، في مكان سلمه. نقله حرب. وجزم به في «الفروع» وغيره، ونص الفروع: «ويقبل قول المسلم إليه في مكان تسليمه - نقله حرب - وقدر أجله، والأصح: وحلوه، قال أبو بكر: نقل حرب إن اختلفا في أجله قبل قول المسلم إليه» الفروع: (٦/٣٢٨)، وما أثبتته في البحث هو ما حاولت فهمه من نص الإنصاف بالجمع بين النفي الذي في أول القول والإثبات الذي في آخره، والأمر محتمل.

القول، وكذلك يظهر أن القول بتقديم قول المسلم إليه في قدر الأجل هو قول الجمهور، ولعل الراجح - والله أعلم - أنه إذا دلت القرينة على ترجيح قول أحدهما؛ كأن كان العرف في السلم بهذه السلعة يكون بهذا الأجل، أو أن القول بالمضي أو عدمه مخالف لما هو معتاد في بيع هذه السلعة سلمًا، أو مؤد إلى فسادها أو كسادها، فيكون القول لمن عضد جانبه نحو هذه القرائن، وأما إذا خلا جانبهما من مرجح فيكون القول المقدم قول المسلم إليه بيمينه، فإن قبل المسلم وإلا حلف وفسخ العقد؛ وذلك جمعًا بين الاعتداد بالقرائن وبين إعمال الحديث الوارد في أدلة القول الرابع في اختلاف المتبايعين، وهو وإن كان واردًا في البيع فإن السلم لا يبعد عنه كثيرًا بل هو أحد أنواع البيع، فهو بيع دين بعين، ولذا يجعله كثير من الفقهاء أحد أبواب كتاب البيع، والأخذ بالأشبه والأقرب بحديث رسول الله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أولى من غيره.

ثمره الخلاف:

ولعلها تظهر من وجهين:

الأول: أن من قال بتقديم قول أي من المسلم أو المسلم إليه، فإنه يلزم الطرف الآخر بالقول المقدم والمقبول أو مقتضاه، ويمضي العقد، وأما من قال بالتحالف أو بأنه يقبل قول المسلم إليه بيمينه فإن قبل المسلم وإلا حلف، فإنهما لا يمضيان العقد بل يفسخانه.

الثاني: أن من قال بأن القول للمسلم أو المسلم إليه، فإنه يقدم قوله ويرجحه على قول صاحبه، وأما من قال بأنهما يتحالفان، فإنه لا يرجح قول أحدهما على الآخر.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - تعارض أوجه قرينة الإنكار؛ فإن هذه القرينة تمسك بها كل رجح جانباً على آخر؛ وذلك أن المسلم منكر الزيادة التي يدعيها المسلم إليه في الأجل، والمسلم إليه منكر استحقاق المسلم التسليم في الوقت الذي يدعيه، والمسلم إليه أيضاً منكر الاتفاق على التسليم في الوقت الذي يدعيه المسلم، فمن رجح جانب المسلم إليه بما عضده من قرائن أخرى نحو: الغرم، وتمسكه بما يوافق براءة الذمة، ويوافق أن الأصل في الأمور العارضة العدم قدم قوله، ومن نظر إلى قوة القرينة التي عضدت جانب المسلم قدم قوله، ومن لم يترجح عنده جانب قال بالتحالف.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة



يظهر أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة من خلال ما ذكر في الدليل الأول للقول الخامس؛ فقد قدم الحنابلة قول المسلم إليه في قدر الأجل والمضي؛ لأن قوله مؤيد ومعتضد بهذه القرينة؛ لأن ما يدعيه المسلم ينبي عليه انتهاء الأجل، فكان القول للمسلم إليه؛ لأن قوله يلزم منه بقاء الأجل، وأما المضي فظاهر دلالة قول المسلم إليه على عدم مضي الأجل.

ويظهر هنا أيضًا تطبيق لتعارض القرائن؛ فإن المسلم إليه اعتضد جانبه بعدة قرائن، وهي: أنه غارم، وأنه منكر من وجهين:

الأول: أنه منكر استحقاق المسلم المطالبة في الوقت الذي يدعيه.

الثاني: أنه منكر وقوع الاتفاق على التسليم في الشهر الذي يدعي المسلم وقوعه فيه.

إضافة إلى قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، والأمر العارض في هذه المسألة استحقاق المسلم المسلم فيه في الوقت الذي يدعيه.

وأما المسلم فلا يعضد جانبه سوى إنكاره زيادة المدة التي يدعيها المسلم إليه.

المبحث الثالث
اختلاف المحيل والمحتال في الحوالة أو
الوكالة^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إذا كان اختلافهما في أصل العقد.

المطلب الثاني: إذا كان اختلافهما بعد اتفاهما على أن اللفظ الصادر من المحيل: (أحلتك).

(١) كشف القناع: (٣/٣٨٩).

المطلب الأول

إذا كان اختلافهما في أصل العقد



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المحيل وصاحب الحق المحتمل فيما تم بينهما من عقد مع اختلافهما في اللفظ الصادر من المحيل، فقال المحيل: «وكلتك»، وقال المحتمل: «بل أحلتني»، أو قال المحيل: «أحلتك»، وقال المحتمل: «بل وكلتني»، وثبت على المحيل دين المحتمل، وخلا قولهما عن بينة من شهادة أو إقرار، أو قدم كل منهما ذلك، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم ويقبل قوله منهما؟

حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق العلماء^(١) رَحِمَهُمُ اللَّهُ عَلَى أَنْ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِنَّمَا يَقْبَلُ بِيَمِينِهِ.

ثانياً: اختلفوا بعد ذلك على أقوال ثلاثة:

(١) ينظر: المبسوط: (٢٠/٥٧، ٧٣-٧٤)، روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، الشرح الكبير على المقنع: (١٣/١١٢).

القول الأول: أن القول المقدم قول المحيل بيمينه، وهو مذهب الحنفية تخريجاً^(١).

واستدل لهم: بأن الحوالة عقد ملزم، فلا يثبت على المحيل إلا بينة، ولا بينة هنا؛ فيكون القول للمحيل؛ لأن الأصل عدم الحوالة^(٢)، وهذا في المسألة الأولى، وأما المسألة الثانية فقد أقر المحيل بهذا العقد الملزم فيكون القول قوله.

القول الثاني: أن القول قول مدعي الوكالة بيمينه سواء كان المحيل أو المحتال بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤).

(١) فإن لم نجد لهم نصاً في هذه المسألة وما وجدته من نصوص يقصد به المسألة التالية، ولكن يمكن أن يقال: إن هذا مذهب الحنفية بناء على قولهم بقبول قول المحيل أن مقصوده بلفظ: (أحلتك) الوكالة - بعد اتفاقها على ذلك؛ فإن هذه المسألة أولى بأن يقولوا فيها بهذا القول؛ لاختلاف المحيل والمحتال في اللفظ الصادر من المحيل - وهو يدعي لفظ الوكالة -، فاحتمال قصده الوكالة أظهر من مسألة اتفاقهما على أن قول المحيل: (أحلتك)، واختلافها مع دعوى المحيل لفظ الحوالة مفهوم موافقة مساوٍ للمسألة المنصوص عليها. ينظر: المبسوط: (٢٠/٥٧، ٧٣-٧٤)، البناء: (٨/٤٩٠)، وهو ما نسبته إليهم الموسوعة الفقهية الكويتية: (١٨/١٨٥)، ولكن لم أجدهم نسبوه لمرجع حنفي. ينظر: التخريج عند الفقهاء والأصوليين؛ للدكتور: يعقوب الباحثين: (ص ٢٠٠)، تحرير المقال فيما تصح نسبته إلى المجتهد من أقوال؛ للدكتور: عياض السلمي: (ص ٢٣، ٢٤).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: (١٨/١٨٥).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦، ٢٣٧)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠، ٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٨-٢٣٩).

(٤) ينظر: الإنصاف والشرح الكبير على المنع: (١٣/١١٢-١١٣، ١١٨)، كشف القناع: (٣/٣٨٩)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٤٠٤-٤٠٦).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الوكالة تصح بلفظ الحوالة، فكان قول مدعيها محتملاً^(١).
- ٢- أن الأصل بقاء الحق في ذمة المحيل، وقول مدعي الحوالة يخالف هذا الأصل، وأما قول مدعي الوكالة فيوافقه وينكر دعوى مدعي الحوالة، فيكون القول قوله^(٢).
- ٣- أن المحيل إن ادعى الوكالة فإنه يضاف إلى ما سبق أمران:
الأول: أن هذا اللفظ صادر منه فيقبل قوله فيه؛ لأنه أعرف بنيته^(٣).
الثاني: أنه اختلاف في صفة الإذن فيكون القول قول المحيل؛ كما لو اختلفا في أصل الإذن^(٤).

القول الثالث: أن القول قول مدعي الحوالة سواء كان المحيل أو المحتمل، وهو قول عند الحنابلة^(٥) اختاره بعضهم.
ولم أجد لهذا القول دليلاً.

وأما المالكية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة إلا ما نصه: «وإذا جرى لفظ الحوالة وتنازعا فقال المحيل: وكالة أو سلف لم يقبل على الأصح»^(٦)،

- (١) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠).
- (٢) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣١)، كشف القناع: (٣/٣٨٩).
- (٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩).
- (٤) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩).
- (٥) ينظر: الإنصاف: (١٣/١١٣).
- (٦) التوضيح: (٦/٢٨٨، ٢٩٠-٢٩١)، ولم تذكر الموسوعة الفقهية الكويتية رأياً للمالكية في هذه المسألة رغم ذكرها رأيهم في المسألة التالية: ينظر: الموسوعة الفقهية: (١٨/١٨٥-١٨٧).

فيكون مفهومه: وإذا لم يتفقا على ورود لفظ الحوالة، فإنه يقبل قول المحيل أنها الوكالة.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إذا دلت القرائن على صدق أحدهما وكذب الآخر؛ بأن جرى التعامل بينهما على الحوالة أو الوكالة، فيقدم قول من عضده هذا الظاهر، أو كان أحدهما فقيراً والآخر غنياً مما يكذب بذلك قول مدعي الحوالة إذا كان الفقير، أو نحو ذلك، وأما إن خلا الجانبان مما يعتضدان به، فيقدم قول مدعي الوكالة؛ لأن الأصل براءة ذمة المحيل من دين الحوالة، وأما إذا ثبت، فيقدم قول مدعي الوكالة؛ لأن الأصل بقاء الدين على المحيل، فمن يدع انتقاله فعليه البيئته؛ ولأن الأصل براءة ذمة المحيل من عقد الحوالة الملزم، فيكون القول قول من يعضده هذا الأصل.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من وجوه:

الأول: أنه على القول بترجيح قول مدعي الوكالة، فإنه بحلفه، تندفع الحوالة، وبإنكار الآخر تبطل الوكالة، فيمنع المحتال من قبض المال من المحال عليه -، ويكون حق المحتال قبل المحيل ويرجع المحيل على المحال عليه على الصحيح من مذهب الشافعية إن كان المال باقياً، وقبضه المحتال^(١)؛ لأنه إن كان وكيلاً، فلا يزال حقه قبل المحيل، وأما إن كان

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠، ٤٣١).

محتالاً، فقد أخذ منه ماله ظلماً^(١)، وفي وجه عندهم^(٢): أنه ليس للمحتال مطالبة المحيل؛ لاعترافه ببراءة ذمة المحيل بالحوالة، وأن حقه على المحال عليه، وأما على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، فبحلفه يبرأ المحيل من حقه، ويكون للمحتال قبض حقه من المحال عليه^(٣).

الثاني: أنه إن كان المحال عليه قد دفع المال للمحتال، فإنه يبرأ؛ لأنه إما وكيل أو محتال، وعلى القول بتقديم قول مدعي الوكالة، فإنه يلزم المحتال تسليم ما قبضه للمحيل، وحقه عليه باق^(٤)، وأما على القول بتقديم قول مدع الحوالة فإنه لا يلزم المحتال تسليم ما قبضه للمحيل ويكون حقه قبل المحيل ساقطاً.

الثالث: أنه إن تلف المال بيد المحتال بعد قبضه بتفريط سقط حقه على القولين، وأما إن كان تلفها بغير تفريط، فعلى القول بتقديم قول مدعي الوكالة، فإنه لا يضمن، وليس له المطالبة بحقه؛ لأنه إما وكيل فهو أمين لا يضمن بغير تعد ولا تفريط، وإما محتال استوفى دينه بزعمه^(٥)، وقال بعض الشافعية^(٦): إنه يضمن لثبوت وكالته، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن، وأما على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، فإنه للمحتال أن يرجع بحقه على المحال عليه، وليس للمحيل الرجوع بحقه على المحال عليه.

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦-٢٣٧).

(٣) ينظر: المرجع السابق. (٤) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠).

(٥) ينظر: المرجع السابق: (٤/٤٣٠-٤٣١).

(٦) ينظر: المرجع السابق: (٤/٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩).

سبب الخلاف:

لم أجد أحدًا نصَّ على سبب الخلاف في هذه المسألة، ولم أستطع استنباط سبب خلاف؛ لعدم الأدلة من أصحاب القولين الأول والأخير، ولكن قد يقال بأن سبب الخلاف في هذه المسألة هو سبب الخلاف في المسألة التالية، وأخص السببين الأخيرين؛ وما ذاك إلا لأن القول الأول مخرج على القول الأول من المسألة التالية، ولأن غالب المذاهب والأقوال في المسألتين متفقة.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) ظاهراً جلياً من خلال الدليل الثاني للقول الثاني، فإن قول مدعي الوكالة رجح في هذا القول؛ لاعتضاده بأنه موافق لأصل بقاء الحق في ذمة المحيل، وهو معنى القرينة؛ فالأصل بقاء الحق في ذمة المحيل كما كان.

وهنا يظهر أكثر من أصل عضد قول مدعي الوكالة: من أن الأصل عدم الحوالة؛ لأنه عقد ملزم، وأن دعوى الوكالة موافقة لـ (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، وأن مدعي الوكالة منكر الحوالة، فيكون القول قوله.

وكذلك عضده ظاهر، وهو أن هذا اللفظ المختلف فيه صادر من المحيل، فيكون القول قوله؛ لأنه أدري بنيته، وبما صدر منه.

المطلب الثاني

إذا كان اختلافهما بعد اتفاقهما على أن اللفظ الصادر من

المحيل: (أحلتك)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اتفق المحيل والمحتال على أن المحيل تلفظ بقوله: (أحلتك)، ثم اختلفا، فادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة، وادعى الآخر أنه أريد بها الحوالة، وخلت دعواهما من بينة من شهادة أو إقرار أو أثبت كل منهما قوله بذلك، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق الفقهاء^(١) رَحِمَهُمُ اللهُ عَلَى أن من قبل قوله في هذه المسألة فإنما

يقبل بيمينه

ثانياً: ثم اختلفوا بعد ذلك على أقوال أربعة:

(١) ينظر: البناية: (٨/٤٩٠)، النوادر والزيادات؛ لابن أبي زيد: (١٠/١٣٦)، منح الجليل:

(٦/١٩٦-١٩٧)، روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣١)، الإنصاف

والشرح الكبير على المنع: (١٣/١١٧).

القول الأول: أن القول المقدم قول المحيل أن المقصود - بما تلفظ به -
الوكالة، وهو مذهب الحنفية^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن وجوب المال للمحيل على المحال عليه ظاهر؛ كالمقبوض
بذلك السبب فيكون ملكاً له، ثم المحتال يدعي لنفسه ديناً على المحيل حتى
يحبس ماله بذلك - ولم يظهر ذلك الدين؛ فإن إحالته عليه لا تكون دليلاً
على وجوب المال للمحتال على المحيل -، والمحيل ينكر، فيكون القول
قول المنكر؛ لأن فراغ الذمة هو الأصل^(٢).

٢- أن وجوب المال للمحيل على المحال عليه معلوم، ووجوب المال
للمحتال غير معلوم، وفي هذه الحوالة احتمال يجوز أن يكون المحتال وكياً
للمحيل في قبضها من المحتال عليه، ويجوز أن يكون مقصوده إسقاط مطالبة
المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على
المحيل، ولا يثبت مع الاحتمال إلا أدنى الأمرين، وهو أن يكون المحتال
وكياً للمحيل في قبض المال^(٣).

ونوقش: بأن دعوى الوكالة خلاف ظاهر اللفظ المقتضي الحوالة؛ لأنها
حقيقة فيه، ولا دليل يصرف اللفظ عن حقيقته^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (٥٧/٢٠)، البناء: (٤٩٠/٨)، فتح القدير مع العناية: (٤٤٩/٥) -

(٤٥٠)، وفيه تفصيل حسن لقيده ذكره صاحب المبسوط، فليراجع.

(٢) ينظر: المبسوط: (٥٧/٢٠)، فتح القدير مع العناية: (٤٤٩/٥).

(٣) ينظر: المبسوط: (٧٤/٢٠).

(٤) ينظر: العناية مع فتح القدير: (٤٤٩/٥).

وأجيب: بأن لفظ الحوالة مستعمل في الوكالة، ولكن لما كان في دعواه نوع مخالفة للظاهر وجب لترجيح جانبه اليمين^(١)، ولو سلم ظهور قصد الحوالة إلا أنه مع الاحتمال المذكور سابقاً لا يكفي لإثبات الدين على المحيل؛ لأن براءة الذمة ثبتت بيقين فلا ترتفع إلا بمثله^(٢).

القول الثاني: أن القول قول من أتى بما يشبه^(٣) إن انفرد أحدهما به، وهو مذهب المالكية^(٤)، وأما إن أتيا بما يشبه أو بما لا يشبه، ولم يكن للمحتال بينة على دينه على المحيل، فاختلف المالكية فيمن يقبل قوله بعد القبض على قولين:

الأول: أن القول قول المحتال أن المقصود الحوالة إن أتى بما يشبه، وإن لم يشبه، فالقول قول المحيل أن المقصود - بهذا اللفظ - الوكالة، وهو الصحيح من مذهب المالكية^(٥).

(١) ينظر: البناية: (٨/٤٩٠).

(٢) ينظر: فتح القدير مع العناية: (٥/٤٥٠).

(٣) بأن يكون قول أحدهما يدل عليه ظاهر الحال؛ بأن كان المحيل فقيراً فقيراً يقترض كثيراً من المحتال، فيكون القول قول المحتال، أو كان المحتال فقيراً والمحيل غنياً، فيكون القول قول مدعي الوكالة، أو كان الحال بينهما على أحدهما بأن كانت المعاملة بين المحتال والمحيل على الحوالة، أو كانت على أن يكون المحتال وكلياً للمحيل، فيكون القول لمن يعضد جانبه ظاهر الحال وغالبه. ينظر: شرح الخرشي: (٦/٢١)، منح الجليل: (٦/١٩٦-١٩٧).

(٤) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٣٤٠-٣٤٢).

(٥) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٦٦٤)، التوضيح: (٦/٢٨٨-٢٨٩)، شرح الخرشي: (٦/٢١)، منح الجليل: (٦/١٩٦-١٩٧).

واستدلوا بالتالي:

١- أن قول المحتال يعضده ظاهر اللفظ؛ فإن الحوالة تقتضي أن يكون على الإنسان دين فيحيل على دين له، بخلاف قول المحيل فيعارضه ظاهر اللفظ؛ ويؤدي إلى إبطال ما أقر به المحيل من الدين، وحققة اللفظ الذي اعترف به، فيكون القول لمن عضد جانبه ظاهر اللفظ، وكان معتبراً إقرار المحيل^(١).

٢- وأما إذا لم يشبه فقدم قول المحيل؛ لأنه يعضده القرائن؛ بعدم شبه ما ادعاه المحتال^(٢).

٣- أن المحتال ما أقر بعمارة ذمته ولا أقر إلا بقبض شرط فيه أنه يستحق، فلا يؤخذ بأكثر مما أقر به^(٣).

الثاني: أن القول قول المحيل أن المقصود الوكالة، وهو قول عند المالكية اختاره بعضهم^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن القول قول صاحب المال المقبوض، وهو المحيل، فيكون بمنزلة الدافع، والمحتال بمنزلة القابض، فيرجح قول المحيل؛ لأن القول قول الدافع، ولا يلتفت لظاهر اللفظ - في دعوى المحيل الوكالة-؛ لأن المحتال

(١) ينظر: التوضيح: (٦/٢٨٨)، شرح التلقين: الجزء الثالث: (١/٣٠).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (١/٣١). (٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: النوادر والزيادات؛ لابن أبي زيد: (١٠/١٣٦)، البيان والتحصيل: (١١/٣٤٠-٣٤٢).

معترف بملك المحيل المال المحال عليه، ولكنه محتج بحيازته، واعترافه
لغيره بأصل الملك أقوى من حيازته وظاهر لفظه فلا يقبل^(١).

٢- أن محل الخلاف هو إرادة المحيل، ولا تعلم إلا من قبله فيكون
القول قوله^(٢).

القول الثالث: أنه إذا لم يثبت الدين، وأنكره مدعي الوكالة، فإن القول
قوله، وهو مذهب الشافعية^(٣)، وأما إن كان اللفظ المتفق عليه هو: أحلتك
على المحال عليه أو: أحلتك أو: أحلتك بديني أو: أحلتك بالمال الذي لي
قبل فلان، ففيه وجهان:

الوجه الأول: أن القول قول مدعي الوكالة سواء كان محيلاً أو محتالاً،
وهو الصحيح من مذهب الشافعية^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- صحة التعبير عن الوكالة بلفظ الحوالة، فيكون اللفظ محتملاً ما
ذكره مدعي الوكالة^(٥).

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٣٤٠-٣٤١)، شرح التلقين: الجزء الثالث: (١/٣١-٣٢).

(٢) ينظر: التوضيح: (٦/٢٨٨).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦، ٢٣٧)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠-٤٣١)، تحفة
المحتاج: (٥/٢٣٨-٢٣٩).

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦، ٢٣٧)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠)، تحفة المحتاج:
(٥/٢٣٩).

(٥) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠).

٢- أن الأصل بقاء الحق في ذمة المحيل، وقول مدعي الحوالة يخالف هذا الأصل، وأما قول مدعي الوكالة فيوافقه وينكر دعوى مدعي الحوالة، فيكون القول قوله^(١).

٣- أن المحيل إن ادعى الوكالة فإنه يضاف إلى ما سبق أمران:

الأول: أن هذا اللفظ صادر منه فيقبل قوله فيه؛ لأنه أعرف بنيته^(٢).

الثاني: أنه اختلاف في صفة الإذن فيكون القول قول المحيل؛ كما لو اختلفا في أصل الإذن^(٣).

الوجه الثاني: أن القول قول مدعي الحوالة سواء كان محيلاً أو محتالاً، وهو وجه عند الشافعية^(٤) اختاره بعضهم.

واستدلوا: بأن دعوى مدعي الوكالة خلاف ظاهر اللفظ بخلاف دعوى مدعي الحوالة فإن ظاهر اللفظ يعضدها؛ كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما؛ وذلك لأن الوكالة لا تصح بلفظ الحوالة لتنافيهما^(٥).

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣١)، كشف القناع: (٣/٣٨٩).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩).

(٣) ينظر: المرجعان السابقان.

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦، ٢٣٧)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩).

(٥) ينظر: فتح القدير مع العناية: (٥/٤٥٠)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩)، الشرح الكبير على المقنع والإنصاف: (١٣/١١٣).

القول الرابع: أن اللفظ المتفق عليه إن كان: أحلتك على المحال عليه، أو: أحلتك، أو: أحلتك بديني أو: أحلتك بالمال الذي لي قبل فلان، وثبت الدين على المحيل ففيه وجهان:

الوجه الأول: أن القول قول مدعي الوكالة سواء كان محيلاً أو محتالاً، وهو المذهب عند الحنابلة^(١).

الوجه الثاني: أن القول قول مدعي الحوالة سواء كان محيلاً أو محتالاً، وهو وجه عند الحنابلة في لفظ: أحلتك، ولفظ: أحلتك بديني، ولفظ: أحلتك بالمال الذي قبل فلان إذا قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكتلتي، وقول عندهم في اللفظ الأخير: إذا قال المحيل: وكتلك، وقال المحتال: بل أحلتني^(٢).

وأدلتهم: هي أدلة القول السابق، فلا حاجة لإعادتها.

الترجيح والموازنة:

يظهر مما سبق أن جمهور أهل العلم على تقديم قول المحيل بالوكالة عند عدم ثبوت الدين.

ولعل الراجح - والله أعلم - أن من اعتضد جانبه بظاهر الحال، وكان قوله أشبه بما جرت به المعاملة بين المحيل والمحتال، أو كان العرف اقتضى

(١) ينظر: الإنصاف والشرح الكبير على المقتنع: (١٣/١١٣-١١٨)، كشاف القناع:

(٣/٣٨٩-٣٩٠)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٤٠٤).

(٢) ينظر: الإنصاف والشرح الكبير على المقتنع: (١٣/١١٣-١١٨).

أمرًا عند اللفظ الذي تلفظ به المحيل^(١)، ووافق أحدهما هذا المقتضى؛ فقوله أرجح، وأحق بالتقديم بيمينه، وأما إن خلا الجانبان من ذلك، أو اعتضدا به، فيقدم قول المحيل بيمينه عند عدم ثبوت الدين؛ لما اعتضد به جانبه من أمور كثيرة:

منها: أن هذا اللفظ إذا كان محتملاً للأمرين، ويختلف ذلك بحسب نية قائله، فيقدم قوله قائله؛ لأنه أدري بنيته؛ لأنها لا تعلم إلا من قبله.

وأما عند دعواه الوكالة، فعضد جانبه أمور:

الأول: أن عدم ثبوت دين المحتمل على المحيل مقوٍ لاحتمال الوكالة، فيكون ذلك مرجحاً جانبه.

الثاني: أن عقد الحوالة عقد لازم، فلا يثبت بلفظ محتمل، ولكن يثبت أقل الاحتمالين وهو الوكالة.

الثالث: أن الأصل براءة ذمة المحيل ثبت بيقين فلا يرتفع إلا بيقين.

وأما عند دعواه الحوالة، فعضد جانبه أمور:

الأول: أن ما أقرب به هو الأغلظ؛ فهو بذلك يقر بدين المحتمل، فلو لم يتمكن المحتمل من قبض دينه من المحال عليه، فله الرجوع على المحيل

(١) وذلك لأن هذه الألفاظ قد يكون لها دلالة عرفية تختلف باختلاف الأزمان والأماكن، فما كان في زمان أو مكان صريحاً في الحوالة، غير محتمل غيرها، قد لا يكون في غيره كذلك، فعلى القاضي مراعاة ذلك. ينظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: (ص ٢١٨-٢٢٠).

عند بعض الفقهاء^(١).

الثاني: ظاهر لفظ الحوالة، فإنه وإن كان محتملاً الوكالة إلا أنه مع ما سبق من قرائن تقوى دلالاته على إرادة المحيل الحوالة.

وأما إذا ثبت الدين على المحيل، فيكون القول قول مدعي الوكالة سواء كان المحيل أو المحتال؛ لأمر:

الأول: أن الأصل بقاء الدين في ذمة المحيل، فكان القول قول من يوافق هذا الأصل، وهو مدعي الوكالة.

الثاني: أن مدعي الوكالة منكر الحوالة، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدمها.

وعلى كل، فإنه يندر جداً خلو واقعة من قرينة أو ظاهر حال أو نحو ذلك مما يدل على رجحان جانب على آخر - مما سبق بسطه -، ولكن المقصد هنا تأصيل المسألة وأما التطبيق فله خصوصيته المعروفة.

ثمرة الخلاف:

إن ثمرة الخلاف في هذه المسألة وما ينبني على كل قول مما أفاض فيه الفقهاء، وسأحاول - إن شاء الله تعالى - جمع ما ذكره هنا، فأقول: إن ثمرة الخلاف في هذه المسألة تظهر من وجوه:

الوجه الأول: أن المحتال إذا لم يقبض المال، فإنه يترتب على ذلك أمور:

(١) وقد حكي الإجماع على ذلك إذا لم يكن المحتال رضي بالحوالة، وأما إن رضي، ولم يتمكن من قبض ما على المحال عليه، فهذا محل خلاف بين الفقهاء. ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١٠٦/١٣).

أ- أنه ليس له قبض المال وذلك لأنه إن كان مدعي الوكالة، فبإنكار المحيل عزل عنها، وإن كان مدعي الوكالة المحيل، فبإنكار المحتال الوكالة عزل^(١)، وعند الحنابلة أن مدعي الحوالة إن كان المحيل، وكان مدعي الوكالة المحتال، وقيل بتقديم قول مدعي الحوالة، فإن للمحتال قبضه من المحال عليه^(٢)؛ لأنه يجوز قبضه بقولهما معاً، فإذا قبضه كان له بحقه.

ب- أنه على القول بتقديم قول المحيل مدعي الوكالة، فإن للمحيل مطالبة المحال عليه بما له^(٣)، وإن كان مدعي الوكالة هو المحتال، والمحيل هو مدعي الحوالة، - وقيل بتقديم قول مدعي الوكالة - ففيه وجهان عند الشافعية^(٤)، وهما عند الحنابلة^(٥) ولكن بعد قبض المحتال ما له من المحيل دون المحال عليه: الأول: أنه ليس للمحيل الرجوع على المحال عليه؛ لأنه معترف بتحول ما على المحال عليه إلى المحتال، وأما الثاني: فإن له الرجوع؛ لأن المحتال إن كان وكياً فلم يقبض، فقد بقي حق المحيل على المحال عليه، وأما إن كان محتالاً، فقد ظلم المحتال المحيل بأخذه حقه من المحيل رغم تحوله على المحال عليه، وما على المحال عليه حق المحتال، فيكون للمحيل أخذه عوضاً عما ظلمه به^(٦)، وأما إن قيل بتقديم قول مدعي الحوالة، فيثبت حق المحتال في ذمة المحال عليه، ويكون له مطالبته^(٧).

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٢٣٧/٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١٥/١٣).

(٣) ينظر: المرجع السابق: (١١٤/١٣).

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٢٣٧-٢٣٨/٤).

(٥) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١٥-١١٦/١٣).

(٦) ينظر: روضة الطالبين: (٢٣٦، ٢٣٨/٤)، وهذا مبني على مسألة الظفر، وتنظر تفصيلها

في: الدعوى القضائية: (ص ٩١-١٠٩).

(٧) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١٤/١٣).

ج- أنه على القول بتقديم قول مدعي الوكالة، فإن كان مدعي الوكالة هو المحتال، فله الرجوع على المحيل وهو مذهب الشافعية^(١)، وأما عند الحنابلة^(٢) فإن للمحتال قبض حقه من المحيل ومن المحال عليه؛ لأنه إما وكيل أو محتال، فإن قبض من المحال عليه فله أخذ ما قبضه لنفسه؛ لأن المحيل يقول: هو لك، والمحتال يقول: هو أمانة في يدي، ولي مثله على صاحبه، وقد أذن له في أخذه ضمناً، فإذا أخذه لنفسه، حصل غرضه، ولم يأخذ من المحيل شيئاً، وأما إن كان مدعي الوكالة هو المحيل، ومدعي الحوالة هو المحتال، ففيه وجهان عند الشافعية^(٣): أحدهما: أنه للمحتال الرجوع على المحيل؛ لأنه إن كان وكيلاً؛ فإن حقه باق على المحيل، وأما إن كان محتالاً فلم يأخذ حقه، فلا يضيع عليه، والوجه الآخر: أنه ليس له ذلك؛ لاعترافه ببراءة ذمة المحيل بدعواه الحوالة^(٤)، وأما إن قيل بتقديم قول مدعي الحوالة، فإن حق المحتال يثبت على المحال عليه ويقبض حقه منه^(٥).

الوجه الثاني: أن المحتال إن كان قبض المال المحال عليه - وكان المال

باقياً-، فإنه يترتب عليه أمور:

- (١) ينظر: روضة الطالبين: (٢٣٧/٤).
- (٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١٥/١٣).
- (٣) ينظر: روضة الطالبين: (٢٣٦، ٢٣٧/٤).
- (٤) وقال بعض الشافعية: إن المذهب هنا: أنه ليس للمحتال مطالبة المحيل في هذه المسألة قطعاً؛ لاعترافه بأن حقه قبل المحال عليه، وأن ذمة المحيل برئت بالحوالة، وما قبضه المحيل من المحال عليه ليس حقاً للمحتال، بخلاف المسألة التي بنيت عليها هذه المسألة- وهي مسألة ما بعد القبض-، فإن حق المحتال تعين فيما قبضه، فإذا أخذه المحيل يكون أخذ مال المحتال. ينظر: روضة الطالبين: (٢٣٧/٤).
- (٥) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١٤-١١٥/١٣)، والإنصاف من المرجع نفسه: (١١٨/١٣).

أ- أن المحتال يلزم بدفع هذا المال للمحيل إلا أن يثبت دين نفسه^(١)، وهذا على القول بتقديم قول المحيل مدعي الوكالة بعد ثبوت الدين عند الشافعية والحنابلة^(٢) على التفصيل المتقدم، وعلى الصحيح من مذهب الحنابلة^(٣)، فإن المحيل له مطالبة المحتال بما قبضه، ويكون للمحتال مطالبة المحيل بدينه، وأما الاحتمال الآخر عندهم^(٤): فهو أن المحيل لا يملك مطالبة المحتال، وهناك قول ثالث^(٥): بأنه للمحيل الأخذ والمطالبة وليس للمحتال الرجوع؛ لاعترافه ببراءة ذمة المحيل، وأما إن كان مدعي الوكالة هو المحتال، ومدعي الحوالة هو المحيل، ففيه وجهان عند الشافعية^(٦): الصحيح منهما: أن المحتال يملك ما قبضه وقت التداعي وإن لم يملكه وقت القبض؛ لأنه من جنس حقه، وصاحبه يدعي أنه ملك المحتال، وليس للمحيل مطالبة به، وأما الثاني: أنه يلزم المحتال رده على المحيل^(٧)، فيكون له مطالبة به، وأما على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، فإنه لا يلزمه أن يدفع للمحيل شيئاً من هذا المال؛ لأن هذا المال حقه وقد استوفاه.

وينبني عليه الأمر التالي:

- (١) ينظر: المبسوط: (٥٧/٢٠، ٧٣)، النوادر والزيادات: (١٠/١٣٦)، روضة الطالبين:
- (٢) (٤/٢٣٦، ٢٣٧)، الشرح الكبير على المقنع والإنصاف: (١٣/١١٣-١١٤).
- (٣) على أنه يتنبه إلى أن الحنابلة قد لا يقولون بهذه الثمرة أو الأمر تفرعاً على أحد الاحتمالين الآتي ذكرهما في الأمر التالي.
- (٤) ينظر: الإنصاف: (١٣/١١٧).
- (٥) ينظر: المرجع السابق.
- (٦) ينظر: المرجع السابق: (١٣/١١٧-١١٨).
- (٧) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٨).
- (٨) وقال النووي بعد الوجهين: «ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يرده ويطالب ببدل حقه، وله أن يأخذه بحقه» روضة الطالبين: (٤/٢٣٨).

ب- أنه على القول بتقديم قول المحيل مدعي الوكالة؛ فإن للمحتال مطالبة المحيل بحقه قبله إلا أن توجد فيه شروط التَّقَاصُّ أو الظَّفَر، وهذا أصح الوجهين عند الشافعية^(١)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٢) بدون الاستثناء المذكور؛ لأنه إن كان وكيلاً؛ فإن المحتال لم يقبض حقه وإنما قبض حق المحيل، وعليه فلا يزال حقه على المحيل، وأما إن كان محالاً، فقد أخذ منه حقه الذي قبضه ظلماً، وأما الوجه الثاني عند الشافعية^(٣)، وهو قول عند الحنابلة^(٤) - بناء على تقديم قول المحيل بدعواه الوكالة -، فليس للمحتال مطالبة المحيل؛ لاعترافه ببراءة المحيل بادعائه الحوالة، وأما إن كان مدعي الوكالة هو المحتال - فعلى القول بتقديم قول مدعي الوكالة -، ففيه وجهان عند الشافعية^(٥): أحدهما: أنه ليس للمحيل مطالبة المحتال؛ لأن المحتال ملك ما قبضه وقت التداعي وإن لم يملكه وقت القبض؛ لأنه من جنس حقه، وصاحبه يدعي أنه ملك المحتال، وأما الوجه الآخر عند الشافعية: فهو أنه للمحيل مطالبة المحتال بما قبضه^(٦)، ويكون للمحتال مطالبة المحيل بدينه، وإن استوفى من المحيل دون المحال عليه، فعند الحنابلة وجهان: الأول: أن للمحيل الرجوع على المحال عليه؛ «لأن الوكالة

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١٣/١١٤)، وفي الإنصاف في المرجع نفسه: (١٣/١١٧).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، الإنصاف على المقنع: (١٣/١١٧).

(٤) ينظر: الإنصاف والشرح الكبير على المقنع: (١٣/١١٤، ١١٧-١١٨).

(٥) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٨).

(٦) وقال النووي بعد وجهي الشافعية: «ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يردده ويطلب ببدل حقه، وله أن يأخذه بحقه» روضة الطالبين: (٤/٢٣٨).

قد ثبتت بيمين المحتال، وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل، والثاني: لا يرجع عليه؛ لأنه يعترف أنه قد برئ من حقه، وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه^(١)، وأما على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، فليس للمحتال مطالبة المحيل؛ لبراءة ذمته بالحوالة، وانتقال الحق على المحال عليه، ويكون للمحتال مطالبة المحال عليه^(٢).

ج- والأمران السابقان في الأمر الظاهر قضاءً، وأما فيما بينه وبين الله -تعالى- فإن المحتال إذا لم يصل إلى حقه الذي عند المحيل، فله إمساك ما قبضه؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مال ظالمه.

د- أن ذمة المحال عليه برئت من دين المحيل؛ لأنه سلم المال إما إلى وكيل أو محتال، فيكون تسليمًا مآذونًا فيه مبرئًا للذمة، وهذا مذهب الشافعية في دعوى المحتال الوكالة، وأما إذا كان مدعي الوكالة هو المحيل، فهو الصحيح من مذهب الشافعية، ووفي وجه آخر عندهم: أنه لا يبرأ^(٣).

الوجه الثالث: أن المحتال إذا قبض المال ثم تلف، فإنه على القول بتقديم قول مدعي الوكالة، فعند الشافعية أنه لا يخلو حال المحتال من حالين: الحال الأولى: أن يكون التلف بلا تعد ولا تفريط من المحتال، فعند أكثر الشافعية^(٤): لا يضمن المحتال للمحيل شيئاً؛ لأنه إما وكيل، فلا يضمن؛ لأنه أمين، وإما أنه محتال فيكون استوفى حقه، وفي قول ووجه آخر^(٥): أنه يضمن؛

- (١) الشرح الكبير على المقنع: (١١٦/١٣).
- (٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١٤/١٣).
- (٣) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦، ٢٣٧).
- (٤) ينظر: المرجع السابق: (٤/٢٣٦).
- (٥) ينظر: المرجع السابق: (٤/٢٣٦-٢٣٧، ٢٣٨).

لأنه إما وكيل أخذ المال لنفسه فيضمن - وذلك في دعوى المحيل الوكالة -، وأما إذا ادعى المحتال الوكالة، فيضمن؛ لأن الأصل في المال الذي يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان، ولا يلزم من تصديق قوله في نفي الحوالة إثبات الوكالة؛ ليسقط عن المحتال الضمان، وعلى هذا القول والوجه، فإن المحتال لا يرجع على المحيل بحقه^(١).

الحال الثانية: أن يكون التلف بتعد أو تفريط، فيكون للمحيل على المحتال ضمان المتلف، وللمحتال على المحيل حقه^(٢).

وأما الحنابلة؛ فإنه يبرأ كل منهما من حق صاحبه، ولا ضمان عليه سواء تلف بتعد أو تفريط أم لا سوى فيما لو كان المحيل مدعيًا للحوالة، والمحتال مدعيًا للوكالة، فإن للمحتال الرجوع على المحيل، وليس للمحيل الرجوع على المحتال؛ لأنه يقر ببراءته^(٣).

وأما على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، فإنه لا ضمان عليهما سواء تلف بتعد أو تفريط أو لا^(٤).

الوجه الرابع: أنه على القول بتقديم قول مدعي الوكالة، فإن حق المحتال يبقى في ذمة المحيل، وأما على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، فهنا تبرأ ذمة المحيل، ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويكون له مطالبته^(٥).

(١) ينظر: تحفة المحتاج: (٥/٢٣٩). (٢) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٨).

(٣) ينظر: الإنصاف: (١٣/١١٧)، والشرح الكبير من المرجع نفسه: (١٣/١١٤، ١١٦).

(٤) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١٣/١١٤-١١٦).

(٥) ينظر: الإنصاف: (١٣/١١٧).

سبب الخلاف:

وسبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمور:

الأول: أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، فمن اعتبره في هذه المسألة، قال: إن المحتال القابض يقبل قوله بدعوى الحوالة؛ لأنه أقر على نفسه بذلك، فلا يؤخذ بأكثر منه، وأما من لم يقل به في هذه المسألة، فإنه يقول بتقديم قول المحيل بدعوى الوكالة^(١).

الثاني: أن لفظ الحوالة هل يستعمل في الوكالة ويدل عليها أم لا؟، فمن قال: إن لفظ الحوالة يستعمل في الوكالة ويدل عليها، قبل قول مدعي الوكالة، ومن قال: إن لفظ الحوالة لا يستعمل في الوكالة ولا يدل عليها لم يقبل قول مدعي الوكالة، وجعل القول المقدم لمدعي الحوالة^(٢).

الثالث: - وهو قريب من الثاني - أن احتمال لفظ الحوالة للوكالة هل هو احتمال مساوٍ لاحتماله الحوالة، أو هو أضعف، فمن قال: إن دلالة لفظ الحوالة على الوكالة دلالة مساوية للحوالة أخذ بالمرجح الخارجية للوكالة من نحو براءة الذمة، وأن الأصل بقاء الحق على المحيل، ومن قال: إن دلالة الحوالة على الوكالة دلالة ضعيفة جعل القول لمدعي الحوالة ولم يلتفت لهذا الاحتمال الضعيف.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة من خلال ما ورد في دليل الصحيح من مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة من أن

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٣٤٢).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠-٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٨-٢٣٩).

المقدم قول مدعي الوكالة؛ لأنه معتضد بهذه القرينة؛ فإنه يترتب على هذا القول استمرار بقاء الحق في ذمة المحيل، وهذا هو الأصل الذي دلت عليه هذه القرينة.

ويظهر في هذه المسألة تعارض أصول وظواهر عضدت كل جانب؛ فقد عضد جانب مدعي الوكالة: أصل براءة الذمة، وأن (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، وإذا كان مدعيها هو المحيل، فيضاف إلى ذلك: أن هذا اللفظ صادر منه فيكون أعلم بقصده به، وأنه تعضده القرائن التي تكذب قول المحتال، أن القول قول الدافع ويقوم مقامه المحيل كما سبق بيان ذلك.

وعضد جانب مدعي الحوالة ما تضمنه ظاهر اللفظ من الإقرار بالحوالة المتضمنة الإقرار بدين المحتال، وبعد القبض يعضده أن مدعي الحوالة - إذا كان المحتال - لا يؤخذ بأكثر مما أقر به.

المبحث الرابع
اختلاف العامل ورب المال هل هو قرض
أم قراض بعد الربح^(١)؟

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على
هذه المسألة.

(١) كشف القناع: (٣/٥٢٣-٥٢٤).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف رب المال والعامل بعد ظهور الربح في المضاربة، فقال رب المال: «أعطيتك المال قراضًا ومضاربة فربحه بيننا»، وقال العامل: «كان قرضًا فربحه كله لي»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدوا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن المقدم قوله والمرجح جانبه رب المال، وهو مذهب الحنفية^(١)، وهو قول بعض الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن العامل يدعي تملك المال على ربه بالقبض، ورب المال ينكر، والقول المقدم قول المنكر^(٤)؛ لأنه متمسك بأصل بقاء ملكه على ماله^(٥).

(١) ينظر: المبسوط: (٩٣/٢٢)، البناية: (١٠٣/١٠)، رد المحتار: (٤٥٠-٤٥١).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: (١٠٥/٦).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٥٢٣-٥٢٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٥٨٧-٥٨٨)، ونصوا على أن ذلك يمينه.

(٤) ينظر: المبسوط: (٩٣/٢٢)، البناية: (١٠٣/١٠).

(٥) ينظر: شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٥٨٧-٥٨٨).

٢- أن الإذن في التصرف مستفاد من جهة رب المال، فيكون القول المقدم قوله في بيان الإذن وكيفيته^(١).

٣- أن هذا المال ملك رب المال، فيكون القول قوله في صفة خروجه عن يده، ومنه دعواه القراض كما في هذه المسألة^(٢).

القول الثاني: أن المقدم قوله والمرجح جانبه هو العامل بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن رب المال يدعي أن العامل باعه عمله، والعامل ينكر، فيكون القول قول المنكر^(٥).

٢- أن رب المال مدع ربح المضاربة، فلا يقبل قوله إلا ببينة^(٦).

٣- أن يد العامل على المال والربح، فيكون القول قوله فيهما^(٧).

٤- أن العامل له أن يجعل الربح له بقوله: اشتريت هذا المال لي، فإن القول قوله في ذلك، ولو اتفقا على أن المال قراض، فدعواه أن المال قرض يلزم منها أنه اشترى هذا المال له، فيكون ربحه له^(٨).

(١) ينظر: المبسوط: (٩٣/٢٢). (٢) ينظر: المغني: (١٨٧/٧).

(٣) ينظر: التبصرة: (٥٣٠٤/١١)، شرح الخرشي: (٢٢٥/٦)، منح الجليل: (٣٨٠/٧).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٤٣/٥)؛ لصراحته، تحفة المحتاج: (١٠٥/٦).

(٥) ينظر: التبصرة: (٥٣٠٤/١١).

(٦) ينظر: شرح الخرشي: (٢٢٥/٦)، منح الجليل: (٣٨٠/٧).

(٧) ينظر: حاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب: (٣٩٢/٢).

(٨) ينظر: المرجع السابق.

٥- أن العامل بصدد أن يتلف المال أو يخسر، فكما أن عليه غرمه فله غنمه^(١).

القول الثالث: أنهما يتحالفان، وهو احتمال عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأنه إن كان الأكثر للعامل نصيبه من الربح، فربُّ المال معترف به والعامل يدعي الربح كله، وإن كان أجر مثله أكثر من نصيبه من الربح، فالقول قوله في مقدار عمله الذي يستحق أجره يمينه؛ كما أن القول قول رب المال في ربح ماله، فإذا حلف العامل قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط - وهو مقاسمة الربح -، وإنما عمل لغرض ولم يسلم له، فيكون له أجر المثل، ووجه يمين رب المال ما سبق من أدلة المذهب عند الحنابلة، وعليه يتحالفان^(٣).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن من اعتضد جانبه بظاهر حال، أو قرينة؛ كما لو كان صاحب المال منكرًا للقراض مطالب المضارب بالقرض، ثم لما تبين له الربح ادعى القراض، فهنا لا شك في رجحان جانب العامل، أو نحو ذلك من الظواهر والقرائن، وأما إن خلا الجانبان منهما، فالمرجح تحالفهما؛ لتكافؤ الجانبين في القرائن والأدلة المرجحة.

ثمرة الخلاف:

إن ثمرة الخلاف في هذه المسألة: هي أنه على القول بتقديم جانب رب المال عند عدم البينة، فإن المال يكون وفق دعواه، فلو كان ادعى نصف الربح

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: المغني: (١٨٧/٧). (٣) ينظر: المرجع السابق.

له، كان له نصفه وللعامل النصف، وكذلك على القول بتساقط البيتين بعد تعارضهما، فإنه يرجع إلى أن الأصل بقاء ملك رب المال على ماله^(١)، وأما على القول بتقديم جانب العامل وبيئته، فإن الربح يكون كله له، ويثبت القرض في ذمته لرب المال^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يرجع إلى أمرين:

الأول: ما اعتضد به كل قول وجانب من قرائن تجعل لكل من قال بترجيح أحدهما مسوغاً ودليلاً قوياً، بل إن أحد الأقوال رام الجمع بين هذه القرائن بالقول بالتحالف.

الثاني: تهمة رب المال بعد ظهور الربح، فمن التفت إليها جعله مدعيًا الربح، فلا يقبل قوله إلا بيئته، ويقدم بذلك قول العامل، ولم يلتفت لأصل بقاء ملك رب المال على ماله، ومن لم يلتفت إلى هذه التهمة استصحب أصل بقاء ملك رب المال على ماله، وجعل قوله مقدماً.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٤). (٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على هذه المسألة



يظهر أثر هذه القرينة ظاهراً جلياً على هذه المسألة من خلال ما ورد في سبب الخلاف الأنف الذكر، ومن خلال الدليل الأول لقول الحنفية، وقول الحنابلة؛ فإن جانب رب المال رجع لا اعتضاده وتمسكه بقرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)؛ وذلك أن الأصل بقاء ملك رب المال على ماله، فمن يدعي خلاف هذا الأصل - وهو العامل في هذه المسألة - يكون جانبه أضعف، وتلزمه البينة للحكم له بما يدعي.

ويظهر في هذه المسألة تعارض أصول وظواهر، فأما الأصول فهي: أن الأصل بقاء ملك رب المال على ماله، وأن القول قول المنكر لحق رب المال في الربح، والقول قول المنكر في انتقال ملكية المال من ربه للمضارب.

وأما الظواهر، فهي: أن الإذن في التصرف في المال مستفاد من ربه، فيكون القول قوله في كفيته، وأن المال والربح تحت يد العامل فيكون القول قوله في استحقاق رب المال الربح، وأن الخسارة وتلف المال سيكون أثرهما على العامل أكثر؛ إذ هو لن يرجع إليه شيء من نتاج عمله، فيكون القول قوله المستحق للربح.

المبحث الخامس
أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)
على التطبيق القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثالث: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ والقرارات القضائية الصادرة من الجهات العليا في بلادنا - المملكة العربية السعودية - يلحظ وجود عدة مبادئ معتبرة لهذه القرينة، ومن ذلك:

- ١- المبدأ الصادر من المجلس الأعلى للقضاء بهيئته الدائمة برقم: (٥/٥٤٢)، وتاريخ: ١٧/١١/١٤١٧ هـ، والذي ينص على أن: «قيام الدليل السالم من الرد، والرافع للأصل لا بد منه، وإلا بقي الأصل محلاً للاعتماد»^(١).
- ٢- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣/٣/٨)، وتاريخ: ٢٤/٠١/١٤٣٢ هـ، والذي ينص على أن: «الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل صحة العقود لا فسادها، وتصحيح العقود أولى من إفسادها»^(٢).
- ٣- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣/٣/١٣)، وتاريخ: ٠٢/٠٣/١٤٣٢ هـ، والذي ينص على أن: «الأصل بقاء العقود وصحتها، وطلب تنفيذها ما أمكن، ولا يعدل عن تصحيحها إلى فسخها إلا إذا تعذر تنفيذها، وفسخ العقد بدون دليل يعضده في غير محله»^(٣).

(١) هو المبدأ ذو الرقم: (١٨٨٩)، من المبادئ والقرارات المذكورة سابقاً: (ص ٤٨٠).

(٢) هو المبدأ ذو الرقم: (٣٨)، من المبادئ والقرارات الصادرة من الجهات القضائية العليا: (ص ٤٠).

(٣) هو المبدأ ذو الرقم: (٤٠)، من المبادئ والقرارات المذكورة سابقاً: (ص ٤١).

ويظهر من هذه المبادئ أمران:

الأول: تنوع محل الاعتماد على هذه القرينة والاحتجاج بها، فيظهر من الأول اعتبار هذه القرينة في أدلة الإثبات، ويظهر من المبدأ الثاني النص على لفظ القرينة ثم الاحتجاج بها في العقود، وأما الثالث فاعتبر هذه القرينة في العقود.

الثاني: الاحتجاج بهذه القرينة في فترات متفاوتة، فالمبدأ الأول كان عام: ١٤١٧هـ، والثاني والثالث كانا في عام: ١٤٣٢هـ، مما يدل على استقرار العمل القضائي في المملكة واستمراره على اعتبار هذه القرينة.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



إن الناظر في الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية يجد حضور قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) ظاهراً بارزاً، وذلك في أبرز نظامين قضائيين في الجانب الحقوقي، وهما نظام الإثبات، ونظام المعاملات المدنية:

فأما نظام الإثبات:

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه على أن: «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل».

ونصت المادة الثالثة والتسعون منه على أن: «تكون اليمين في جانب أقوى المتداعين».

ففي المادة الأولى جعلت اليمين لإبقاء ما كان على ما كان، فمن تمسك به كانت اليمين في جانبه، ووضحت المادة هذا أثر هذه القرينة بأن جعلت اليمين في جانب أقوى المتداعين، فكان من تمسك بقرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) كان ذلك مقوياً لجانبه، فكانت اليمين في جانبه.

وأما نظام المعاملات المدنية:

فقد وردت بلفظها في نظام المعاملات المدنية، فقد نصت المادة العشرون بعد السبعمئة على أنه: «دون الإخلال بما تقضي به المادة (الأولى)

من هذا النظام، تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تعارض فيه مع النصوص النظامية مع مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، وهي: ... القاعدة الثامنة: الأصل بقاء ما كان على ما كان» مما يدل على أهميتها وتأثيرها وسعة تطبيقها؛ إذ إنها مما يغطي بعمومها ما لم تتناوله النصوص النظامية الأخرى في نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثالث

أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على التطبيق القضائي
في الأحكام القضائية^(١)

الدعوى:

الحمد لله وحده وبعد، فلدي أنا (...) القاضي في المحكمة العامة بعنيزة، وبناء على المعاملة المحالة إلينا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بعنيزة برقم: ٣٤٥٥٧٨٧، وتاريخ: ٠٣ / ٠٢ / ١٤٣٤ هـ المقيدة بالمحكمة برقم: ٣٤٢٦٣٥١٦، وتاريخ: ٠٢ / ٠٢ / ١٤٣٤ هـ حضر (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني ذي الرقم: (...) بصفته وكيلًا بموجب صك الوكالة الصادر من كتابة عدل عنيزة برقم: ٣٤٨٦٢٥٨٨، في: ٤ / ٧ / ١٤٣٤ هـ عن (...) بصفته ناظرًا على وقف (...) بموجب صك النظارة الصادر من محكمة عنيزة برقم: ٥٦ / ١ / ١٩ في ١٩ / ٤ / ١٤٠٩ هـ، وادعى على (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني ذي الرقم (...). وقد حرر المدعي وكالة دعواه قائلًا: (إن البيت المقام على قطعة الأرض ذات الرقم: ٢٣ الواقعة بحي (...) بعنيزة، والمحدودة شمالاً قطعة الأرض ذات الرقم: ٢٢ بطول ثمانية وعشرين مترًا وخمسين سنتيمترًا، وجنوبًا قطعة الأرض ذات الرقم: ٢٤ بطول ثمانية وعشرين مترًا وخمسين سنتيمترًا، وشرقًا شارع عرض اثني عشر مترًا بطول واحد وعشرين مترًا، وغربًا قطعة الأرض

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام: ١٤٣٥ هـ: (٤ / ٤٩٤ - ٤٩٧).

ذات الرقم: ٧ بطول واحد وعشرين مترًا، ومجموع مساحتها خمسمائة وثمانية وتسعون مترًا وثمانون سنتيمترًا مربعًا. هذا البيت قد شغل أرضه وبناءؤه بالصبرة المنقولة إليه من بيت (...) الواقع بحي (...) بموجب الصكين ذوي الرقمين: ١٣٧ / ٢ / م، في: ١٤٠٣ / ٤ / ٥ هـ، و١٣٨ / ٢ / م، في: ١٤٠٣ / ٤ / ٥ هـ، وقدرها ثلاث ريات ونصف ريال فرانسية وقف (...) فيها أضحيتان: واحدة لها، وواحدة لوالديها إن اغتنى أولادها، ومع الحاجة لا حرج عليهم في تركها، ومدتها أربعمئة سنة، تبدأ من المحرم سنة ألف وثلاثمئة وست عشرة للهجرة، وبعدها يعود البيت لوقف (...)، وذلك بموجب الصك الصادر من كتابة عدل عينية برقم: ١ / ١٨، في: ١٤٠٣ / ١ / ٧ هـ، وقد انتقلت منفعة العقار المذكور إلى ملك المدعى عليه، والتزم بدفع الصبرة المذكورة لمستحقيها وقت حلولها، وذلك بموجب صك العقار المذكور وما همش عليه، ومنذ شرائه للمنفعة لم يسلم شيئاً من صبرتها، ولذلك فإنني أطلب الحكم عليه بإخلاء العقار وفسخ الصبرة) هكذا حرر المدعي وكالة دعواه.

الإجابة:

وبسؤال المدعى عليه عن دعوى المدعي وكالة أجاب بقوله: (كل ما ذكره المدعي وكالة في دعواه صحيح جملةً وتفصيلاً، إلا أن سبب عدم دفعي للصبرة كوني لا أعلم لمن تعود، ولا أعلم من الوكيل المفوض باستلام الصبرة، ولا مانع لدي من تسليم الصبرة لمستحقيها) هكذا أجاب المدعى عليه.

المرافعة:

وقد سألت المدعي وكالة: (هل حضرت إلى المدعى عليه بوكالة تخولك استلام الصبرة؟)، فقال المدعي وكالة: (إنني ذهبت للمدعى عليه، وذكرت له أنني وكيل عن الوالد باستلام الصبرة، ولم أبرز له وكالة في ذلك، وقد طلبت منه التفاهم حول الصبرة، فلم يتجاوب معي، ولم أطلبه بالصبرة بوكالة تخولني عن الناظر بصفته ناظرًا، وإنما كنت وكيلًا عن والدي (...)) وكالة خاصة لم يذكر فيها صفته بالنظارة) هكذا أجاب المدعي وكالة، وقد سألت المدعي وكالة: هل ذهب موكله إلى المدعى عليه للمطالبة بالصبرة؟ فقال: لا هكذا أجاب، وقد سألت المدعي وكالة: متى أصبح وكيلًا عن (...)) بصفته ناظرًا على الوقف المذكورة؟ فقال: (إنني توكلت عنه بالوكالة ذات الرقم: ٣٤٨٦٢٥٨٨، في: ٤ / ٧ / ١٤٣٤ هـ بصفته ناظرًا بموجب صك نظارة بالرقم: ١ / ١ / ٥٦، في: ١٩ / ٤ / ١٤٠٩ هـ الصادر من محكمة عنيزة) هكذا قرر، وقد اطلعت على صك العقار فوجدته كما ذكر المدعي وكالة في دعواه المحررة في هذه الجلسة، وقد وردتنا إفادة كتابة عدل عنيزة ذات الرقم: ٣٥٣٥٣٠٩٦، في: ٢ / ٢ / ١٤٣٥ هـ المتضمنة: (أنه مطابق لسجله، وليس عليه ملاحظات حتى تاريخ: ٢ / ٢ / ١٤٣٥ هـ) انتهى، كما اطلعت على صك وكالة المدعي التي وكله بموجبها الناظر بصفته ناظرًا، فوجدتها كما ذكر المدعي وكالة، كما اطلعت على صك النظارة الصادر من هذه المحكمة برقم: ١ / ١ / ٥٦، في: ١٩ / ٤ / ١٤٠٩ هـ، فوجدته يتضمن إقامة موكل المدعي (...)) ناظرًا على وقف (...)).

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من دعوى المدعي وكالة المتضمنة طلبه إخلاء العقار المذكور وفسخ الصبره لعدم دفع المدعى عليه الصبره؛ ولأن الأصل بقاء منفعة العقار ملكاً للمدعى عليه لتعلق حقه بها على حسب ما تضمنه الصك؛ ونظراً إلى أنه لم يظهر لي موجب شرعي أو مبرر لفسخ الصبره والحكم على المدعى عليه بإخلاء العقار؛ ولأن المدعي وكالة ذكر أنه لم يبرز وكالة للمدعى عليه ولم يطالبه بالصبره بوكالة تخوله عن الناظر بصفته ناظراً، كما أفاد أن موكله لم يذهب للمدعى عليه للمطالبة بالصبره، ولكون المدعى عليه قرر أنه مستعد بدفع الصبره لمستحقيها؛ ولما تقدم كله.

الحكم:

فقد رددت دعوى المدعي وكالة لعدم ثبوت موجبها، وبذلك حكمت، وأفهمت المدعي وكالة بأن لموكله مطالبة المدعى عليه بالصبره المستحقة وبعرض الحكم على المدعي وكالة قرر عدم القناعة، وطلب الاستئناف بمذكرة اعتراضية، فجرى إفهامه بأن الصك يصدر غداً، وأن عليه الحضور لاستلام صورة منه، وأن مدة الاعتراض ثلاثون يوماً من تاريخ الغد، فإن لم يقدم مذكرته خلالها رفع الحكم إلى الاستئناف بدونها؛ لأن الحكم واجب التدقيق لتعلقه بوقف، وباللله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه، وسلم حرر في: ١٣/٠٦/١٤٣٥ هـ.

الاستئناف:

الحمد لله وحده وبعد، فقد اطلعنا -نحن قضاة الدائرة الحقوقية الثانية بمحكمة الاستئناف بمنطقة القصيم على المعاملة الواردة من فضيلة رئيس

المحكمة العامة بمحافظة عنيزة برقم: (٣٤٢٦٣٥١٦)، وتاريخ: ١٣/٧/١٤٣٥ هـ الخاصة بدعوى (...) بالوكالة عن (...) الناظر على وقف (...) ضد (...). بشأن إخلاء العقار، المرفق بها الصك الصادر من فضيلة القاضي بالمحكمة الشيخ (...) المسجل برقم: (٣٥٢٧٦٤٦٢)، وتاريخ: ١٣/٦/١٤٣٥ هـ، المتضمن ردّ دعوى المدعي وكالة، لعدم ثبوت موجبها وبه حكم كما هو مدون ومفصل فيه، وبدراسة الصك وصورة ضبط، واللائحة الاعتراضية وأوراق المعاملة؛ قررنا التصديق على الحكم، والله الموفق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أثر القرينة على الحكم القضائي:

إن قرينة (الأصل بقاء ما كان على ما كان) لها أثر ظاهر على هذا الحكم، فإن ناظر القضية اعتبر حق المدعى عليه وملكه منفعة العقار محل الدعوى، وجعل بقاء ملكه هذه المنفعة أصلاً رد بها طلب المدعي؛ لعدم تحقق ما يزيل هذا الأصل أو يغيره وما ذاك إلا لأن الأصل بقاء ما كان - وهو ملك المدعى عليه المنفعة - على ما كان - وهو استمرار ملكه لها وأحقيته بها.

الفصل الثالث

أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)

وفيه تمهيد، وثمانية مباحث:

المبحث الأول: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في كتاب البيع وباب السلم.

المبحث الثاني: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الرهن.

المبحث الثالث: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في أبواب الضمان والكفالة، والحجر.

المبحث الرابع: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الوكالة.

المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في بابي الشركة، والإجارة.

المبحث السادس: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في بابي العارية، والغصب.

المبحث السابع: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في ترجيح قول أحد المتداعين في أبواب الشفعة، والوديعة، والجعالة.

المبحث الثامن: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: صيغ القرينة.

المطلب الثالث: أركان القرينة.

المطلب الرابع: شروط القرينة.

المطلب الخامس: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) مكونة من ثلاثة مصطلحات رئيسية، وهي: (الأصل)، و(الأمور العارضة)، و(العدم)، وفيما يأتي بيانها:
المصطلح الأول: (الأصل):

وقد سبق التعريف به في التمهيد، والمقصود به هناك هو المقصود به هنا، وهو القاعدة المستمرة.

المصطلح الثاني: (الأمور العارضة):

لغة: إن هذا المصطلح مكون من مفردتين:

الأولى: (الأمور)^(١):

والأمور جمع أمرٍ: وهو مصدر: (أمرَ): قال ابن فارس: «الهمزة والميم والراء أصول خمسة: الأمر من الأمور، والأمر ضد النهي، والأمر النماء والبركة - بفتح الميم -، والمعلم، والعجب.

(١) ولفظ: (الأمور) هنا أدق وأسلم من لفظ: (الصفات)؛ إذ إن القرينة تشمل أمورًا مستقلة ليست صفات؛ كالعقود والإتلافات، كما أن الفقهاء يعبرون بلفظ الأمور أكثر من تعبيرهم بلفظ الصفات. ينظر: المدخل الفقهي العام: (٢/٩٨٣-٩٨٤)، الممتع في القواعد الفقهية: (ص ١٣٣-١٣٤).

- فأما الواحد من الأمور، فقولهم: هذا أمر رضيته، وأمر لا أرضاه»^(١).
- ول(الأمر) في اللغة معان^(٢)، منها:
- ١- الأمر: ضد النهي.
- ٢- الموعود به، ومنه قوله تعالى: ﴿أَتَىٰ أَمْرَ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ﴾^(٣).
- ٣- الحادثة، ومنه قوله تعالى: ﴿الْأَيُّ إِلَى اللَّهِ تُصِيبُ الْأُمُورُ﴾^(٤).
- ٤- ما يصلح الشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَوْحَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا﴾^(٥)، أي: ما يصلحها^(٦).

والمقصود من هذه المعاني هو المعنى الثالث.

الثانية: (العارضة):

أما العارضة، فهي اسم فاعل مؤنث من: (عَرَضَ): قال ابن فارس: «العين والراء والضاد بناء تكثر فروعه، وهي مع كثرتها ترجع إلى أصل واحد، وهو العرض خلاف الطول، ومن حقق النظر ودققه علم صحة ما قلناه...

- (١) مقاييس اللغة؛ مادة: (أمر): (١٣٧/١).
- (٢) ينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (أمر): (ص ٣٤٤)، لسان العرب؛ مادة: (أمر): (١/١٤٩-١٥٣)، النهاية؛ مادة: (أمر): (١/٧٥-٧٨).
- (٣) سورة النحل، الآية (١)، وينظر: الجامع لأحكام القرآن: (١٢/٢٦٧).
- (٤) سورة الشورى، الآية (٥٣)، وبالبحث في كتب التفسير لم أجد تفسير الأمر المذكور في الآية، وأقرب ما وجدته هو إضافة الأمور إلى غيرها مما يوضحها؛ نحو: أمور الخلاق في الدنيا والآخرة، أو أمور الخير والشر، فيجازي كلاً بعمله إن خيراً فخير وإن شراً فشر. ينظر مثلاً: التفسير البسيط: (١٩/٥٤٤)، تيسير الكريم الرحمن: (٧/١٦٠٢)، ولعل في عمومها تدخل الحوادث.
- (٥) سورة فصلت، الآية (١٢).
- (٦) وقيل في تفسيرها، أمرها: ملائكتها. ينظر: معاني القرآن؛ للزجاج: (٤/٣٨٢).

ومن ذلك عَرَضُ الجند: أن تُمرَّهم عليك، وذلك كأنك نظرت إلى العارض من حالهم، ويقال للمعروض من ذلك عَرَضٌ -متحركة-، كما يقال: قَبَضَ قَبْضًا، وقد ألقاه في القَبْض... والعارض إنما هو مشتق من العَرَض: الذي هو خلاف الطول، ويقال: أَعْرَضَ لك الشيءُ من بعيد، فهو مُعْرَضٌ، وذلك إذا ظهر لك وبدا، والمعنى أنك رأيت عرضه...

والعارض من كل شيء: ما يستقبلك؛ كالعارض من السحاب، ونحوه... ومن المشتق من هذا قولهم: مرَّ بي عارض من جراد، إذا ملاً الأفق.

فأما العارضة من النوق أو الشاء، فإنها التي تذبح لشيء يعترئها...

ومن الباب: نظرت إليه عَرَضَ عين، أي: اعترضته على عيني، ورأيت فلاناً عَرَضَ عين، أي: لمحة، ومعنى هذا أنه عرض لعيني فرأيتُه^(١).

ول(العارض)، أو (العارضة) في اللغة معان^(٢)، منها:

١- الجبل الشامخ، ويقال: عرض لي في الطريق عارض قطع عليّ.

٢- ما يبدو من الفم عند الضحك.

٣- واحدة العوارض وهي الحاجات.

٤- الآفة تعرض في الشيء.

ولعل أقرب هذه المعاني هو ما جمع المعاني السابقة، وهو أن الأصل والحال موجودة بدون هذه العارض ثم عرض بعد ذلك ووجد.

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (عرض): (٤/٢٦٩-٢٨٠).

(٢) ينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (عرض): (ص ٦٤٥-٦٤٧)، لسان العرب؛ مادة:

(عرض): (٢/٩٩-١١٠).

اصطلاحًا: إن مصطلح: (الأمور العارضة) يحتاج لبيان أن يقال:

إن الأمور في الاصطلاح على نوعين^(١):

النوع الأول: الأمور الوجودية:

وهي الصفات أو التصرفات التي توجد مقارنة للأصل ابتداء وتلازمه، وليست طارئة؛ وذلك كالحياة للحيوان، والصحة، والسلامة من العيوب في المبيع، ونحو ذلك، أو ثبت وجودها في وقت ما.

فهذا النوع من الأمور: الأصل فيه الوجود، لا العدم، فمدعي وجود الصفة الوجودية متمسك بالأصل، فمن يدعي خلافها فعليه البينة، ومن يتمسك بها، تكون اليمين في جانبه، وهذا النوع ليس مقصودًا بهذه القرينة.

النوع الثاني: الأمور العارضة:

وهي الصفات أو التصرفات التي لا توجد مع الأصل ابتداء، بل هي طارئة، وكان عدمها أصليًا أو غالبًا، فيكون الشيء بطبيعته خاليًا منها؛ وذلك نحو: المرض، والعيب في المبيع، ونحوها.

وهذا النوع هو المقصود بهذا المصطلح.

(١) ينظر: شرح القواعد الفقهية؛ للزرقا: (ص ١١٧)، المدخل الفقهي العام: (٢/ ٩٨٢)، المتع في القواعد الفقهية: (ص ١٣٤-١٣٥)، القواعد الكلية: (ص ١٤٨)، القواعد الفقهية؛ للدكتور: عبد العزيز عزام: (ص ١٠٧-١٠٨).

المصطلح الثالث: (الْعَدَم):

لغة: قال ابن فارس: «العين والبدال والميم أصل واحد يدل على فقدان الشيء وزهابه، من ذلك الْعَدَم»^(١)، يقال: «عَدِمَهُ يَعْدِمُهُ عُدْمًا وَعَدَمًا»^(٢).
ول(الْعَدَم) في اللغة معان^(٣)، منها:

١- فقدان الشيء وزهابه. ٢- فقد المال وقتله. ٣- الفقر.

ويظهر مما سبق عموم المعنى الأول وشموله للمعنيين الآخرين، وهو المعنى المقصود من هذه المعاني.

اصطلاحًا: لم أجد سوى تعريف واحد للعدم في هذه القاعدة، وهو: أن الشيء لم يكن موجودًا قبل طروئه على الذات^(٤)، وهو كاف في بيان المراد.

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة كمركب إضافي:

أن الصفات أو التصرفات أو الحوادث التي تكون طارئةً على الذات، ولا توجد معها ابتداءً، فإن القاعدة المستمرة والأمر المستقر فيها: أنها غير موجودة، فمن ادعى وجودها فعليه البينة؛ لأنه مدع، ومن أنكر وجودها رجح قوله وكانت اليمين بجانبه؛ لأنه منكر ومدعى عليه.

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (عدم): (٢٤٨/٤).

(٢) لسان العرب؛ مادة: (عدم): (٦٤/١٠).

(٣) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (عدم): (٦٤/١٠)، النهاية؛ مادة: (عدم): (١٦٩/٢).

(٤) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩٦)، وإن كان قد يناقش بأنه تعريف بالنفي، ولا يبين المراد، ولكن يظهر أنه لا يمكن تعريف العدم إلا بالنفي؛ لأن النفي إما أن يعبر عنه بعدم كذا -مثلاً-، أو بنفيه بلم أو ليس أو غيرها من أدوات النفي.

المطلب الثاني

صيغ القرينة



إن هذه القرينة مثل سابقتها إحدى القواعد الفقهية المندرجة تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، وقد وردت بصيغ كثيرة بعضها أعم، وبعضها أخص، وبعضها أورد فيه شرط أو غاية، وبعضها ليس كذلك، فأعم الصيغ هي:

- «الأصل العدم»^(١).

- «الأصل في الأشياء العدم»^(٢).

ويؤخذ على هذه الصيغ أنها تشمل الأمور الوجودية التي الأصل فيها الوجود لا العدم^(٣) كما سبق ذلك، يليها:

- «الأصل في الأمور العارضة العدم»^(٤).

وهذه أصح الصيغ وأسلمها عموماً وأصدقها دلالة، والمختار عند كثيرين، وقريب منها:

- «الأصل في كل معدوم بقاءه على عدمه»^(٥).

(١) الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: (ص ٥٣)، الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: (١/١٦٢).

(٢) الشرح الكبير؛ للدردير: (٤/١٤٣).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: (ص ٥٤).

(٤) المدخل الفقهي العام: (٢/٩٨٢)، الممتع في القواعد الفقهية: (ص ١٣٣)، القواعد

الكلية: (ص ١٤٨)، القواعد الفقهية الكبرى: (١٤٢)، معلمة زايد: (٦/٤٣١).

(٥) المحصول؛ للرازي: (٦/١٧١)، معلمة زايد: (٦/٤٣٢).

- «الأصل عدم العارض»^(١).
- «الأصل في الأمر الطارئ عدمه»^(٢).
- «كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه»^(٣).
- يليهما:
- «الأصل في الصفات العارضة العدم»^(٤).
- وأخذ على هذه الصيغة أنها لا تشمل العقود أو الحوادث غير الصفات رغم دخولها في القرينة تطبيقاً^(٥)، وقريب منها:
- «العدم أصل في الصفات العارضة»^(٦).
- «الأصل العدم في الصفات العارضة»^(٧).
- «الأصل والظاهر في الصفات العارضة العدم»^(٨).
- «الوصف العارض الأصل فيه العدم»^(٩).
-
- (١) تبين الحقائق: (١/ ٨٤).
- (٢) الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٥٠١).
- (٣) الفروق: (١/ ١١١).
- (٤) مجلة الأحكام العدلية؛ في المقالة الثانية من المقدمة؛ المادة التاسعة؛ شرح القواعد الفقهية؛ للزرقا: (ص ١٧٧)، القواعد الفقهية الكبرى: (١٤٢).
- (٥) ينظر: المدخل الفقهي العام: (٢/ ٩٨٣-٩٨٤)، الممتع في القواعد الفقهية: (ص ١٣٣-١٣٤).
- (٦) البحر الرائق: (٦/ ٣٩).
- (٧) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي؛ لناظر زاده: (١/ ٣٢٢).
- (٨) درر الحكام: (١/ ٧٦)، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٥٠١).
- (٩) الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٥٠١).

- وهناك صيغة جمعت بين صيغتين سابقتين مثل:
- «الأصل في الصفات أو الأمور العارضة العدم»^(١).
- وبعض الصيغ ذكرت شرطاً أو غاية لعموم القرينة، ومن هذه الصيغ:
- «الأصل في كل حادث عدمه حتى يُتحقق»^(٢).
- «الأصل العدم ما لم يعارضه شيء آخر»^(٣).
- «الأصل في كل أمر ممكن: العدم حتى يعلم وجوده»^(٤).
- «الأصل في الصفات العارضة العدم، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود، حتى يقوم الدليل على خلافه»^(٥).
- وهذا الشرط وإن لم ينص عليه غيرها من الصيغ إلا أنه مراعى تطبيقاً كما سبقت الإشارة إليه في التمهيد.
- وبعض الصيغ كانت خاصة في كتاب أو باب من أبواب الفقه، أو مسألة يكثر تكرارها في أبواب الفقه، ومنها^(٦):
- «الأصل في الحقوق العدم»^(٧).
- «الأصل عدم الشرط».
- «الأصل عدم اللزوم».

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: (ص ١٨٤).

(٢) التحجير: (٨/ ٣٨٤٤)، شرح الكوكب المنير: (٤/ ٤٤٢).

(٣) غمز عيون البصائر؛ للحموي: (١/ ٢١٣)، معلمة زايد: (٦/ ٤٣٢).

(٤) معلمة زايد: (٦/ ٤٣٢). (٥) شرح القواعد الفقهية؛ للزرقا: (ص ١١٧).

(٦) معلمة زايد: (٦/ ٤٣١).

(٧) قاعدة: اليقين لا يزول بالشك؛ للباحسين: (ص ١٠٩).

- «الأصل عدم الإذن».
- «الأصل عدم الرضا».
- «الأصل عدم القبض».
- «الأصل عدم التبرع».
- «الأصل عدم التعدي».
- «الأصل عدم التفريط».
- «الأصل عدم المفسد».

وهذا في جانب التأصيل والتعديد، وأما في جانب الاستدلال بهذه القرينة والاحتجاج بها، فتستخدم أنواع الصيغ السابقة، ولكن ما يكثر استخدامه، يكون على مسلكين^(١):

الأول: أن تذكر بإحدى الصيغ المندرجة تحت النوع المذكور أخيراً، أو نحوها، ومن أمثله ما ورد في كشاف القناع ونصه: «(فلو وصفها) مشتر (بعيب؛ كبرص وخرق ثوب، وغيرهما)؛ كقطع أصبع (فقول من ينفيه) وهو البائع (بيمينه) كما في بعض النسخ؛ لأن الأصل عدم العيب»^(٢).

الثاني: الاكتفاء بذكر صيغة القرينة الأعم مع إلحاق ضمير يعود إلى المسألة المستدل لها، ومن أمثله ما ورد في كشاف القناع، ونصه: «(أو) اختلفا في (شرط صحيح أو فاسد يبطل العقد أو لا) يبطله، بأن ادعى أحدهما

(١) وهذا فيما اطلعت عليه خصوصاً في الكتاب الذي أخذت منه مسائل البحث، وهو كشاف القناع. (٢) كشاف القناع: (٣/٢٣٧).

اشترطه، وأنكره الآخر فقول منكره، (أو) اختلفا في شرط (ضمين) بالثمن أو بعهدته أو عهدة المبيع، (فقول من ينفيه) بيمينه؛ لأن الأصل عدمه^(١).
وسياتي - إن شاء الله تعالى - في ثنايا أدلة الأقوال ما يبين طريقة الاستدلال بهذه القاعدة في مختلف المذاهب.

(١) كشف القناع: (٣/٢٣٨).

المطلب الثالث أركان القرينة



تتكون هذه القاعدة من ركنين أساسيين^(١):

الركن الأول: الأمور العارضة:

فلا تطبق هذه القاعدة على الأمور والصفات الأصلية التي توجد مع الذات بل تطبق على الأمور الطارئة عليها.

الركن الثاني: أن هذه الأمور الأصل فيها العدم:

لأنها غير موجودة ولا ملازمة للذات؛ فإن الذات توجد دائماً أو غالباً بدونها، فإذا احتار الإنسان أو تعارض عند الناظر أمران أو قولان، وكان أحدهما يثبت أمراً عارضاً، والآخر ينفيه، فيكون القول للنافي.

(١) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩٧).

المطلب الرابع شروط القرينة



لم أجد لهذه القرينة سوى شرط واحد هو:
أن تكون هذه الأمور عارضة:

وذلك بثبوت ذلك بإحدى طرق الإثبات؛ كالعرف، أو الحس، أو العقل، وغيرها، فلو اختلف الناظران في كون هذا الأمر عارضاً، فإنه لا تطبق إلا على القول بأنه عارض، وبذلك يتبين أن الاختلاف في بعض فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها ناتج عن الاختلاف في الأمور محل البحث هل هي عارضة أم ليست عارضة^(١).

(١) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩٧).

المطلب الخامس

المستند الشرعي للقرينة



إن هذه القرينة إحدى القواعد المندرجة تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، وقريبة في المعنى من سابقتها، ولكنها أعم من قرينة: **(الأصل براءة الذمة)**؛ لأنها خاصة في عدم انشغال الذمة بالحقوق العارضة، وقرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** تشمل هذا الأمر وغيره، ولكنها أخص من قرينة: **(الأصل بقاء ما كان على ما كان)**؛ لأن الأخيرة تشمل محل الإثبات والنفي بخلاف قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)**، فهي في النفي فقط؛ كما أن الأخيرة قاصرة على الأمور العارضة، والأولى تشمل الأمور الوجودية والعارضة، وبناء على ما سبق يتبين دلالة المستندات الشرعية للقرينتين السابقتين على قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)**، كما أن هناك أدلة خاصة دلت على مشروعية بناء الأحكام على هذه القرينة واعتبارها، ومن هذه الأدلة:

أولاً: القرآن الكريم:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُمُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(١).

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

٢- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ تَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (١).

وجه الاستدلال: أن الآيتين السابقتين جاءتا لبيان بعض أدلة الإثبات من الشهادة على الدين، والشهادة على الزنا، وما ذاك إلا لأن هذه الأمور - المراد إثباتها - عارضة والأصل فيها العدم، فكان لا بد من دليل لإثباتها، ولو كان الأصل فيها الوجود لما أتت الأدلة الشرعية ببيان وسائل إثباتها، والحث عليها (٢).

ثانياً: السنة:

١- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن قذف امرأته في قصة اللعان: «البينة، أو حد في ظهرك»، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟، فجعل يقول: «البينة، وإلا حد في ظهرك» (٣).

وجه الاستدلال (٤): أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يقبل قول قاذف امرأته بلا بينة؛ لأن الزنا من الصفات العارضة التي الأصل فيها العدم، فلا بد لثبوتها من بينة.

(١) سورة النور، الآية (٤).

(٢) ينظر: الاستدلال للقواعد الفقهية من القرآن الكريم: (ص ١٦٣-١٦٥).

(٣) جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الشهادات، باب: إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، (١ / ٧٢٤)، برقم: (٢٦٧١).

(٤) ينظر: أدلة القواعد الفقهية من السنة النبوية: (١ / ٢٦١).

وكذلك كل الأدلة توجب البينة على المدعي، فإن ذلك لأن الأصل في دعوى المدعي العدم، لأن ما يدعيه من الأمور العارضة، فكان لا بد فيها من بينة.

٢- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ، فَلَمْ يَدْرْ كَمْ صَلَّى، ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا، فَلْيَطْرَحِ الشُّكَّ، وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ، ثُمَّ يَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَسْلُمَ، فَإِنْ كَانَ صَلَّى خَمْسًا شَفَعْنَ لَهُ صَلَاتِهِ، وَإِنْ كَانَ صَلَّى إِتْمَامًا لِأَرْبَعٍ كَانَتْ تَرْغِيمًا^(١) لِلشَّيْطَانِ»^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أرشد وأمر باطراح الشك، وعدم الاعتداد به، وما المشكوك فيه إلا أمر عارض خالف الأصل، فدل ذلك على أن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).

ثالثاً: اتفاق الفقهاء:

اتفق الفقهاء^(٤) رَحِمَهُمُ اللَّهُ على إعمال هذه القرينة والاحتجاج بها، ويظهر ذلك في كثرة تفريعهم عليها واستدلالهم به، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - في مسائل هذا الفصل ما يبين ذلك ويجليه.

(١) أي: إذلالاً له. ينظر: النهاية: (١/٦٦٩).

(٢) رواه مسلم في صحيحه، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، (ص ٢٠٤)، برقم: [١٢٧٢]-٨٨-(٥٧١).

(٣) ينظر: أدلة القواعد الفقهية من السنة النبوية: (١/٢٦١).

(٤) ينظر: البحر الرائق: (٦/٣٩)، الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: (ص ٥٣، ٥٤)، ترتيب اللآلي: (١/٣٢٢)، الفروق: (١/١١١)، الشرح الكبير؛ للدردير: (٤/١٤٣)، الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: (١/١٦٢)، التحبير: (٨/٣٨٤٤)، شرح الكوكب المنير: (٤/٤٤٢)، معلمة زايد: (٦/٤٣٦).

رابعاً: المعقول:

أن العدم في الأمور العارضة متيقن، ووجودها مشكوك فيه، ولذا يقدم المتيقن على المشكوك فيه، فيكون (الأصل في الأمور العارضة العدم)^(١).

(١) ينظر: المفصل في القواعد الفقهية: (ص ٢٩٨).

المبحث الأول
أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة
العدم) في كتاب البيع وباب السلم

وفيه ثمانية مطالب:

- المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في عيب السلعة التالفة.
المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في الأجل، أو الرهن، أو قدرهما، أو شرط صحيح أو فاسد، أو ضمين.
المطلب الثالث: اختلاف البائع والمشتري في قدر المبيع.
المطلب الرابع: اختلاف المتعاقدين في بدو الثمر وتشقق الطلع هل هو قبل البيع أو بعده؟
المطلب الخامس: اختلاف البائع والمشتري في التالف أو قدره في الجائحة.
المطلب السادس: اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب مع احتمال قول كل منهما.
المطلب السابع: اختلاف المسلم والمسلم إليه في أداء المسلم فيه.
المطلب الثامن: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن.

المطلب الأول

اختلاف البائع والمشتري في عيب السلعة التالفة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المتبايعان بعد التفاسخ - بسبب اختلافهما في الثمن - في عيب السلعة بعد تلفها، فقال المشتري: «كانت معيبة» بنحو: برص أو خرق ثوب أو نقص أو غيره، وقال البائع: «بل كانت سليمة غير معيبة»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجد لدى الجانبيين وتعارضاً، وقيل بسقوطهما، فمن يقدم قوله منهما؟

حكم المسألة:

ذهب الحنابلة إلى أن القول قول البائع يمينه^(٢).

واستدلوا: بأن الأصل عدم العيب وسلامته مما وصفه به المشتري^(٣).

ولم أجد للحنفية، والمالكية، والشافعية نصًا في هذه المسألة، ولكن

يمكن تخريجها على ما يأتي:

أما الحنفية فيمكن تخريجها على إحدى مسألتين:

(١) كشاف القناع: (٢٣٧/٣).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٢٣٧/٣)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٢٢٧/٣).

(٣) ينظر: المرجعين السابقين.

المسألة الأولى: أن البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك المبيع فمن يقدم قوله، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف القول قول المشتري بيمينه^(١)؛ وذلك لأن وجود العيب له أثر في الثمن، وعليه وبناء على هذه المسألة يكون الأقرب لمذهب الحنفية أن يكون القول قول المشتري بيمينه.

المسألة الثانية: اختلاف البائع والمشتري في قيمة المبيع الهالك بعد اختلافهما في الثمن، فعند الحنفية: أن القول قول البائع^(٢)، ولا يخفى أن هذه المسألة ألصق بالمسألة محل البحث من المسألة الأولى؛ ذلك أن تأثر قيمة الهالك بعيه أكبر من تأثر ثمنه بذلك، وعليه يكون أقرب الأقوال لمذهب الحنفية أن القول قول البائع^(٣).

(١) ونصها: «وأما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول أبي حنيفة **رَحْمَةُ اللَّهِ** وصورته أنه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيها لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط، وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة **رَحْمَةُ اللَّهِ** إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له وقال قاضيخان وذكر في الأصل إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً وقال أبو يوسف **رَحْمَةُ اللَّهِ** يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد **رَحْمَةُ اللَّهِ** يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك». تبين الحقائق: (٤/٣٠٨)، وقريب منه النص في المحيط البرهاني: (٦/٤٤٦-٤٤٧).

(٢) ونصها: «وإن اختلفا في قيمة الهالك فإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته وإن أقاما البينة فبينه البائع أولى لأنها تثبت الزيادة وإن لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لأنه هو المنكر لأن الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله». تبين الحقائق: (٤/٣٠٩)، وقريب منه ما ورد في البناية: (٩/٣٦٤-٣٦٥).

(٣) ولكن يهوش عليه بأن هذا غير لازم، فإن الحنابلة - كما في شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٢٢٦-٢٢٧) - قالوا بتقديم قول المشتري في قيمة المبيع الهالك بعد الاختلاف في =

وأما المالكية فأقرب ما وجدته هو: اختلاف البائع والمشتري في ثمن السلعة التالفة، فعند المالكية يقدم قول من ادعى الأشبه بيمينه، وإن أشبهها جميعاً أو لم يشبهها حلفاً وتفاسخاً - على خلاف في حال أشبهها -، وكان على المشتري قيمتها يوم اشتراها^(١)، وعليه قد يقال: إن أقرب الأقوال لمذهب المالكية في هذه المسألة هو القول بهذا التفصيل، فإن كان الثمن يوافق القول بوصفها بالعيب فيقدم وإلا فلا.

ولكن يردُّ هذا أنهما مختلفان في الثمن، فالقول بأن قول أحدهما سيشهد له الثمن غير وارد في هذه المسألة.

= ثمنه؛ لأنه غارم، وقدموا قول البائع في عدم صفة هذا المبيع بالعيب الذي ذكره المشتري؛ لأن الأصل عدمه، فالله أعلم بتحقيق قول الحنفية في هذه المسألة.

(١) ونصها: «(و) إن اختلفا (في قدره) أي الثمن بأن قال البائع عشرة والمشتري ثمانية حلفا وفسخ على المشهور ما لم يفت بيد المشتري فيصدق إن ادعى ما يشبه من الثمن، وشبه المثمون بالثمن في أنهما إن اختلفا في جنسه أو نوعه حلفا وفسخ مطلقا، ورد القيمة مع الفوات يوم البيع، وإن اختلفا في قدره حلفا وفسخ ما لم يفت المبيع بيد المشتري فيصدق إن ادعى ما يشبه فقال (ك) اختلفا في جنس أو نوع أو قدر (مثمونه) أي الثمن بأن قال أحدهما شاة والآخر بقرة، أو قال أحدهما شاة ضأن والآخر شاة معز، أو قال أحدهما شاة والآخر شاتان. الحط أي اختلفا في قدر ثمونه، وأما اختلفا في جنس المثمون أو نوعه فداخل في اختلفا في جنس الثمن ونوعه، ويحتمل أن التشبيه راجع لجميع ما تقدم وهو الظاهر والله أعلم.» منح الجليل: (٥/ ٣١٥)، وفي موضع آخر: «(إن ادعى) المشتري (الأشبه) أي المعتاد فيها أشبه البائع أيضا أم لا (و) (إن حلف) (المشتري على نفي دعوى البائع وتحقيق دعواه فيها، أو محل تصديقه بالشرطين (إن فات) المبيع كله بيده بحوالة سوق فأعلى، وهل كذا إن فات بيد بائعه قولان، فإن أشبه البائع وحده صدق إن حلف، وإن لم يشبه واحد منها حلفا ومضى بالقيمة». منح الجليل: (٥/ ٣٢٠)، وينظر في تفصيل هذه المسألة: التوضيح: (٥/ ٥٨٤)، الكافي في فقه أهل المدينة: (٢/ ٦٩٠)، تبصرة الحكام: (١/ ٣٦٩-٣٧٠)، منح الجليل: (٥/ ٣٢٠-٣٢١).

ولكن قد يكون هناك شبه آخر: كما لو انتشر في ذلك الوقت أو المكان العيب في هذه السلعة وكان أصلاً فيها، فيقدم قول مدعي العيب، وإن كان هذا الشبه والظاهر غير موجود، فيكون القول قول نافية لأنه معتضد بأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وهي من القرائن التي وقع عليها الاتفاق كما سبق ذكر ذلك.

ولعل عدم ذكرهم لعين المسألة محل البحث: يرجع إلى أن الاختلاف المذكور عندهم غير متصور؛ لأن قيمة السلعة الملزم بها المشتري محددة، وهو قيمتها يوم اشتراها كما سبق ذكر ذلك، ولكن يرد على هذا السبب أن القيم المذكورة تتأثر بوصفها بالعيب الذي ذكره المشتري في دعواه، وعليه يمكن أن يكون الاختلاف وارداً، ولو كانت المسألة محددة، وعلى كل فهذا ما ظهر لي، والله أعلم بتحقيق قول المالكية في هذه المسألة.

وأما الشافعية فأقرب ما وجدته مسألتان:

المسألة الأولى: اختلافهما في قدر الثمن أو المبيع بعد التلف الذي يفسح به العقد - وهو التلف قبل القبض -^(١)، فعند الشافعية القول قول مدعي النقص، وعليه فيكون أقرب الأقوال لمذهب الشافعية أن القول قول المشتري في هذه المسألة إذا كان الاختلاف قبل القبض وبعد التلف، وما ذاك إلا أن النقص له سبب وهو العيب الذي ذكره المشتري فيكون القول في قيمة التالف قوله.

(١) ونصها: «ويبقى ما لو اختلفا في الثمن أو المبيع بعد القبض مع الإقالة أو التلف الذي يفسح به العقد فلا تحالف بل يحلف مدعي النقص». تحفة المحتاج: (٤/٤٧٦)، والتلف الذي يفسح به العقد: ينظر فيه: الحاوي الكبير: (٥/٢٩٧).

المسألة الثانية: لو اختلف البائع والمشتري في قيمة السلعة التالفة بعد التحالف وفسخ البيع فعند الشافعية القول قول المشتري بيمينه؛ لبراءة ذمته^(١)، وما ذاك إلا لما سبق من تأثر القيمة بالعيب المدعي، ويرد عليه ما يرد على تخريج قول الحنفية المذكور سابقاً، وعلى كل حال فلو أخذ بالمرج من كلا المسألتين، فيمكن أن يقال: إن الأقرب لمذهب الشافعية أن المقدم قوله في هذه المسألة هو المشتري.

ولعل الشافعية لم يتطرقوا لهذه المسألة بعينها لسببين:

السبب الأول: أن الطرفين لا يتحالفان في المسألة الأولى، فلا يتفاسخان، وعليه لا يرد أحد قيود المسألة عندهم.

السبب الثاني: أن الاختلاف لو كان بعد القبض والتلف - بمعنى أن العقد باق -، ووقع التفاسخ فإن الاختلاف عندهم غير متصور؛ لأن قيمة السلعة الملزم بها المشتري محدد، وهو قيمتها يوم التلف، أو يوم القبض، أو أقل قيمتي يوم العقد أو يوم القبض، أو أقصى القيمتين من يوم القبض إلى يوم التلف على خلاف عندهم^(٢)، وعليه فيكون الاختلاف المذكور في المسألة محسوماً وغير موجود عندهم.

ولكن يرد على هذا السبب أن القيم المذكورة تتأثر بوصفها بالعيب الذي ذكره المشتري في دعواه، وعليه يمكن أن يكون الاختلاف وارداً، ولو كانت

(١) ونصها: «فإن اختلفا في قدر القيمة فالقول قول المشتري مع يمينه اعتباراً ببراءة ذمته وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما ادعاه واستحقاق المبيع». الحاوي الكبير: (٣٠٤-٣٠٥/٥).

(٢) ينظر: مغني المحتاج: (٥١١/٢-٥١٢).

المسألة محددة، وعلى كل فهذا ما ظهر لي، والله أعلم بتحقيق قول الشافعية في هذه المسألة.

وبناء على ما ذكر من التخريج السابق للمذاهب الثلاثة فيتحصل الآتي:
أن الأقرب لمذهب الحنفية أن القول قول البائع.

وأما المالكية فأقرب الأقوال لهم: أن قول من ادعى الأشبه يمينه، وإن أشبها جميعاً أو لم يشبها حلفاً وتفاسخاً - على خلاف في حال أشبها -، وكان على المشتري قيمتها يوم اشتراها.

أن الأقرب لمذهب الشافعية أن المقدم قوله في هذه المسألة هو المشتري.

والذي يظهر - والله أعلم -: أن المسألة الواقعة إن كان فيها ظاهر أو قرينة - نحو ما ذكر في القول الذي يقرب من مذهب المالكية -، فإنه يرجح جانبه يمينه، وإن خلت منهما فإن القول قول البائع؛ لقوة ما استدل به الحنابلة.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في هذه المسألة جلياً، فإن الحنابلة صرحوا في هذه المسألة بتقديم قول البائع أخذاً بهذه القرينة، وقال غيرهم بقول يقتضي الأخذ بها، كما في المسألة الثانية - عند الحنفية - التي يقرب أن يكون القول فيها مثل القول في المسألة محل البحث^(١).

(١) ولم أتناول هنا الظواهر والأصول التي تعارضت؛ وذلك لأنه لم ينص على هذه المسألة وتأثرها بهذه القرينة سوى الحنابلة، وما ذكر من تخرجات أو تقريبات لأقوال المذاهب الأخرى فيه ما فيه مما ذكر مما لا يصلح أن يعول عليه ويبنى عليه تعارض أصول وظواهر، كما أن هذا الأمر هو سبب عدم التطرق لثمرة الخلاف وسببه.

المطلب الثاني

اختلاف البائع والمشتري في الأجل، أو الرهن، أو قدرهما، أو

شرط صحيح أو فاسد، أو ضميين^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف البائع والمشتري في الأجل؛ بأن قال المشتري: «اشتريته بثمن مؤجل»، وأنكره البائع، أو اختلفا في رهن؛ بأن قال البائع: «بعتك السلعة على أن ترهنني كذا»، وأنكر المشتري، أو اختلفا في قدر الأجل أو الرهن بأن ادعى أحدهما أكثر والآخر أقل في غير أجل السلم، أو اختلفا في شرط صحيح أو فاسد - مبطل للعقد أم لا - فادعى أحدهما اشتراطه وأنكره الآخر، أو اختلفا في شرط ضميين بالثمن أو عهده أو عهدة المبيع، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة أو وجدت هذه البينة من الجانبين، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال خمسة:

(١) الإنصاف والمقنع: (١١ / ٤٧٩ - ٤٨١)، كشاف القناع: (٣ / ٢٣٨).

القول الأول: أن القول قول المنكر بيمينه في المسائل المذكورة كلها، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- على تقديم قول المنكر في أصل الأجل بأمور:

أ- بأن البائع والمشتري اختلفا في مدة ملحقة بالعقد بالشرط، فيكون القول قول من ينكرها؛ قياساً على اختلافهما في خيار الشرط^(٣).

ب- أن الأصل الحلول في الديون -والثمن منها-؛ ذلك أنه يثبت بغير شرط، والأجل عارض، فيكون القول قول من يدعي الأصل؛ قياساً على اختلافهما في أصل العقد^(٤).

ونوقش من أوجه^(٥):

الوجه الأول: أنه وإن كان الأصل في الأجل عدمه إلا أنه معارض بظاهر قوي، وهو كثرة اشتراط الأجل، فلا يكون قول أحدهما أولى من الآخر.

(١) ينظر: الأصل: (١٠٩/٥)، المبسوط: (٣٥/١٣)، تبيين الحقائق: (٣٠٦/٤)، المحيط البرهاني: (٤٣٨، ٤٥٦، ٤٣٨/٦)، بدائع الصنائع: (٥٠٥-٥٠٦/٨)، حاشية ابن عابدين: (٣١١-٣١٢/٨)، وما وجدت نصه عند الحنفية هو في الأجل، وقدره، والشرط، والرهن، والضمان، وعن أبي حنيفة قول بتقديم قول من يدعي الخيار؛ لأنه ينكر الزوال عن ملكه أو وجوب الثمن عليه كما في البناية: (٣٥٧/٩).

(٢) ينظر: التنقيح: (ص ٢٢٥)، كشاف القناع: (٢٣٨/٣)، شرح المتهى؛ للبهوتي: (٢٢٨/٣) عنده وعند ابن منجى كما في الإنصاف: (٤٨٠/١١).

(٣) ينظر: المبسوط: (٣٥/١٣).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (٤٥٦/٦)، بدائع الصنائع: (٥٠٦/٨)، الشرح الكبير: (٤٨٠/١١).

(٥) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع؛ للدكتور: صالح بن محمد السلطان: (ص ٦٣-٦٥).

الوجه الثاني: أن القياس على اختلافهما في أصل العقد قياس مع الفارق؛ لأن الاختلاف في الأصل اختلاف في أصل الانعقاد، فلا ينعقد مع هذا الاختلاف؛ لأن الأصل بقاء الملك لمن ينكر انتقاله، وأما في هذه المسألة، فإن اختلافهما في أمر زائد على العقد فافترقا.

الوجه الثالث: «أن صفات العقد؛ كالأجل ملحقة بأصله، فوجب أن يكون في التحالف كحكمه».

وأجيب: بأنه لا يسلم أن حكم الأصل هو التحالف، فإن هذا الأصل مختلف فيه، فلا يصح القياس عليه.

ج- أن الأجل أمر يستفاد من قبل البائع، وهو منكر له، فيكون القول فيه قوله^(١).

٢- على تقديم قول منكر الشرط المفسد للعقد بأمور:

أ- أنه بيع المثل من الجانبين؛ فإن مبنى البيع على المساواة والمعادلة من الجانبين، فمدعي الشرط الفاسد لا يدفع عن نفسه زيادة على ما وجب له أو عليه؛ لأنه يحصل له مثل ما وجب عليه إذا صح العقد، وعليه تبقى دعوى الفساد بالشرط المفسد للعقد لا تدفع استحقاقاً، فيكون القول قول منكر الشرط^(٢).

ب- أن الأصل في العقود الصحة؛ لأن الظاهر أن المسلم لا يتعاطى إلا عقوداً صحيحة، فيقدم قول المنكر؛ لأنه معتضد بهذا الأصل^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٥٠٦/٨).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٤٣٨/٦).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٢٣٨-٢٣٩)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٢٢٨/٣).

ج- أن الأصل عدم المفسد للبيع، فيقدم قول من يدعيه، وهو المنكر في هذه المسألة^(١).

٣- أنه اختلاف في غير المعقود عليه، والمعقود به، فأشبهه الاختلاف في الحط والإبراء، ولهذا لا يختل العقد بانعدامه^(٢)، فيكون القول فيه قول المنكر.

٤- أن هذه الأمور المذكورة عوارض على العقد، فلا تثبت إلا بالشرط، فيكون القول قول منكرها؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).

القول الثاني: أنهما يتحالفان إذا كانت السلعة قائمة، فأما إن كانت السلعة تالفة بحوالة سوق فأعلى، فيكون القول في أصل الأجل قول البائع، وأما في قدره، فالقول قول المشتري إن ادعى الأشبه، وأما في غير هذا التلف، فيكون القول قول من ادعى الأشبه بيمينه، وإذا لم يشبها أو أشبها جميعاً، فإنهما يتحالفان وهو المشهور من مذهب المالكية^(٤).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٣٨-٢٣٩).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٣٠٦).

(٣) ينظر: البناية: (٩/٣٥٧)، حاشية ابن عابدين: (٨/٣١١)، كشاف القناع: (٣/٢٣٨)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٢٢٨).

(٤) ينظر: تبصرة الحكام: (١/٣٧٠-٣٧١)، مواهب الجليل: (٥/٣٢٧-٣٢٨)، شرح الخرشي: (٥/١٩٥)، منح الجليل: (٥/٣١٧-٣١٨) وعلى كل فالاختلاف في مسألة: اختلاف البائع والمشتري في أصل الأجل أو قدره أو انقضائه كبير وكثير عند المالكية، وفيه تفاصيل وتفريعات كثيرة ومتنوعة؛ فقد حكى فيه بعضهم الخلاف وأوصل الأقوال فيه إلى ثمانية أقوال يتفرع عنها تفاصيل كثيرة، وينظر في ذلك: التوضيح: (٥/٥٨٩-٥٩١)، النوادر والزيادات: (٦/٤١٩-٤٢١)، شرح التلقين: (٢/٧٥-٧٨)، وبنوا كثيراً من التفريعات في المسألة محل البحث على الاختلاف في الثمن، ولكنني قدمت هنا ما اختاره خليل في مختصره كونه المشهور من مذهب المالكية عند المتأخرين، وما وجدت النص عليه هو الاختلاف في أصل الأجل، أو الرهن، أو قدرهما، أو الحميل (الضمين).

واستدلوا بالتالي:

١- على التحالف في الاختلاف في الرهن والحميل: بأن الثمن يزيد بعدمهما ويقل بوجودهما^(١)، فكان التحالف؛ كالاختلاف في الثمن.

٢- على التحالف عند الاختلاف في الأجل: بأن البيع يكون حالاً، ويكون بأجل، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر، وعليه يتحالفان^(٢).

ويستدل لهم على تقديم قول من يشبهه: بدلالة الظاهر، وأن كل من أشبه أو عضد جانبه ما يرححه، فالقول فيه قوله، وإذا لم يوجد بقي كل منهما مدعي ومدعى عليه، فيحلفان؛ لكونهما مدعى عليها.

وأما غير ما استدل له سابقاً، فيمكن أن يستدل له بأدلة القول الثالث^(٣).

القول الثالث: أنهما يتحالفان إلا في الشرط المبطل للعقد فاختلفوا فيه

- كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى -، وهو مذهب الشافعية^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما

يقول رب السلعة أو يتاركان»^(٥).

(١) ينظر: التوضيح: (٥٨٩/٥). (٢) ينظر: شرح التلقين: (٨٧/٢).

(٣) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع: (ص ٦٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٢٩٩/٥)، روضة الطالبين: (٥٧٧/٣، ٥٧٩)، نهاية المحتاج:

(٤/١٦٠)، تحفة المحتاج: (٤/٤٧٤-٤٧٦)، مغني المحتاج: (٢/٥٠٨، ٥١٣)، أسنى

المطالب: (٢/١١٤). (٥) سبق تحريجه.

٢- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلف البيعان ولا شهادة بينهما استحلف البائع، ثم كان المبتاع بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك»^(١).

٣- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «واليمين على المدعى عليه»^(٢).

وجه الاستدلال: أن الحديث الأول والثاني دلًا على تقديم قول البائع، والحديث الثالث دل على استحلاف المدعى عليه، وكل من البائع والمشتري في صورة المسألة مدعى عليه، فيحلف البائع؛ لما ورد في الحديثين الأولين؛ ولأنه مدعى عليه، ويحلف المشتري؛ لأنه مدعى عليه^(٣).

٤- بأن هذا الاختلاف في معنى الاختلاف في قدر الثمن؛ فإن البيع الذي فيه ما ذكر من الشروط يزيد فيها الثمن، وينقص بعدمها، فصارت في الحكم كأجزاء الثمن والمثمن، فكما يتحالفان عند الاختلاف في قدر الثمن والمثمن يتحالفان عند الاختلاف في هذه المسائل^(٤).

ونوقش: بأن التحالف إنما عرف بالنص عند الاختلاف فيما يتم به العقد، ولا يصح إلا به، وما ذكر من الشروط ليس من هذا الباب، بل هو وراء ما يتم به العقد، كما أنه ليس مقصودًا من العقد، فلا يكون في معنى المنصوص عليه

(١) رواه النسائي في المجتبى، في كتاب البيوع، باب اختلاف المباعين في الثمن، (ص ٧٠٨-٧٠٩)، برقم: (٤٦٤٩)، والدارقطني في سننه - واللفظ له -، في كتاب البيوع، (٢/ ٥٩٠-٥٩١)، برقم: (٦٠/ ٢٨١٨)، والبيهقي في سننه الكبرى: (٥/ ٥٤٣)، برقم: (١٠٨٠٩)، وقد صححه ابن السكن كما نقل ذلك ابن حجر في التلخيص الحبير: (٣/ ٧٣)، و صححه كذلك صاحب نهاية المحتاج: (٤/ ١٦٠)، وصاحب تحفة المحتاج: (٤/ ٤٧٣)، و صححه الألباني لغيره في إرواء الغليل: (٥/ ١٧٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/ ١٥٩-١٦٠)، تحفة المحتاج: (٤/ ٤٧٣-٤٧٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٠٠).

المقصود من العقد، وعليه لا يكون فيه التحالف، بل يكون القول قول المنكر؛
وفق القياس^(١).

وأجيب عليه من وجوه^(٢):

الأول: بأن النص عام، فيشمل التحالف عند الاختلاف في الثمن، وفي
غيره، فيدخل فيه المسألة محل البحث^(٣).

الثاني: أن صفات العقد ملحقة بأصله فيكون حكمها في التحالف حكمه.

الثالث: أن زيادة الثمن يصح أن يخلو منها العقد، ولا تمنع التحالف،
وعليه فليس كون هذه الشروط مما يصح أن يوجد العقد بدونها مانعاً من
التحالف.

الرابع: أنه لا يسلم أن هذه الشروط غير مقصودة، بل هي مقصودة؛ إذ لو
لم تكن مقصودة لم تشترط.

الخامس: أنه لو سلم أنه تبع، وليست مقصودة، فإنه تلحق بحكم يسوغها،
وهو التحالف هنا بناء على ما ذكر في الدليل.

٥- القياس على الاختلاف في الثمن والمثمن، فكما يتحالفان فيهما
يتحالفان في هذه المسألة^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (١٣/٣٥)، الحاوي الكبير: (٥/٣٠٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٣٠٠).

(٣) ينظر: شرح التلقين: (٢/٧٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٢٩٩).

ونوقش: بأن ثبوت التحالف في الأصل المقيس عليه غير مسلم؛ لضعف الحديث الذي بني عليه، وهو ما روي فيها التحالف^(١)، وعدم التسليم بأن المشتري مدعى عليه ومنكر؛ لأنه مدع للأجل^(٢).

ثم اختلف الشافعية في الاختلاف في الشرط المبطل للعقد من يقدم قوله على قولين:

القول الأول: أن القول فيه قول من يدعي الصحة، وينكر هذا الشرط، وهو الصحيح من مذهب الشافعية^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم المفسد، وأن الأصل في العقود بين المسلمين الصحة^(٤).

٢- تشوف الشارع إلى التزام العقود، فكان القول بتقديم قول مدعي الصحة ومنكر الشرط محققاً لهذا المقصد الشرعي^(٥).

القول الثاني: أن القول فيه قول من يدعي الفساد، وهو قول عند الشافعية^(٦).

واستدلوا: بأن الأصل عدم العقد الصحيح، وبراءة الذمة من نتائجه^(٧).

(١) سبق تحريجه.

(٢) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع: (ص ٦٥).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٧٩)، أسنى الطالب: (٢/١١٦)، مغني المحتاج: (٢/٥١٣).

(٤) ينظر: مغني المحتاج: (٢/٥١٣). (٥) ينظر: المرجع السابق.

(٦) ينظر: روضة الطالبين: (٣/٥٧٩)، مغني المحتاج: (٢/٥١٣).

(٧) ينظر: مغني المحتاج: (٢/٥١٣).

القول الرابع: أنهما يتحالفان، ولا يقدم قول أحدهما على الآخر، إلا في الشرط، فيقدم قول من ينفيه بيمينه، وهو رواية عند الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- على التحالف: بأن المتبايعين اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا؛ قياساً على اختلافهما في الثمن^(٢).

٢- على تقديم قول نافي الشرط الفاسد: بأن ظهور تعاطي المسلمين العقد الصحيح والشرط الصحيح أظهر من تعاطيهم الفاسد منهما، فيرجح قول من يعضده هذا الظاهر^(٣).

ويستدل لهم على تقديم قول نافي الشرط الصحيح: بأن الأصل عدم وجود هذا الشرط، فيكون هذا الشرط عارضاً، فيقدم قول منكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

القول الخامس: أنهما يتحالفان في المسائل كلها مطلقاً، وهو قول زفر من الحنفية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٧٩-٤٨١)، وقد جعلها المرداوي في المرجع السابق هي المذهب، ولكنه اقتصر في التنقيح على القول الأول، فكان مقدماً في تحديد المذهب. ينظر: التنقيح: (ص ٣٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١١/٤٨٠).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: المبسوط: (١٣/٣٥)، تبين الحقائق: (٤/٣٠٧) وقوله بالتحالف خاص في الاختلاف في الأجل أو قدره.

(٥) ينظر: الإنصاف والمقنع: (١١/٤٧٩-٤٨١)، وعند الحنابلة وجه بقبول قول من ادعى الشرط الفاسد كما في الإنصاف: (١١/٤٨٢).

واستدلوا: بأدلة القول الثالث، ونوقش بما نوقش به^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو أنه إذا عضد أحد القولين ظاهر، كما لو كان العرف في هذا النوع من البيع أن يكون فيه شرط فاسد أو نوع معين من الشروط الصحيحة؛ كالضمين والحميل والأجل، أو غيرها مما ذكر، أو كان الأصل عدمها، فيرجح قول من عضد جانبه هذا الأصل أو الظاهر المبني على الواقع وعرف الناس؛ لأن من ترجح جانبه فإن القول قوله عملاً بمجموع الأدلة التي جعلت اليمين في جانب أقوى المتداعين، وأما إذا خلت الواقعة عما ذكر، فإن الراجح أن القول المنكر يمينه إذا كان البائع؛ لأن به تجتمع النصوص؛ فالنصوص وردت بأن اليمين على المدعى عليه، ووردت باليمين على البائع، فإذا كان منكرًا اجتمع في جانبه الوصفان، فكان القول قوله يمينه، وأما إن كان المشتري هو المنكر؛ لما يدعيه البائع من الشرط الصحيح أو الفاسد، أو الرهن والحميل وغيرها مما ذكر في أصل المسألة، فيتحالفان، فأما البائع؛ فلما وردت به النصوص - الواردة في أدلة القول الثالث - من تقديم قوله يمينه، وأما المشتري؛ فلما وردت به النصوص من تقديم قول المدعى عليه يمينه، ويكون بذلك الجمع بين أدلة الأقوال.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر في هذه المسألة من وجهين:

(١) ينظر: المبسوط: (٣٥ / ١٣)، تبين الحقائق: (٤ / ٣٠٧).

الوجه الأول: أن من قال بالتحالف من الجانبين، فإنه يقول بفسخ البيع، إما بتحالفهما أو بفسخ الحاكم، وأما من قدم قول أحدهما بيمينه، فيلزم من ذلك أنه يلزم الآخر به، ويتم بذلك البيع ولا يفسخ^(١).

الوجه الثاني: تأثير ذلك على الحكم القضائي بترجيح من قوي جانبه، وعضد بيمينه، وما يلزم ذلك من الأخذ بقوله والحكم بوجهه، أو تساوي قول المتداعين وتحالفها.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمور:

الأمر الأول: أن الاختلاف فيما ذكر في صورة المسألة هل يلحق بالاختلاف في الثمن أم لا، فمن قال يلحق بالاختلاف في الثمن قال بتحالف البائع والمشتري، ومن رأى أنه لا يلحق به وأن الاختلاف في الثمن ورد خلاف القياس، ولكن قيل بالتحالف فيه لما ورد فيه من النص.

الأمر الثاني: أن النصوص الواردة في أدلة القول الثالث هل هي عامة بكل اختلاف بين المتبايعين، وعليه يتحالفان في هذه المسألة أو هو خاص بما لا يصح العقد إلا به من الثمن والمثمن، فلا يتحالفان في الاختلاف فيما ورد في هذه المسألة.

الأمر الثالث: أن الأصل في العقود الصحة أو الفساد والبطلان، فمن قال بالأول رجح جانب من يدعي الصحة وإمضاء العقد، ومن رأى أن الأصل في

(١) وما ورد في الحديث السابق من تخيير المشتري بعد حلف البائع يرد على هذا اللازم، وعليه فقد يعارض هذا اللزوم أو ينفي.

العقود البطلان والفساد؛ لأن الأصل براءة الذمة من توابعها ولزومها قال بترجيح قول مدعي الفساد، ومن لم يترجح لديه جانب قال بالتحالف.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في هذه المسألة ظاهراً جلياً، فإن من قدم قول المنكر في الأمور المذكورة في صورة المسألة كلها أو بعضها - وهم أصحاب المذاهب الأربعة كلها - اعتمد على هذه القرينة؛ لأن الأصل فيها العدم والطروء، فمن ادعى وجودها فعليه الدليل.

وقد اجتمع في هذه المسألة تعارض أصول وظواهر، فمن الأصول: الأصل في الديون أنها حالة غير مؤجلة، والأصل في العقود الصحة، والأصل عدم المفسد، و(الأصل في الأمور العارضة العدم)، والقول قول المنكر، والأصل براءة الذمة.

وأما الظواهر، فمنها: أن ما استفيد من قبل الإنسان فإن القول فيه قوله، وأن من لا يدفع عن نفسه زيادة على ما وجب له أو عليه فلا يقبل قوله، ويكون القول لمنكر قوله، أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً، وأن كل من أشبه أو عضد جانبه ما يرجحه، فإن القول قوله، وأن التابع تابع لأصله في الحكم.

وبناء على ما سبق افرق النظر الفقهي واختلف، فمن رجح له جانب بعض الأصول والظواهر قال بمقتضاها، ومن ترجح لديه غيرها قال به، ومن رأى الدليل الشرعي عاماً أدخل فيه من المسائل ما رأى أنه يشمله بعمومه.

المطلب الثالث

اختلاف البائع والمشتري في قدر المبيع^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع، وكان قائمًا لم يفت، فقال المشتري: «بعثني هاتين السلعتين»، وقال البائع: «بل بعثك إحداهما»، ولم يرض أحدهما بقول الآخر، وخلا قولهما عن بيعة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنهما يتحالفان ولا يقدم قول أحدهما على الآخر، وهو

مذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)،

(١) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٨٢-٤٨٣)، كشف القناع: (٣/٢٣٩).

(٢) ينظر: تبين الحقائق: (٤/٣٠٤)، البناية: (٩/٣٥٢-٣٥٣)، حاشية ابن عابدين: (٨/٣٠٩-٣١٠).

(٣) ينظر: المقدمات الممهدة: (٢/١٩٨)، منح الجليل: (٥/٣١٥)، الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك: (٣/١٥٥-١٥٦).

..... والشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١ - قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إذا اختلف المتبايعان تحالفا**»، وفي رواية: «**اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفا**»^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل التحالف بين المتبايعين عند عدم اليقينة، ومن ذلك صورة المسألة محل البحث، وعليه يتحالفا^(٤).

ويناقش: بأن الحديث المذكور ضعيف لا تقوم به الحجة.

ويجاب عن هذه المناقشة: بأنه صح الدليل بمشروعية حلف البائع، وحلف المدعى عليه^(٥)، فالبائع مدع بيع عبد واحد منكر بيع عبدتين، والمشتري مدع شراء عبدتين منكر شراء عبد واحد، وعليه يكون كل منهما، مدع، ومنكر مدعى عليه فيتحالفا^(٦).

٢ - أنه اختلاف في صفة عقد بيع صحيح، فأوجب التحالف^(٧).

القول الثاني: أن القول قول البائع يمينه، وهو المذهب عند الحنابلة^(٨).

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٥٧٧/٣)، تحفة المحتاج: (٤/٤٧٥، ٤٧٦)، نهاية المحتاج: (١٦٠/٤).

(٢) الإنصاف: (٤٨٣/١١). (٣) سبق تخريجه.

(٤) ينظر: البناءة: (٩/٣٥٢-٣٥٣). (٥) كما ورد قريباً في المسألة السابقة.

(٦) ينظر: تحفة المحتاج: (٤/٤٧٦)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٠).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٢٩٨).

(٨) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٨٢-٤٨٣)، كشف القناع: (٣/٢٣٩)، شرح منتهى

الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٢٢٨).

واستدلوا: بأن المشتري يدعي البيع الثاني، والبائع ينكره؛ ذلك أن البيع يتعدد بتعدد المبيع، فالمشتري يدعي وجود عقدين، والبائع ينكر أحدهما، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم البيع الثاني الذي يدعيه المشتري لأنه عارض على الأصل، والأصل في الأمور العارضة العدم^(١).

ويستدل لهم: بأن السنة - كما سبق - وردت بتقديم قول البائع، وتقديم قول المدعى عليه، وفي هذه المسألة اجتمع هذان الوصفان في البائع، فهو بائع، ومنكر بيع السلعة الأخرى، والتي يبيعها الأصل فيه العدم، فيكون مدعى عليه، فيقدم قوله على كل الوجهين.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو أن من دلت قرائن الحال، أو عضد جانبه أصل، كما لو كان الغالب والعرف في بيع هذه السلعة ألا تباع مفردة بل تباع مع السلعة الأخرى التي يدعي المشتري دخولها في العقد، فيقدم قول المشتري، أو لو دل الأصل والظاهر على أن إحدى السلعتين أو كلاهما لا تجتمعان في عقد واحد في وقت واحد، وإنما يكونان في أكثر من عقد ووقت، فيرجح بذلك قول البائع، وأما إن تساوى الجانبين في قرائن الحال، وظاهر المعاملة، فإن الراجح هو قول البائع لما ورد في دليلي القول الثاني؛ ولأن تعريف المدعى عليه: أنه من يدعي ما يوافق الأصل، والبائع في هذه المسألة اجتمع فيه وصفه بأنه بائع، وأنه مدعى عليه، وعليه يكون القول قوله، والجانب المرجح جانبه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٣٩)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٢٢٨).

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة: هي أن من قال بالتحالف، فإنه يخير المتبايعين بين أن يرضى أحدهما بقول صاحبه أو يُفسخ البيع، وأما من قال بأن قول البائع مقدم بيمينه، فإنه يلزم المشتري بقول البائع، ويمضي العقد.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يرجع إلى توصيف موقف كل من البائع والمشتري، فمن قال: كل منهما مدعى عليه، قال بتحالفهما، ومن قال: إن البائع هو المدعى عليه جعل القول قوله.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة ظاهراً جلياً، فهي السبب الذي حدى بالحنابلة إلى ترجيح قول البائع، وتوصيف موقفه أنه مدعى عليه، كما أنها السبب في التحالف الذي قال به الجمهور؛ إذ هي مما عضد كلا الطرفين فأدى إلى التحالف، فإن الأصل عدم الصفة التي يدعيها كل منهما في العقد.

وكما لا يخفى فإن هذه المسألة تعارض فيها تطبيقات مختلفة ل: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، فإن القول الأول قال به في كلا الجانبين؛ ذلك لأن كليهما منكر الصفة التي يدعيها كل منهما في العقد، وهذه الصفة من العوارض، فيكون القول قول منكرها؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

وأما القول الثاني فرأى أن هذه القرينة تعضد جانب البائع فقط، ولا تعضد جانب المشتري، وعليه رجح جانبه بها، ورأى أنهما متفقان على أصل

العقد وفق ما يدعيه البائع - إذ هو الأقل -، وما يدعيه المشتري، فهو أمر زائد عارض على ما اتفقا عليه، فيكون القول قول منكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

المطلب الرابع

اختلاف المتعاقدين في بدو الثمر وتشقق الطلع

هل هو قبل البيع أو بعده^(١)؟



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة^(٢):

إذا اختلف البائع والمشتري - في بيع الشجر - في وقت بدو الثمر أو

(١) كشف القناع: (٣/ ٢٨٠).

(٢) ونص الكشف: (٣/ ٢٨٠): «(فإن اختلفا) أي المتعاقدان (هل بدا) الثمر أو تشقق الطلع (قبل بيع) ونحوه (أو بعده، فقول بائع) ونحوه: إنه بعد العقد لأنه ينكر خروجه عن ملكه والأصل عدمه» هكذا في الكشف في الطبعة المعتمدة في البحث وفي الطبعة التي أصدرتها وزارة العدل: (٨/ ٧٠)، وما ذكر من قول البائع، ومن ثم تقديمه مشكل: لأن قول البائع لو كان ما ذكر فإنه لا ينكر خروجه عن ملكه بل يقر خروج هذا الثمر الذي بدا أو تشقق طلعه من ملكه؛ لأن الحنابلة يشترطون ليكون هذا الثمر في ملك البائع أن يكون قد بدا أو تشقق طلعه قبل العقد كما في كشف القناع: (٣/ ٢٧٩)، وشرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/ ٢٨٤)، فإذا كان يدعي أن بدو الثمر وتشقق الطلع كان بعد العقد، فهو يقر أنه لم يكن في ملكه، وعليه لا يتسق ما ذكر من التعليل مع المذهب يؤيده ما نص عليه البهوتي في شرح منتهى الإرادات من قوله: «(ويقبل قول معط) من نحو بائع، وواهب (في بدو) ثمرة قبل عقد؛ لتكون باقية له؛ لأن الأصل عدم انتقالها عنه، ويخلف»، ودعوى البائع ذلك متسقة مع ما ذكر سابقًا من اشتراط بدو الثمرة قبل العقد لتكون باقية على ملك البائع، وهو ما اختاره صاحب مطالب أولي النهى: (٣/ ١٩٧)، ونظرًا لما هو مقرر من تقديم ما ورد شرح المنتهى - السابق - على ما ورد في كشف القناع في تقرير مذهب الحنابلة؛ لأنه متسق وموافق لما ذكر من اشتراط =

تشقق الطلع أو التأبير^(١)؛ هل كان قبل البيع أو بعده، فقال البائع: «إنه كان قبل العقد»، وقال المشتري: «إنها كانت بعد العقد»، وبرهن كل منهما بينة أو إقرار وقيل بتساقطهما، أو خلا قول كل منهما عن ذلك، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن القول قول البائع، وهو قول بعض المالكية^(٢)، وهو مذهب الشافعية^(٣)، ومذهب الحنابلة^(٤).

= بدو الثمرة أو تشقق الطلع قبل العقد لتكون للبائع قررت اعتماد تصوير المسألة مما ورد في شرح المنتهى.

(١) وجمعتها هنا؛ لأن الحنابلة أناطوا الحكم - أي: كون الثمر للبائع - بتشقق الطلع؛ لملازمته التأبير غالباً (ينظر: شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/ ٢٨٤)، كشاف القناع: (٣/ ٢٨٠))، وأناطه المالكية والشافعية بالتأبير: وهو التلقيح، وهو تعليق طلع الذكر على طلع الأنثى (ينظر: منح الجليل: (٥/ ٢٨٢) أسنى المطالب: (٢/ ١٢١)) بل نص الشافعية كما في: نهاية المحتاج: (٤/ ١٦٠) أن القول قول المشتري في أن تشقق الطلع كان بعد العقد بخلاف قولهم في هذه المسألة، ولكن لأن تعليلهم واحد، ومقصودهم الذي أناطوا به الحكم هو بقاء ملك البائع على الثمرة التي ثبت ملكه لها سابقاً تبعاً للشجرة سواء أكان سبب بقاء الملك هو التأبير أو تشقق الطلع وبدو الثمرة.

(٢) هو ابن المواز كما في منح الجليل: (٥/ ٢٨٢)، حاشية العدوي على شرح الخرشي: (٥/ ١٨١).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٨٨)، تحفة المحتاج: (٤/ ٤٧٤-٤٧٥)، نهاية المحتاج: (٤/ ١٦٠)، أسنى المطالب: (٢/ ١٢١).

(٤) ينظر: كشاف القناع: (٣/ ٢٨٠)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/ ٢٨٦-٢٨٧)، وقول الشافعية والحنابلة على أن تقديم القول البائع يمينه.

واستدلوا: بأن البائع ينكر خروج الثمرة عن ملكه، والأصل بقاؤها في ملكه وعدم خروجها منه، فيكون القول قوله^(١).

القول الثاني: أن القول قول المشتري، وهو قول بعض المالكية^(٢).

ولم أجد لهم دليلاً، ولكن يستدل لهم:

١- بأن الثمر يتبع النخل أو الشجر حساً، فيكون القول قول من يقتضي قوله إتباع الثمرة أصلها، وهو المشتري.

٢- بأن التأبير والتلقيح عارض، والأصل عدمه، فيكون القول قول منكره وهو المشتري.

يناقش: بأن هذا الأصل يعارضه فيما لو كان وقت التأبير والتلقيح محدوداً، فلو لم يتم به البائع لتلف الطلع، والأصل في الناس المحافظة على أموالهم وعدم التفريط بها، ومن ذلك القيام بالتأبير في وقته الذي تفوت به الثمرة لو لم يتم به.

ولم أجد للحنفية نصاً في هذه المسألة، ولعلمهم لم ينصوا على هذه المسألة؛ لأنه لا ثمرة للخلاف عندهم، فإن الثمرة عندهم للبائع سواء بدا ثمرها أو تشقق طلعتها أم لا^(٣)، وعليه في كل الحالين سواء قيل بتقديم قول البائع، أو قول المشتري، فالثمرة للبائع.

(١) ينظر: تحفة المحتاج: (٤/٤٧٥)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٠)، أسنى المطالب: (٢/١٢١)، كشاف القناع: (٣/٢٨٠)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٢٨٧).

(٢) وهو القاضي: إسماعيل كما في منح الجليل: (٥/٢٨٢)، حاشية العدوي على شرح الخرشي: (٥/١٨١).

(٣) ينظر: تبين الحقائق: (٤/١١)، والبنية: (٨/٣٣-٣٤)، وحاشية ابن عابدين: (٧/٨٢-٨٣).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في قرائن الأحوال، وظاهر الأمر، فمن كان قوله معتضداً، فإنه يرجح جانبه، ويكون القول قوله، كما لو جرت العادة بتأثير بدو الثمرة أو تشقق الطلع أو التأبير على الثمن، بأن يزيد الثمن أو يقل بناء عليها، فيكون القول قول من يعضده هذا الظاهر، وكما لو قال أهل الخبرة بالزراعة، بأن بدو الثمرة أو تشقق الطلع أو التأبير كان قديماً قبل العقد، فيكون القول قول البائع، وأما إن أفادوا بحداثته؛ بأن كان بعد العقد، فيكون القول قول المشتري، وإن تساوى القولان، ولم يوجد من ظاهر الحال ما يرجح جانب أحدهما، فيكون القول قول البائع؛ لأن الأصل بقاء ملكه على الثمر بعد خروج الشجر أو النخل منه؛ ذلك أن الذي استثنى الثمر من النخل أو الشجر هو: قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(١)**، وهذا الاستثناء خاص في حال التأبير، فيكون القول قول من يدعي هذا الوصف الخاص؛ لما يؤديه من استمرار ملك البائع على الثمرة، وعدم الالتفات إلى العارض - وهو انتقالها -؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف ظاهرة من خلال ما ذكر في أدلة القولين، وهي: أن من قال بتقديم قول البائع، فإنه يقول ببقاء ملكه على الثمرة، وأنها لم تخرج عنه، وأما من قال بتقديم قول المشتري، فإنه يقول بانتقال ملكية الثمرة له؛ تبعاً لأصلها.

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة أو بإجارة، (١/٦٢٣-٦٢٤)، رقم: (٢٢٠٤)، مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، (ص ٥٧٨)، رقم: (٣٩٠١).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - في هذه المسألة يحتمل أن يرجع إلى تعارض أصليين:

الأول: أن الأصل عدم التأبير وعدم بدو الثمرة، وعليه فيقدم قول المشتري؛ لأن قوله يوافق هذا الأصل.

الثاني: أن الأصل بقاء ملك البائع على الشجرة وثمرتها، وعليه فيقدم قول البائع؛ لأنه يقتضي بقاء هذا الملك واستمراره.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة جلي ظاهر؛ فإن كل الأقوال في المسألة لهذه القرينة أثر عليه، فكل منها استدل بها أو استدل له بها، فمن قال بتقديم قول المشتري استدل له بأن الأصل نفي العارض وهو التأبير، فتبقى الشجرة أو النخلة غير مؤبرة حتى قام المشتري بتأبيرها، ومن قال بتقديم قول البائع استدل بأن الأصل نفي العارض وهو انتقال ملك الثمرة عنه، فتكون الثمرة بادية أو النخل والشجر مؤبراً من البائع حتى انتقل ملك الشجرة للمشتري وبقي ملك الثمرة للبائع.

وما ذكر سابقاً هما وجهان للقرينة تعارضاً، إضافة إلى تبعية الثمرة الشجرة، وعليه فمن رأى قوة جانب أحد الوجهين وما اعتضد بأحدهما رجع من كان قوله في هذا الجانب، وجعل الآخر مرجوحاً، وكذلك الجانب الآخر.

المطلب الخامس

اختلاف البائع والمشتري في التألف أو قدره في الجائحة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف البائع والمشتري بعد وقوع الجائحة، فقال البائع: «لم تتلف الجائحة شيئاً»، وقال المشتري: «بل أتلفت»، أو قال البائع: «أتلفت الجائحة هذا القدر»، فقال المشتري: «بل أتلفت أكثر منه»، وخلا قولهما عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجداً، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن القول قول البائع في وقوع التلف بالجائحة، وهو مذهب

المالكية^(٢).

(١) كشف القناع: (٣/ ٢٨٦)، والجائحة: هي «ما أتلف من معجوز عن نفعه عادة قهراً من ثمر أو نبات بعد بيعه» أو هي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها بأمر سماوي. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: (ص ٣٩٢)، المصباح المنير: (ص ٤٤)، المطلع على أبواب المقنع: (١/ ٧٠١).

(٢) ينظر: شرح الخرشي: (٥/ ١٩٥)، منح الجليل: (٥/ ٣١٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (٣/ ١٨٧).

واستدلوا: بأن الأصل سلامة المبيع من الجائحة، فيقدم قول من يعضده هذا الأصل^(١).

وأما المقدم قوله في قدر المتلف فقد اختلف فيه المالكية على قولين: القول الأول: أن المقدم قول المشتري، وهو المعتمد من مذهب المالكية^(٢).

ولم أجد لهم دليلاً، ولا ما يمكن أن يستدل به.

القول الثاني: أن المقدم قول البائع، وهو قول عند المالكية^(٣).

ويستدل لهم: بأن البائع غارم، فيكون القول قوله في قدر التالف، وبما استدل به أصحاب القول الثاني والثالث.

القول الثاني: إذا اختلفا في إتلاف الجائحة، فإن كانت الجائحة لم تعرف أصلاً، فالقول قول البائع بلا يمين، وإن عرف وقوعها عامًّا، فالقول قول المشتري بلا يمين، وإن أصابت قومًا دون قوم، فالقول قول البائع بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(٤)، وأما إن اختلفا في قدر الفات، فعلى القديم من قول الشافعي يكون القول قول البائع^(٥).

(١) ينظر: شرح الخرشي: (١٩٥ / ٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (١٨٧ / ٣).

(٢) ينظر: شرح الخرشي: (١٩٥ / ٥)، منح الجليل: (٣١٤ / ٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (١٨٧ / ٣).

(٣) ينظر: شرح الخرشي: (١٩٥ / ٥)، منح الجليل: (٣١٤ / ٥).

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٥٦٥ / ٣).

(٥) ينظر: المهذب: (١٦٠ / ٣)، روضة الطالبين: (٥٦٥ / ٣)، ويظهر أن النص المذكور

خاص بما بعد القبض بالتخلية، ولم أجد نصًّا في مسألة الاختلاف في قدر التالف في =

واستدلوا على تقديم قول البائع بيمينه في إتلاف الجائحة: بأن الأصل عدم هلاك المبيع بهذه الجائحة ولزوم الثمن على المشتري^(١).

واستدلوا على تقديم قول البائع في قدر التالف: بأن الأصل براءة ذمته من القدر الزائد وعدم هلاكه^(٢).

ويستدل لهم: بأن الجائحة إذا لم تعرف أصلاً، فإنه يغلب على الظن عدمها؛ لأن الجائحة إذا وجدت، فالغالب أنها لا تخفى، فيقدم من يشهد له أصل العدم في الأمور العارضة وقرينة الحال بلا يمين؛ لأن احتمال كذب قوله ضعيف، وأما إذا كانت عامة معروفة، فالأصل - بعد ثبوت وقوعها وعمومها - والغالب وظاهر الحال أنها تتلف بل إنها لم تسم جائحة إلا لإتلافها فيقدم قول من يشهد له هذا الظاهر بلا يمين؛ لضعف احتمال كذب قوله مع ما اعتضد به، وأما إن أصابت قومًا دون قوم، فيغلب أن الأصل في الأمور العارضة العدم، فيقدم قول البائع بيمينه؛ لاحتمال قوله.

القول الثالث: أن القول المقدم قول البائع، وهو مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بأن البائع منكر لما يدعيه المشتري من الإتلاف، ومن القدر الزائد، فيكون القول قوله؛ لأن الإتلاف والقدر الزائد عارض، والأصل عدمه^(٤).

= جديد قولي الشافعي، ولعل ذلك لأن جديد قول الشافعي: عدم وضع الجوائح بعد

التخلية بين المشتري وبين الثمرة، وهو الأظهر من قوله عند الشافعية (ينظر: روضة

الطالبين: (٥٦٤/٣)، أسنى المطالب: (١٠٨/٢))، وعليه فلا فائدة من اختلافهما في

القدر؛ لأن أي قدر يكون فإنه من ضمان المشتري ولا ضمان على البائع.

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٥٦٥/٣). (٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٢٨٦/٣). (٤) ينظر: المرجع السابق.

لم أجد نصًا للحنفية في هذه المسألة، ولكن لعله أن يقال: بتخريج هذه المسألة على قولهم في وضع الجوائح، وهو: أنما تلف قبل القبض - وهو التخليّة هنا - فإنه يكون من ضمان البائع، وما كان بعده، فهو من ضمان المشتري^(١)، فإذا اتفق البائع والمشتري على أن القبض تم دون تلف في الثمر، وتنازعا بعد ذلك، فلا معنى لهذا التنازع، ولا يقبل قول المشتري؛ لأن الضمان عليه ولا ضمان على البائع، ولعله يكون هو السبب لعدم النص على هذه المسألة، وأما غير هذه الحال من الأحوال الممكنة في المسألة فلم يظهر ما يمكن التخريج عليه.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو الأخذ بما دل عليه الظاهر من نحو ما ذكره الشافعية في قولهم أو من نحو حرص المشتري على إتمام البيع وعدم فسخه بالجائحة ولا بتفرق الصفقة مما يدل على عدم ضخامة التالف إلى غير ذلك من قرائن الحال التي لا تحصر، وأما إن خلت واقعة الاختلاف من دلائل حالية، فيرجح قول البائع؛ لما اعتضد في جانبه من أدلة مختلفة ذكرت في الأقوال؛ ولعدم ظهور دليل يمكن الأخذ به؛ لترجيح جانب المشتري.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر من خلال تضمين البائع ما تلف بالجائحة، فمن قال بتقديم قول المشتري، فمقتضى قوله تضمين البائع ما ذكره المشتري، ومن قال بتقديم قول البائع، فمقتضى قوله تضمين البائع ما أقر به على نفسه^(٢).

(١) ينظر: شرح معاني الآثار: (٣٥ / ٤)، شرح مختصر الطحاوي؛ للجصاص: (٥٢ / ٣).
(٢) على أنه يتنبه إلى عدم حتمية ما ذكر، وعدم لزومه لكل قول في كل حال؛ لما ذكر سابقًا من أن الحنفية والشافعية لا يأخذون بمبدأ وضع الجوائح بعد قبض الثمار =

ويظهر ما ذكر: بما لو اختلف البائع والمشتري في قدر التالف، فقال البائع: إنه أقل من الثلث، وقال المشتري: إن قدر التالف الثلث، فأكثر، فإنه لو قدم قول البائع، فلا ضمان عليه في هذا القدر عند المالكية^(١)؛ لأنه أقل من الثلث، ولو قيل بتقديم قول المشتري، فيضمن البائع؛ لأن التالف الثلث فأكثر.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: النظر إلى واقع الحال وما يمكن أن يكون عليه، وما يحتف به من قرائن، فمن اعتبر هذا الأمر فصل وفقه، ومن لم يعتبره أو رأى أن القرائن الحالية لا ترقى لدرجة الاعتبار جعل القول في المسألة واحداً.

الأمر الثاني: أن من رأى أن الأصل براءة ذمة البائع مما يدعيه المشتري، وأن الأصل عدم ما يدعيه المشتري، فإنه يرجح قول البائع، ومن لم ير ذلك أو لم ير رجحانه، فإنه يقدم قول المشتري.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** جلياً في هذه المسألة من خلال مختلف المذاهب الفقهية التي نصت على هذه المسألة، فالمالكية عبروا عنها (بأن الأصل السلامة...)، والشافعية والحنابلة عبروا عنها بقريب

= بالتخلية، ويراجع في هذا الخلاف ما قرره شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى: (٢٧٠ / ٣٠) وما بعدها ففيه ما يفيد.

(١) وفيه تفاصيل كثيرة واستثناءات ينظر فيها: التوضيح: (٥ / ٥٧٦)، منح الجليل: (٣١٢ / ٥) وما بعدهما.

من نصها، وكلهم استدل بها على ترجيح جانب البائع، وبأنه غارم، وبأن الأصل لزوم الثمن للمشتري.

وهذه هي الأصول التي عضدت جانب البائع، وأما المشتري، فقد عضد جانبه ظاهر الحال إذا كانت الجائحة عامة، فيقدم قوله بحصول التلف بها.

فمن رأى رجحان جانب البائع بما اعتضد به قدمه، ومن رأى رجحان جانب المشتري بما اقترنت به حاله جعل قوله مقدمًا.

المطلب السادس

اختلاف البائع والمشتري

في حدوث العيب مع احتمال له قول كل منهما^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا وجد المشتري السلعة معيبة بعد قبضها، فاختلف مع البائع، فقال المشتري: «اشتريت السلعة وبها هذا العيب»، قال البائع: «لا، بل حدث عندك بعدما بعته عليك»، واحتمل العيب قولهما؛ كخرق الثوب أو قطعه، وخلا قولهما عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول المقدم قول البائع بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)،

(١) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٣-٤٢٥)، كشف القناع: (٣/٢٢٦).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٣/١١٠)، المحيط البرهاني: (٦/٥٧٨-٥٨٠، ٥٨٣، ٥٨٤)،

البنية: (٨/١٢١-١٢٤)، تبين الحقائق: (٤/٣٩).

والمالكية^(١)، والشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الحوادث تنسب إلى أقرب أوقاتها، وعليه فيقدم من كان قوله متضمناً ذلك، وهو البائع، وتكون البينة على من خالف هذه النسبة، وهو المشتري^(٤).

٢- أن المشتري يدعي حق الرد بالعيب على البائع، والبائع ينكر، فكان القول قوله بيمينه^(٥).

٣- أن الأصل سلامة المبيع - في يد بائعه وحين العقد والقبض - من العيب، فيكون القول قول من يعضد جانبه هذا الأصل، وهو البائع^(٦).

٤- أن الأصل لزوم العقد واستمراره، وهذا يتفق مع تصديق البائع، فإن تقديم قوله سيؤدي إلى لزوم العقد واستمراره بخلاف تقديم قول المشتري، فإنه سيؤدي نقيض هذا الأصل بفسخ العقد ونقضه^(٧).

القول الثاني: أن القول المقدم قول المشتري بيمينه، وهو المذهب عند الحنابلة^(٨).

(١) ينظر: النوادر والزيادات: (٢٨٩/٦)، الذخيرة: (٨٢-٨٣/٥)، منح الجليل: (١٥٠/٥، ١٥١، ٢٠٧).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٤٩٠/٣)، تحفة المحتاج: (٣٨٢/٤)، نهاية المحتاج: (٦٤/٤).

(٣) ينظر: الإنصاف: (٤٢٣-٤٢٥). (٤) ينظر: المبسوط: (١٣/١١٠).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني: (٥٧٩/٦). (٦) ينظر: الذخيرة: (٨٣/٥).

(٧) ينظر: روضة الطالبين: (٤٩٠/٣) تحفة المحتاج: (٣٨٢/٤)، نهاية المحتاج: (٦٤/٤).

(٨) ينظر: الإنصاف: (٤٢٣-٤٢٥)، كشاف القناع: (٢٢٦/٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٢١٤/٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم القبض للجزء الفائت بالعيب، فيكون القول قول المشتري؛ لأنه ينفي القبض، ويتمسك بهذا الأصل؛ قياساً على اختلافهما في قبض المبيع، فكما يقدم قول المشتري هناك يقدم هنا^(١).

٢- أن يمين المشتري تلزم هنا لاحتمال صدق دعوى البائع، فاحتيج لليمين لنفيها^(٢).

القول الثالث: التفريق بين أن يكون المبيع عيناً معينة، أو في الذمة، فإن كان في الذمة، فالقول قول القابض -المشتري-، وإلا فيكون الخلاف على القولين المذكورين -للحنابلة- سابقاً، وهو وجه عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بأن الأصل اشتغال ذمة البائع بما في ذمته، فلا يقبل قوله ببراءتها إلا بينة تثبت ذلك، ويكون القول للقابض؛ لتمسكه بهذا الأصل^(٤).

القول الرابع: أنهما يتحالفان ولا يقدم قول أحدهما على الآخر، وهو قول عند الحنابلة^(٥).

واستدلوا: بأن كلا الطرفين مدع ومنكر دعوى الآخر، فيتحالفان؛ قياساً على اختلافهما على قدر الثمن^(٦).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٢٢٦/٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٢١٤/٣).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٢٢٦/٣). (٣) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٣-٤٢٥).

(٤) ينظر: المرجع السابق: (١١/٤٢٥).

(٥) ينظر: المرجع السابق: (١١/٤٢٣-٤٢٥).

(٦) ينظر: المرجع السابق: (١١/٤٢٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن العيب إذا كان يمكن أن يعرف قدمه وحدثه من خلال التقنيات الحديثة والعلوم المتطورة في هذا العصر، وكان في عصر الفقهاء مما يحتمل قول البائع والمشتري، فيقدم قول من يشهد له هذا الظاهر، وأما إذا اشتبه الأمر واحتمل العيب قول كل من الخصمين، فلعل الأولى أن يقال: إن العيب إذا كان فوتاً لجزء من السلعة وتلفاً له، فيقدم قول المشتري بيمينه، وأما إذا كان العيب بخلاف ذلك، فيقدم قول البائع بيمينه، وبذلك تجتمع أدلة الفريقين وتتسق، ويمكن العمل بها.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تخير المشتري بين تضمين البائع أورش العيب أو فسخ البيع، أو قصر خياره على الأخير - على خلاف بين العلماء - إذا قيل بتقديم قول المشتري، وأما إذا قيل بتقديم قول البائع، فليس للمشتري الخيار المذكور بل يمضى البيع ويلزم المشتري بالثمن، وأما إذا قيل بالتحالف فيكون التفاسخ بعد تحالفها.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو تعارض أصليين: الأول: سلامة المبيع عند العقد والقبض، والثاني: براءة ذمة المشتري من غرم الثمن الذي يقابل ما أنقصه العيب من المبيع، فمن رأى وجاهة أحدهما ورجحانه قال بتقديمه^(١)، ومن لم يجد ذلك قال بتحالفهما.

(١) ينظر: الذخيرة: (٨٣/٥).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** أثرًا ظاهرًا على هذه المسألة، وذلك أن القولين الأولين في المسألة استدلا بها على ترجيح قول البائع، وترجيح قول المشتري؛ فأما القول الأول فقد استدل بها على تقديم قول البائع بأن العيب عارض وحادث، فيكون القول قول من ينفي أقدميته، ووجوده في يد البائع؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وكذلك استدل بها أصحاب القول الثاني؛ بأن قبض الجزء الفاتت بالعيب أمر عارض، فيكون الأصل عدمه، ويرجح جانب المشتري؛ لأنه متمسك به.

فيكون أثر هذه القرينة على هذه المسألة في مختلف المذاهب.

ويظهر مما سبق أن هذه المسألة اقتصر فيها التعارض على الأصول دون الظواهر، وما ذلك إلا لما ورد في تصويرها من عدم دلالة الظاهر على ترجيح جانب أحد المتداعين، وعليه فإنه تعارض في هذه المسألة عدة أصول:

أولاً: عضد جانب البائع منها:

(الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته)، (الأصل السلامة)، (الأصل في الأمور العارضة العدم)، (أن الأصل لزوم العقد واستمراره).

ثانياً: عضد جانب المشتري منها:

(الأصل عدم القبض)، (الأصل في الأمور العارضة العدم).

فمن رأى رجحان أحد الجانبين بما عضده قدم قوله، ومن رأى عدم إمكان الترجيح قال بتحالفهما.

المطلب السابع

اختلاف المسلم والمسلم إليه في أداء المسلم فيه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في أداء المسلم فيه - محل السلم -، فقال المسلم: لم تؤد لي ما تم التعاقد عليه، وقال المسلم إليه: بل سلمتكه وأديته إليك، وخلت دعواهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجداء، وقيل بتساقطهما، فمن يؤخذ قوله ويرجح جانبه؟

صورة المسألة:

ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى تقديم قول المسلم بيمينه.

واستدلوا: بأن القبض عارض والأصل عدمه، فيقدم قول من ينكره، وهو المسلم في هذه المسألة^(٤).

(١) كشاف القناع: (٢٩٩ / ٣).

(٢) ينظر: تنبيه الطالب: (٤٣ / ٩ - ٤٤)، التوضيح: (٥٩٢ / ٥ - ٥٩٣)، وذكر فيه تحديد مدة يكون القول بعدها للمبتاع، التبصرة: (٢٨٩٣ / ٦)، ولكن قولهم لم ينص فيه على اليمين.

(٣) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (٣٢٢ / ١٢)، كشاف القناع: (٢٩٩ / ٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (٣٢٢ / ١٢)، كشاف القناع: (٢٩٩ / ٣)، تنبيه الطالب: (٤٤ / ٩).

لم أجد للحنفية والشافعية نصًّا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته لهم ما يلي:

أما الحنفية فأقرب ما وجدته لهم: تقديم قول المنكر في عدة مسائل اختلف فيها المتعاقدان في السلم، ومن ذلك اختلاف طرفي السلم في مقدار ما قبض المسلم إليه من رأس المال^(١) - على أنه ورد في مرجع المسألة السابقة استحسان بتقديم قول مدعي القبض؛ لأن مقتضى عقد السلم قبض رأس ماله، ولكن هذا لا يرد هنا -، وتقديم قول المنكر في بعض مسائل الاختلاف في المسلم فيه^(٢)، وفي بعض مسائل الاختلاف في أجل السلم^(٣)، وعلى كل حال، فبالاطلاع على مراجع الحنفية يمكن القول بأنهم يرجحون في السلم لإحدى علتين:

الأولى: تقديم قول مدعي الصحة أو مدعي مقتضى العقد.

الثانية: تقديم قول المنكر، وإلا فالتحالف.

وعليه؛ ولأن مقتضى العقد لا يعضد قول أي منهما؛ إذ تسليم المسلم فيه ليس شرطاً في صحة العقد ابتداءً، ولكن إذا تعذر التسليم يكون الخيار للمسلم، وقرينة الإنكار ظاهر اعتضاها بجانب المسلم، وعليه لعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب الحنفية هو تقديم قول المسلم.

(١) ونصها: «وحاصل الاختلاف بينهما في قبض المسلم إليه مقدار حقه من رأس المال فرب السلم يدعي عليه أنه قبض ثلثي حقه والمسلم إليه ينكر القبض فيما زاد على النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه» المبسوط: (١٢/١٧٠-١٧١).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٧/١٠٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٨/٥٠٧-٥٠٩).

وأما الشافعية، فأقرب ما وجدته لهم هو ما سبق في مسألة: الاختلاف في تعيين المقبوض عما في الذمة - ومن صورته: المسلم فيه -، فقد قال الشافعية في الصحيح من مذهبهم: بتقديم قول المسلم؛ لأن الأصل بقاء شغل ذمة المسلم إليه بالمسلم فيه حتى يكون قبض صحيح.

وفيه وجه ثان عندهم: يقدم قول المسلم إليه؛ قياساً على حال اختلافهما في تعيين المبيع المردود^(١).

وعليه يقال: إن الأقرب لمذهب الشافعية القول بالقولين المذكورين سابقاً؛ لأن مأخذهما واحد؛ لأن في كلا المسألتين: المسلم ينكر قبض ما في الذمة قبضاً صحيحاً على وجه مبرئ، والمسلم إليه يدعيه، فما بينهما من القرب لا يخفى.

ولعل الظاهر - والله أعلم - في هذه المسألة: هو النظر في ظاهر الحال وما يحتف به من قرائن، فإن لم توجد فيقدم قول المسلم بيمينه؛ لما ذكر من أدلة في قول الحنابلة والمالكية.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر القرينة في هذه المسألة ظاهر، فإن المذهب الوحيد الذي ذكرها - فيما اطلعت عليه - اقتصر على الاستدلال بها على تقديم قول المسلم، كما يمكن أن يقال: إن الأقوال الأخرى التي قدمت قول المسلم يمكن أن يستدل لها بهذه القرينة، وفي هذا نوع تأثر ومراعاة.

(١) ينظر: مغني المحتاج: (٢/٥١٤)، أسنى المطالب: (٢/١١٨).

المطلب الثامن

اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في قبض رأس مال السلم وضمنه الذي وقع عليه العقد، فقال المسلم: «لقد قبضت رأس مال السلم وضمن المسلم فيه الذي وقع عليه عقد السلم»، وقال المسلم إليه: «لم أقبض منك ذلك»، وخلت دعواهما من بينة من إقرار أو شهادة أو وجد ذلك منهما، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى تقديم قول المسلم إليه بيمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٢٩٩/٣).

(٢) ينظر: تنبيه الطالب: (٩/٤٣-٤٤)، التوضيح: (٥/٥٩٢-٥٩٣) وذكر فيه تحديد مدة يكون القول بعدها للمبتاع، التبصرة: (٦/٢٨٩٣)، ولكن قولهم لم ينص فيه على اليمين.

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٢٩٩/٣)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٣١٣).

واستدلوا: بأن القبض عارض والأصل عدمه، فيقدم قول من ينكره، وهو المسلم إليه في هذه المسألة^(١).

ولم أجد للحنفية، والشافعية نصًّا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته لهم ما يلي:

فأما الحنفية فأقرب ما وجدته هو: اختلافهما في القبض بعد الإقرار بالسلم، فيقدم عندهم قول المنكر^(٢)، وكما ذكرت في مذهب الحنفية في المسألة السابقة، فإنهم يرجحون أحد الجانبين إما بادعائه صحة العقد، أو بإنكاره، وهاتان القريتان موجود في جانب كل واحد من المتداعين واحد منها، كما أن هناك فارقًا بين المسألتين، فإن المسألة محل البحث لم يتفقا فيها على العقد، فقد يرجح قول المسلم إليه لأنه موافق لمبدأ تقديم قول منكر العقد، وعلى كل فالمسألة فيها ما فيها ويصعب نسبة قول للحنفية فيه.

وأما الشافعية، فأقرب ما وجدته مسألتان:

(١) ينظر: الشرح الكبير على المقنع: (١٢/٣٢٢)، كشاف القناع: (٣/٢٩٩)، تنبيه الطالب: (٤٤/٩).

(٢) ونصها: «... ولهذا قال بأن المطلوب إذا أقر بالسلم، ثم قال: إني لم أقبض موصولاً، وقال رب السلم: قبضت كان القول قول رب السلم استحساناً مع يمينه، قال: لأن المطلوب أقر بالقبض، فإذا صار عبارة عن التسليم صار رب السلم مقراً بالقبض، ثم راجعاً عنه فلا يصدق، فأما إذا قال موصولاً: لم يقبض والمطلوب يقول: قبضت يجب أن يكون القول قول الطالب في هذه المسألة ولا يكون القول قول المطلوب؛ لأن السلم في هذه الحالة جعل عبارة عن العقد لا عن السلم، ولهذا صدق المطلوب إذا أقر بالسلم وأنكر القبض موصولاً...». المحيط البرهاني: (٧/١١١).

المسألة الأولى: اختلاف البائع والمشتري في قبض الثمن، فقدم الشافعية قول البائع بيمينه إذ أنكر قبض الثمن، وادعاه شريكه والمشتري^(١).

المسألة الثانية: اختلاف المسلم والمسلم إليه فادعى المسلم إليه قبض رأس المال قبل التفرق، وادعى المسلم أنه بعده، فعند الشافعية يقدم قول المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه يدعي الصحة^(٢).

وعليه يكون هنا نظران: إن نُظر إلى طرف السلم المقدم قوله، فيقال: إن المسألتين متفتقتان على تقديم قول المسلم إليه؛ لأنه بمنزلة البائع، وأما إن نُظر إلى علة التقديم فهنا الأمر مختلف فالمسألة الأولى قدم فيها قول البائع؛ لأنه منكر، وأما المسألة الثانية، فقدم فيها قول المسلم إليه؛ لأنه يدعي صحة العقد، وعليه تكون المسألة الأشبه بالمسألة محل البحث هي المسألة الثانية، فيقدم في هذه المسألة قول المسلم؛ لأنه يدعي صحة العقد بالقبض، ولكن يهوش عليه أن الحنابلة قالوا في المسألة محل البحث بتقديم قول المنكر، وقالوا في المسألة الثانية المذكورة سابقاً بتقديم قول المسلم إليه، فقد لا يسلم الإلحاق والشبه، فتكون المسألة الأشبه هي المسألة الأولى، فالله أعلم بما يكون مذهب الشافعية في هذه المسألة.

(١) ونصها: «أن يقول الشريك للبائع: قبضت كل الثمن، فسلم إلي نصيبي، ويوافقه المشتري على أن البائع قبض، وينكر البائع،... وإن لم يقم بينة، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض». روضة الطالبين: (٢٨٧/٤ - ٢٨٨).

(٢) ونصها: «ولو اختلفا فقال المسلم أقبضتكم بعد التفرق وقال المسلم إليه قبله ولا بينة صدق مدعي الصحة كما علم مما مر». نهاية المحتاج: (١٨٤/٤)، وينظر: مغني المحتاج: (٤/٣)، أسنى المطالب: (١٢٣/٢).

ولعل الظاهر - والله أعلم - في هذه المسألة: هو النظر في ظاهر الحال وما يحتف به من قرائن، كما لو اتفق الطرفان أن عادة المسلم هو تسليم الثمن، أو العكس، فيقدم قول من يعضده هذا الظاهر فإن لم توجد فيقدم قول المسلم إليه بيمينه؛ لما ذكر من أدلة؛ ولعله يمكن أن يخرج دليل بناء على تقديم قول منكر العقد إذا اتفقا على حصوله من عدمه، فيكون القول فيه قول المنكر - كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى -، وهو المسلم إليه في هذه المسألة.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة بجلاء، فإن الفقهاء الذين نصوا على هذه المسألة اكتفوا بالاستدلال بها أو بما يرجع إليه، فأما الاستدلال بها فظاهر، وأما الاستدلال بما يرجع إليها، فهو أنهم قدموا قول المسلم إليه؛ لأنه منكر القبض، وما قدم قول المنكر إلا لأنه يتمسك بالعدم الذي هو الأصل في الأمور العارضة.

المبحث الثاني أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في باب الرهن

وفيه أحد عشر مطلباً:

المطلب الأول: اختلاف الراهن والمرتهن في غصب الراهن العين المرهونة بعد قبض المرتهن لها.

المطلب الثاني: اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن بوطء العين المرهونة.

المطلب الثالث: اختلاف الراهن والمرتهن في قبض العين المرهونة، والعين بيد الراهن.

المطلب الرابع: اختلاف الراهن والمرتهن في الرجوع عن الإذن بالقبض قبل القبض.

المطلب الخامس: اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن ببيع الراهن العين المرهونة.

المطلب السادس: اختلاف الراهن والمرتهن في اشتراط جعل ثمن العين المرهونة رهنًا مكانها بعد بيعها.

المطلب السابع: اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدين، أو قدر الرهن، أو رده، أو أنه بالدين الحال، أو ببعض الدين، أو كونه الرهن عصيراً في عقد اشترط فيه رهن العصير، أو عين الرهن.

المطلب الثامن: اختلاف المالك والقابض في صفة القبض.

المطلب التاسع: اختلاف الراهن والمرتهن مع العدل في عيب العين المرهونة.

المطلب العاشر: اختلاف الراهن والعدل أو الوكيل والموكل في الإشهاد على القضاء، أو أنه بحضور الراهن أو الموكل.

المطلب الحادي عشر: اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين العين المرهونة.

المطلب الأول

اختلاف الراهن والمرتهن في غصب الراهن العين المرهونة بعد قبض المرتهن لها^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

أن العين المرهونة إذا كانت بيد الراهن، ثم اختلف الراهن والمرتهن، فقال المرتهن: «قبضتها ثم غصبتها»، وأنكر ذلك الراهن، وخلا قولهما عن بينة من شهادة أو إقرار، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب المالكية^(٢)،

(١) كشف القناع: (٣/ ٣٣٤).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٧٩/ ١١) والقول المذكور فيه هو قولهم بنفاذ بيع الراهن العين المرهونة - إذا كانت بيده - مع دعوى المرتهن اعتداء الراهن على العين المرهونة بعد قبضه، ولا يخفى ما بين هذه المسألة والمسألة محل البحث من القرب فإن القول في هذه المسألة هو مقتضى القول بتقديم قول الراهن إذ لو لم يقدموه لم يقولوا بنفاذ هذا البيع، ولمنعوا مضيئه، كما أنه يعضد هذه النسبة للمالكية أمور:

الأول: قولهم بتقديم قول نافي الرهنية إذا كانت العين بيد الدائن - سواء كان النفي لأصل الرهن أو لإحدى العينين اللتين تحت يد الدائن - على خلاف بينهم في ترجيح قول أحدهما باعتضاده بالعادة: (ينظر: التبصرة: (١٢/ ٥٧١٢-٥٧١٣)، منح الجليل: =

..... والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى أن القول قول الراهن بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن، فإن ما يدعيه المرتهن عارض وطارئ توجد المعاملة بدونه، فكان القول قول من ينفيه؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).

٢- أن القول قول الراهن في القبض؛ قياساً على تقديم قوله في أصل الرهن نفيًا وإثباتًا^(٤).

= (٥/٤٨٨-٤٨٩)، فتقديم قول الراهن على نفي القبض والغصب، والعين بيده من باب أولى.

الثاني: قولهم بصحة تصرف الراهن - إذا كان موسراً - في العين المرهونة إذا لم تخرج عن يده ولم يقبضها المرتهن كما في البيان والتحصيل: (١١/٧٧)، وهو مقتضى القول بتقديم قول الراهن.

الثالث: ما نص المالكية عليه في أكثر من موضع في غير ما باب من أبواب المعاملات على تقديم قول خصم مدعي الغصب كما في: التبصرة: (١٢/٥٨٠٣، ٦٠٠٥)، النوادر والزيادات: (٩/٢٣٦)، (١٠/٢٣٦-٢٣٨).

(١) ينظر: المهذب: (٣/٢٣٦)، الحاوي الكبير: (٦/١٩٠، ٢٠١)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، روضة الطالبين: (٤/١١٦-١١٧)، والنص فيها على تقديم قول الراهن بيمينه في نفي القبض إذا كانت العين بيده، وعليه يتبع ذلك تقديم قوله في نفي الغصب؛ لأنه إذا قدم قوله في الأصل قدم قوله فيما بني عليه من باب أولى.

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٣٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦٢)، ونص في الأول على صورة المسألة ولم ينص على اليمين، ونص في الثاني على تقديم قول الراهن بيمينه في نفي القبض مع وجود العين المرهونة عند غير المرتهن.

(٣) ينظر: منح الجليل: (٥/٤٨٨)، المهذب: (٣/٢٣٦)، كشاف القناع: (٣/٣٣٤).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣).

وأما الحنفية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته مسألتيان:

المسألة الأولى: اختلاف الراهن والمرتهن في مقدار ما قبضه من ثمن الرهن بعد بيعه، فنصوا على تقديم قول المرتهن^(١).

المسألة الثانية: اختلاف الراهن والمرتهن في قبض المرتهن العين المرهونة وأن وصولها إلى يد المرتهن كان عن طريق الغصب، فذهب الحنفية إلى تقديم قول الراهن على الغصب^(٢).

وعليه قد يقال: إن الأقرب لمذهب الحنفية هو تقديم قول الراهن، ولا يعكر عليه ما سبق من تقديم قول المرتهن، فهو لم يقدم إلا لأنه منكر قبض الزائد على ما أقرب مما يدعيه الراهن، وهو سبب تقديم قول الراهن في المسألة الأخيرة، وعليه تنسجم هذه المواضع في الدلالة على قرب تقديم قول الراهن من مذهب الحنفية ويؤيده عدم قبولهم قول مالك السلعة أن

(١) ونصها: «وإذا باع العدل الرهن وأقر الراهن، والمرتهن بالبيع فقال: بعته بمائة درهم، والدين مائة وأعطيتها وقال المرتهن: بعته بخمسين وأعطيتها فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن العين خرجت من الرهن بالبيع باتفاقهم جميعاً مع الاختلاف منها في مقدار ما قبض المرتهن من حقه، وهو منكر للزيادة فالقول قوله» المبسوط: (٨٢ / ٢١)، وينظر: بدائع الصنائع: (١٧٤ / ٦).

(٢) ونصها: «وإذا قال: المرتهن رهنتي هذا العبد بألف درهم، وقبضته منك، ولي عليك سوى ذلك مائتا دينار لم تعطني بها رهنا، وقال: الراهن غصبتني هذا العبد، ولك علي ألف درهم بغير رهن وقد رهنتك بالمائتي الدينار أمة يقال لها فلانة، وقبضتها مني، وقال: المرتهن لم أرتهن منك فلانة أمتك، والعبد، والأمة بقيا في يدي المرتهن فإنه يحلف الراهن على دعوى المرتهن؛ لأن عقد الرهن معلق به للزوم في جانب الراهن فالمرتهن يدعي عليه حقا لنفسه لو أقربه يلزمه فإذا أنكر يستحلف فإن حلف يبطل الرهن في العبد، وإن نكل عن اليمين كان العبد رهنا بألف». المبسوط: (١٣٠ / ٢١).

المقربها غضبها^(١)، فتقوى هذه النسبة؛ لأن الرهن منكر القبض ومنكر الغضب، وقد عزا بعض الباحثين^(٢) تقديم قول نافي القبض بيمينه لمذهب الحنفية، وبالرجوع إلى المراجع التي ذكرها الباحث لم أجد نصًا في هذه المسألة.

ولعل الظاهر - والله أعلم - في هذه المسألة: هو النظر في ظاهر الحال وما يحتف به من قرائن؛ كما لو كان الرهن قبض السلعة ولم يؤد ثمنها، وكان ثمنها كبيرًا جرت العادة بآلا يباع بمثل هذا الثمن إلا برهن مقبوض، وكان الرهن معروفًا بغضب ما يرهنه، ونحو ذلك من القرائن وظواهر الحال التي تؤيد قول المرتهن، فيقدم قوله، وإلا قدم قول الرهن بيمينه؛ لترجح جانبه بما ذكر من قرائن؛ ولا احتمال دعوى المرتهن مما يكون له اليمين على الرهن المدعى عليه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثرًا ظاهرًا وبيّنًا على هذه المسألة وأقوال الفقهاء فيها؛ فإن الفقهاء - الذين صحت نسبة قول لهم في هذه المسألة أو ما قاربها عند الباحث - اتفقوا على الاستدلال بهذه القرينة على ترجيح قول الرهن بإنكار قول المرتهن قبض العين المرهونة ثم غضبها من الرهن.

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٥ / ٢١).

(٢) وهو: الباحث: د. محمد علي علي عكاز في بحثه الموسوم ب: (اختلاف الرهن والمرتهن في قبض الشيء المرهون واسترداده في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة»): (٢١ / ٤ / ٣٠٠٤).

المطلب الثاني

اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن بوطء العين المرهونة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

أن الراهن والمرتهن إذا اختلفا في إذن المرتهن للراهن بالتصرف في العين المرهونة من الوطاء وغيره، فادعاه الراهن وأنكر المرتهن، وخلا قولهما عن بينة من شهادة أو إقرار، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى تقديم قول المرتهن بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن يدعي إذن المرتهن، والمرتهن منكر، فيكون القول قوله

بيمينه^(٤).

(١) كشف القناع: (٣/٣٣٧)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٤٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٩-٦١)، روضة الطالبين: (٤/٨٢)، نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٢٢)، ولم يذكر فيه غير قول الحنابلة ومذهب الشافعي، وينظر أيضًا: كشف القناع: (٣/٣٣٧)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٤٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٩-٦١).

٢- أن الإذن عارض، والأصل عدمه، فيكون القول قول المرتهن بيمينه لأنه يوافق الأصل وينفي العارض^(١).

٣- أن الراهن يدعي بطلان الرهن بإذن المرتهن بما يدعيه، والمرتهن منكر، فيكون القول قوله بيمين لأن الأصل بقاء الرهن بحاله؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان^(٢).

ولم أجد للحنفية، والمالكية نصًا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته لهم ما يلي:

أما الحنفية، فأقرب ما وجدته هو منع تصرف الراهن في العين المرهونة بما يبطل حق المرتهن كالوطة ونحوه^(٣)، وما ورد في مسألة الاختلاف في وقت تلف العين المرهونة هل هو حال العمل أو غيرها، فعند الحنفية يرجح قول المرتهن؛ لإنكاره الضمان^(٤).

وعليه فيقال: إن الأقرب لمذهب الحنفية هو ترجيح قول المرتهن في نفي الإذن للراهن في التصرف؛ لأنه منكر؛ ولأن الأصل عدم الإذن، وهما من القرائن التي أكثر الحنفية من الأخذ بها في باب الرهن وغيره.

وأما المالكية فأقرب ما وجدته مسائل منها:

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣)، كشف القناع: (٣/٣٣٧).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣).

(٣) ينظر: المبسوط: (٢١/١٠٦).

(٤) ونصها: «ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل، وادعى الراهن أنه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن؛ لأنه منكر». تبين الحقائق: (٦/٨٨).

المسألة الأولى: اختلاف الراهن والمرتهن في كيفية الإذن وعلته - بعد اتفاقهما عليه - بأن قال المرتهن: «لم آذن له في بيعه ليأخذ الثمن»، وأنكر الراهن، فإن البيع يجوز في هذه المسألة، ويقدم قول المرتهن بيمينه ويكون الثمن رهناً^(١).

المسألة الثانية: صحة تصرف الراهن في العين المرهونة قبل قبضها إذا كان موسراً^(٢).

المسألة الثالثة: تقديم قول نافي الرهنية إذا كانت العين بيد الدائن؛ لأن الأصل عدم الرهنية - سواء كان النفي لأصل الرهن أو لإحدى العينين اللتين تحت يد الدائن - على خلاف بينهم في ترجيح قول أحدهما باعتضاده بالعادة^(٣).

(١) ونصها: «فإن كان بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن فإن لم يسلمه للراهن وأبقاه تحت يده، وقال: إنما أذنت له في البيع لإحياء الرهن؛ بأن يكون الثمن رهناً أو يأتي برهن ثقة لا ليأخذ الراهن الثمن؛ حلف المرتهن على ذلك وأتى الراهن برهن ثقة. قال في المدونة: يشبه الرهن الذي بيع وتكون قيمته كقيمة الرهن الأول فلك أخذ الثمن، وإلا بقي الثمن رهناً إلى الأجل ولم يعجل للمرتهن حقه...». التوضيح: (١٢٣/٦)، وينظر: البيان والتحصيل: (٣٠/١١)، التبصرة: (٥٦٨٩-٥٦٩٠)، الذخيرة: (١١٥/٨-١١٦)، منح الجليل: (٤٤٦/٥).

(٢) ونصها: «قال ابن القاسم: وكل رهن لم يقبض من الراهن ويجز عنه بأمر الراهن فيه جاز، إن أعتق أو وطئ أو باع أو وهب أو نحل أو تصدق، وكل ما صنع فيه من شيء فهو جائز له إذا كان موسراً». البيان والتحصيل: (٧٧/١١)، وينظر: النوادر والزيادات: (٢٠٩/١٠).

(٣) ونصها: «إن كان لشخص دين على آخر ويدير الدين متمول للمدين وادعى أحدهما أنه رهن في الدين والآخر أنه ليس رهناً فيه ف (القول) المعتبر المعمول به (لمدعي) بكسر العين (نفي الرهنية)». منح الجليل: (٤٨٨-٤٨٩)، وينظر: التبصرة: (٥٧١٢/١٢-٥٧١٣).

ومسائل أخرى^(١)، وعليه بناء على سبق من مسائل يقال بأن الاختلاف في الإذن إذا كان في الحال الذي ينفذ فيه تصرف الرهن، فإن الخلاف يكون لفظياً بالنسبة للمالكية؛ لعدم ثمرته بنفاذ التصرف، ولكن على كل حال يقال: إن أقرب قول للمالكية هو القول بتقديم قول المرتهن؛ لأمرين: الأول: ما ورد في المسألة الأولى من هذه المسائل من تقديم قول المرتهن، وهو مسألة قريبة من المسألة محل البحث. الثاني: ما سبق من تقديم قول نافي الرهنية؛ لأن الأصل عدمها، وهو - أي: أن الأصل في الأمور العارضة العدم - هو منزع المسألة الأولى، وهو متحقق في تقديم قول المرتهن؛ إذ الأصل عدم الإذن؛ لأنه عارض.

ولعل الظاهر - والله أعلم -: هو أنه إن عضد قول أحدهما قرائن من ظاهر الحال؛ كبعد ما بين الولادة الناتجة عن الوطاء أو البيع وبين إنكار المرتهن ومطالبته الراهن بمقتضى عقد الرهن مع علم المرتهن بفعل الراهن وما نتج عنه، فيقال في هذه الحال بتقديم قول الراهن بيمينه، وأما إن خلا التداعي من ظواهر أو قرائن تعضد قول أحدهما، فيكون القول قول المرتهن بيمينه.

(١) ويقرب من المسألة الثانية: أن تصرف الراهن في العين المرهونة بعد قبض المرتهن لها لا يؤثر على الرهن إذا كان غير موسر، ويؤثر عليه إن كان موسراً: (ينظر في ذلك النوازل والزيادات: (١٠ / ٢٠٥))، وكذلك وجدت قولهم بأن للمرتهن نقض البيع إذا بيعت العين المرهونة بأقل مما رهنت فيه، ولم يكن للراهن وفاء: (ينظر: التوضيح: (٦ / ١٢٢))، الذخيرة: (٨ / ١١٦)).

ما ينتج عن القول بما سبق:

وجدت بعض الفقهاء نصوا على ثمرات لما سبق، فمن ذلك: أن يبنّي على تقديم قول الراهن نفوذ تصرفه وانفساخ الرهن، وأما إن قيل بتقديم قول المرتهن، فيكون تصرف الراهن بالعين المرهونة إما مردود أو مضمون على خلاف في ذلك^(١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة ظاهراً جلياً من وجهين:

الوجه الأول: أن المذهبين - اللذين أخذوا بتقديم قول المرتهن بيمينه - نص أصحابها على اعتبار هذه القرينة، وأثرها في ترجيح قول المرتهن بل إنه بعضهم اكتفى بها دون ذكر بقية الأدلة الأخرى^(٢).

الوجه الثاني: التنوع في النص على هذه القرينة صراحة أو ضمناً، فمن النص الصريح الدليل الثاني، وأما ما ضمنت فيه هذه القرينة، فهو الدليل الأول؛ فإن قول المنكر لم يقدم إلا لأنه ينفي أمراً عارضاً، وهو إذن المرتهن في هذه المسألة.

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٩-٦١).

(٢) ينظر النصوص الواردة في: نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣)، كشف القناع: (٣/٣٣٧).

المطلب الثالث

اختلاف الرهن والمرتهن في قبض العين المرهونة، والعين

بيد الرهن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المرتهن والرهن في قبض العين المرهونة، فادعاه المرتهن، وأنكره الرهن، وكانت العين في يد الرهن، وخلت دعواهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب المالكية^(٢)،

(١) كشف القناع: (٣/٣٣٣-٣٣٤).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٧٩) والقول المذكور فيه هو قولهم بنفاد بيع الرهن العين المرهونة - إذا كانت بيده - مع دعوى المرتهن اعتداء الرهن على العين المرهونة بعد قبضه، ولا يخفى ما بين هذه المسألة والمسألة الأولى من هذا المبحث من القرب فإن القول في هذه المسألة هو مقتضى القول بتقديم قول الرهن إذا لم يقدموه لم يقولوا بنفاد هذا البيع، ولمنعوا مضيه، أو لكانوا قيدوه بأن يكون الرهن موسراً ونحو ذلك، وهذه المسألة أولى بأن يقال فيها بتقديم قول الرهن؛ لأن المسألة الأولى من هذا المبحث تتضمن هذه المسألة وزيادة، كما أنه يعضد هذه النسبة للمالكية أمران:

الأول: قولهم بتقديم قول نافي الرهنية إذا كانت العين بيد الدائن - سواء كان النفي

لأصل الرهن أو لإحدى العينين اللتين تحت يد الدائن - على خلاف بينهم في ترجيح =

.....والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى أن القول قول الراهن بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن، فإن ما يدعيه عارض وطارئ توجد المعاملة بدونه، فكان القول قول من ينفيه؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).

٢- أن القول قول الراهن في القبض؛ قياساً على تقديم قوله في أصل الرهن نفيًا وإثباتًا^(٤).

وأما الحنفية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته مسألان:

المسألة الأولى: اختلاف الراهن والمرتهن في مقدار ما قبضه من ثمن الرهن بعد بيعه، فعند الحنفية النص على تقديم قول المرتهن^(٥).

= قول أحدهما باعتضاده بالعادة: (ينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٢-٥٧١٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٨-٤٨٩))، فتقديم قول الراهن على نفي القبض، والعين بيده من باب أولى. الثاني: قولهم بصحة تصرف الراهن - إذا كان موسرًا - في العين المرهونة إذا لم تخرج عن يده ولم يقبضها المرتهن كما في البيان والتحصيل: (١١/٧٧)، وهو مقتضى القول بتقديم قول الراهن.

(١) ينظر: المهذب: (٣/٢٣٦)، الحاوي الكبير: (٦/١٩٠، ٢٠١)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، روضة الطالبين: (٤/١١٦-١١٧).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٣٣-٣٣٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦٢).

(٣) ينظر: منح الجليل: (٥/٤٨٨)، المهذب: (٣/٢٣٦)، كشاف القناع: (٣/٣٣٤).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣).

(٥) ونصها: «وإذا باع العدل الرهن وأقر الراهن، والمرتهن بالبيع فقال: بعته بمائة درهم، والدين مائة وأعطيتها وقال المرتهن: بعته بخمسين وأعطيتها فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن العين خرجت من الرهن بالبيع باتفاقهم جميعاً مع الاختلاف منها في مقدار =

المسألة الثانية: اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين العين المرهونة، فعند الحنفية يقدم قول الراهن، وكذلك تقديم قوله في إنكار إذنه للمرتهن بقبض العين المرهونة وأن وصولها إلى يد المرتهن كان عن طريق الغصب^(١). وعليه فلعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب الحنفية هو تقديم قول الراهن، ولا يعكس عليه ما سبق من تقديم قول المرتهن، فهو لم يقدم إلا لأنه منكر قبض الزائد على ما أقر به مما يدعيه الراهن، وهو سبب تقديم قول الراهن في المسألتين الأخريين، وعليه تنسجم هذه المواضع في الدلالة على قرب تقديم قول الراهن من مذهب الحنفية، وقد عزا بعض الباحثين^(٢) ذلك إلى الحنفية، وبالرجوع إلى المراجع التي ذكرها الباحثان لم أجد نصاً في هذه المسألة، وقد يكونان فهما مذهب الحنفية من المواضع التي عزوا إليها.

= ما قبض المرتهن من حقه، وهو منكر للزيادة فالقول قوله». المبسوط: (٨٢ / ٢١)، وينظر: بدائع الصنائع: (٢٥٧ / ٨).

(١) ونصها: «وإذا قال: المرتهن رهنتني هذا العبد بألف درهم، وقبضته منك، ولي عليك سوى ذلك مائتا دينار لم تعطني بها رهنا، وقال: الراهن غصبتني هذا العبد، ولك علي ألف درهم بغير رهن وقد رهنتك بالمائتي الدينار أمة يقال لها فلانة، وقبضتها مني، وقال: المرتهن لم أرتهن منك فلانة أمتك، والعبد، والأمة بقيا في يدي المرتهن فإنه يحلف الراهن على دعوى المرتهن؛ لأن عقد الرهن معلق به للزوم في جانب الراهن فالمرتهن يدعي عليه حقا لنفسه لو أقر به يلزمه فإذا أنكر يستحلف فإن حلف يبطل الرهن في العبد، وإن نكل عن اليمين كان العبد رهنا بألف» المبسوط: (١٣٠ / ٢١).

(٢) وهما: د. محمد علي علي عكاز في بحثه الموسوم بـ: (اختلاف الراهن والمرتهن في قبض الشيء المرهون واسترداده في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة»): (٣٠٠٤ / ٤ / ٢١) فقد عزا تقديم قول نافي القبض بيمينه لمذهب الحنفية، ود. وهبة الزحيلي فقد عزا تقديم قول الراهن بيمينه لمذهب الحنفية في هذه المسألة في كتابه: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤٨٢٨ / ٦).

ولعل الظاهر - والله أعلم - في هذه المسألة: هو النظر في ظاهر الحال وما يحتف به من قرائن؛ كما لو كان الرهن قبض السلعة ولم يؤد ثمنها، وكان ثمنها كبيراً جرت العادة بالأبىاع بمثل هذا الثمن إلا برهن مقبوض، ونحو ذلك من القرائن وظواهر الحال التي تؤيد قول المرتهن، فيقدم قوله، وإلا قدم قول الرهن يمينه؛ لترجح جانبه بما ذكر من قرائن؛ ولا احتمال دعوى المرتهن مما يكون له اليمين على الرهن المدعى عليه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثراً ظاهراً وبيناً على هذه المسألة وأقوال الفقهاء فيها؛ فإن الفقهاء - الذين صحت نسبة قول لهم في هذه المسألة أو ما قاربها عند الباحث - اتفقوا على الاستدلال بأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن؛ لأن ما يدعيه عارض وطارئ يوجد العقد بدونه، فكان القول قول من ينفيه؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(١)، وهي نص صريح في الاستدلال بهذه القرينة على ترجيح قول الرهن بإنكار قول المرتهن قبض العين المرهونة.

(١) تنظر النصوص في المراجع التالية: منح الجليل: (٥/٤٨٨)، المهذب: (٣/٢٣٦)، كشف القناع: (٣/٣٣٤).

المطلب الرابع

اختلاف الراهن والمرتهن

في الرجوع عن الإذن بالقبض قبل القبض^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف الراهن والمرتهن في الإذن بالقبض، فقال الراهن: «أذنت لك في قبض العين المرهونة ثم رجعت عنه قبل أن تقبضها»، وقال المرتهن: «لم تراجع عن الإذن حتى قبضتها» - والعين المرهونة بيد المرتهن - وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله، ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى تقديم قول المرتهن.

(١) كشف القناع: (٣/٣٣٤).

(٢) ينظر: المهذب: (٢/٢٣٦)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، روضة الطالبين: (٤/١١٧)، نهاية المحتاج: (٤/٢٩٩-٣٠٠)، تحفة المحتاج: (٥/١٠٥)، أسنى المطالب: (٢/١٧٩)، ونص في مذهب الشافعية على تقديم قول المرتهن بيمينه.

(٣) ينظر: الكافي: (٣/٢٢٠)، كشف القناع: (٣/٣٣٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل بقاء إذن الراهن للمرتهن، فيكون القول قول من يعضد جانبه هذا الأصل، وهو المرتهن؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان^(١).

٢- أن الأصل عدم رجوع الراهن عن إذنه للمرتهن حتى قبضه العين المرهونة؛ لأن هذا الرجوع عارض وطارئ، فيكون القول قول من يتمسك بهذا الأصل، وينفي رجوع الراهن عن إذنه، وهو المرتهن؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٢).

٣- أن وجود العين المرهونة بيد المرتهن أولاً، وإقرار الراهن -ابتداء- بإذنه للمرتهن بقبض العين المرهونة ثانياً، ينهضان دليلاً ظاهراً على صدق المرتهن بأنه قبض العين المرهونة قبل رجوع الراهن عن إذنه^(٣)؛ إذ لو كان رجوع قبل قبضها لحال بين المرتهن وبين العين المرهونة، أو لأثبت رجوعه قبل قبض المرتهن بدعوى مستعجلة، أو بالإشهاد على الرجوع، ونحو ذلك. ولم أجد للحنفية، والمالكية نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته لهم ما يلي:

فأما الحنفية، فأقرب ما وجدته هو: جمع من مسائل اختلاف الراهن والمرتهن^(٤) اختلف فيها المقدم قوله بين الراهن والمرتهن، وذلك تبعاً لمن كان قوله يتضمن الإنكار، وأقربها ما نص عليه بقوله: «ولو قال الراهن

(١) ينظر: المهذب: (٢/٢٣٦).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، أسنى المطالب: (٢/١٧٩)، الكافي: (٣/٢٢٠)، كشف القناع: (٣/٣٣٤).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، أسنى المطالب: (٢/١٧٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: (٨/٢٥٦-٢٥٧).

للمرتهن: هلك الرهن في يدك، وقال المرتهن: قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن؛ لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان، والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكر، فكان القول قوله» فيطبق على هذه المسألة نحو ما ذكر بأن يقال: اتفقا على الإذن واختلفا في الرجوع، فيكون القول قول المنكر، وقريب منه ما وجدته في مرجع آخر^(١) من النص على ما إذا أذن الراهن للمرتهن في استعمال العين المرهونة، فتلفت، ثم اختلفا في وقت تلفها هل هو وقت العمل أو غيره، فادعى المرتهن الأول، وادعى الراهن الثاني، فيكون القول قول المرتهن؛ لأنه منكر دعوى الراهن؛ ولأنهما اتفقا على زوال يد الراهن فلا يصدق في عوده إلا بحجة، وبناء على ما سبق، فلعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب الحنفية هو تقديم قول المرتهن، يؤيد ذلك ما سبق من تكاثر المسائل التي نص فيها الحنفية على تقديم قول أحد المتداعين لإنكاره أمراً عارضاً.

وأما المالكية، فأقرب ما وجدته ثلاث مسائل:

الأولى: أن العين المرهونة إذا وهبها الراهن، فقبضها الموهوب له قبل قبض المرتهن، فإن الهبة لا تنقض، ولا ترد العين للمرتهن، ويكون الموهوب أحق بالعين من المرتهن إذا كان الواهب ملياً^(٢).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠ / ١٣١)، وقد ذكر في المرجع السابق: (١٠ / ٩٦) كلاماً حسناً حول ما يعارض به الأخذ بالإنكار في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الرهن، فليراجع.

(٢) ونصها: «وقال أشهب إن قبض الموهوب قبل قبض المرتهن فهو أحق إن كان الواهب ملياً». الذخيرة: (٦ / ٢٦٤).

الثانية: أن رجوع العين المرهونة إلى يد الراهن تبطل الرهن^(١).

الثالثة: أن الراهن إذا ثبت إقراره بأن العين المرهونة ملك غيره قبل قبض المرتهن لها، فتكون لمن أقر له سواء كان الراهن معدماً أو مليئاً^(٢).

وعليه فيقال: إن كان هذا الخلاف قبل قبض المرتهن العين المرهونة، فيقدم قول الراهن بالرجوع عن الإذن قبل القبض، ولكن ما ذكر لا يرد على هذه المسألة؛ لأن الخلاف - كما يظهر من تصويرها - بعد قبض المرتهن لها، وعليه فلم يظهر لي ما يمكن أن يقال: إنه قريب من مذهب المالكية إلا إن أخذ بعموم ما سبق من أخذ المالكية بقول المنكر، فلعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب المالكية أن يكون القول قول المرتهن؛ لأنه منكر دعوى الراهن.

ولعل الظاهر - والله أعلم - أن المرجح قولاً، والأقوى جانباً هو المرتهن؛ لاعتضاد جانبه بأصلين:

الأول: بقاء ما كان على ما كان.

الثاني: الأصل في الأمور العارضة العدم.

وظاهرين:

الأول: إقرار الراهن بإذنه للمرتهن بقبض العين المرهونة.

الثاني: حيازته للعين المرهونة حين الاختلاف، والظاهر منها: أنها

حيازة مشروعة.

(١) ونصها: «والرهن إذا رجع إلى يد الراهن بعد الحوز بطل الرهن». شرح التلقين: (٣/٢/٣٧٣).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (١٠/٢٠٦).

وعليه يكون القول قول المرتهن، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في توجيه اليمين بناء على احتمال صحة دعوى الراهن، فإن بعد تصديقها قبل قول المرتهن بلا يمين، وإلا أدى المرتهن اليمين على جوابه، ونفي دعوى خصمه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثرًا ظاهرًا على هذه المسألة - في ترجيح قول المرتهن - في مختلف المذاهب الفقهية، فقد اتفقت المراجع التي وجدت فيها النص على هذه المسألة على الاستدلال بأن الأصل عدم رجوع الراهن عن إذنه للمرتهن حتى قبضه العين المرهونة؛ لأن هذا الرجوع عارض وطارئ، فيكون القول قول من يتمسك بهذا الأصل، وينفي رجوع الراهن عن إذنه، وهو المرتهن؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

كما تجدر الإشارة هنا إلى اجتماع أصلين وظاهرين عضدا جانبا المرتهن، فأما الأصلان، فهما:

الأول: بقاء ما كان على ما كان.

الثاني: الأصل في الأمور العارضة العدم.

وأما الظاهران، فهما:

الأول: إقرار الراهن بإذنه للمرتهن بقبض العين المرهونة.

الثاني: حيازته للعين المرهونة حين الاختلاف، والظاهر منها: أنها

حيازة مشروعة.

المطلب الخامس

اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن ببيع الراهن العين المرهونة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف الراهن والمرتهن - بعد بيع الراهن العين المرهونة -، فقال الراهن: «بعثها بإذن المرتهن»، وقال المرتهن: «لم أذن ببيعها»، وختل دعواهما عن بينة من شهادة أو إقرار، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله منهما ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى تقديم قول المرتهن بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن يدعي إذن المرتهن، والمرتهن منكر، فيكون القول قوله

بيمينه^(٤).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٣٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٧٢)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٤٩٤)، روضة الطالبين: (٤/٨٢).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٢٦)، كشاف القناع: (٣/٣٣٨)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٤٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٩-٦١).

٢- أن الإذن عارض، والأصل عدمه، فيكون القول قول المرتهن بيمينه لأنه يوافق الأصل وينفي العارض^(١).

٣- أن الراهن يدعي بطلان الرهن بإذن المرتهن بما يدعيه، والمرتهن منكر، فيكون القول قوله بيمين لأن الأصل بقاء الرهن بحاله؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان^(٢).

ولم أجد للحنفية، والمالكية نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته لهم ما يلي:

أما الحنفية فأقرب ما وجدته هو نصهم على أن المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن، فلم ينهه وسكت، فإنه يكون راضياً بهذا البيع ويسقط به الرهن^(٣)،

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣)، كشف القناع: (٣/٣٣٧).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣).

(٣) ونصها: «.. وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن... وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا في رواية.. قلنا إن هذه التصرفات مبنية على عادات الناس، وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فإذا سكت دل على رضاه به فصار إذنا دلالة لأجل دفع الضرر عن الناس فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقاً منه فيبايعونه حملاً لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند أمر يعاينه عن التغيير والإنكار، وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما إذا سكت عندما يقشع الأجنبي ببيع ماله؛ لأنه وكيل، والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه، والتوكيل لا يثبت بالسكوت، وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى؛ لأنه ملك الغير، وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت، وكذا إذن القاضي؛ لأنه لا حق له في مال الغير حتى يكون الإذن إسقاطاً لحقه وسكوت المرتهن إجازة في رواية فلا فرق بينها والفرق على الأخرى أنا لو جعلناه إجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده، وإقامة الثمن مقامه =

وعلى ذلك فلعله أن يقال: إن الراهن إذا باع العين المرهونة على مرأى من المرتهن ولم ينكر عليه ولم ينهه - وكانت العادة السكوت عند الإذن والإنكار عند عدمه -، فلا يقبل قول المرتهن، ويكون القول قول الراهن، وأما في غير هذه الحال، فقد يقال بطرد الحكم عند حضور المرتهن وسكوته، وقد يقال: بتقديم قول المرتهن؛ لأن الإذن عارض والأصل فيه العدم؛ ولأن الأصل بقاء العين مرهونة؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهما أصلان استدلل بهما الحنفية في كثير من المسائل السابقة، وعلى كل حال فلم يظهر تخريج قوي يصح الاستناد عليه، فالله أعلم بتحقيق مذهب الحنفية في هذه المسألة.

وأما المالكية فأقرب ما وجدته مسألتان:

المسألة الأولى: أن الراهن والمرتهن إذا اختلفا في أن الإذن الصادر للراهن من المرتهن لم يكن ليأخذ الراهن الثمن، فادعاه المرتهن وأنكره الراهن فإن القول المقدم هو قول المرتهن بيمينه^(١).

المسألة الثانية: أن المرتهن إذا باع الرهن ثم اختلفا في إذن الراهن ببيعه، فادعاه المرتهن وأنكره الراهن، فيكون القول قول الراهن بيمينه^(٢)، فانفتحت المسألتان على تقديم قول منكر الإذن أو صفة من صفاته.

= في جعله رهنا، وهو في الذمة، ولا يعرف هل يحصل أو يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر إلا بالتصريح منه» تبين الحقائق: (٥/٢٠٤-٢٠٥).

(١) ونصها: «إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن امتنع فإن أجازة جاز ويعجل حقه لأن المنع لأجله ولم يرض ذمة الراهن فإن أذن في البيع وقال لم أذن ليأخذ الثمن حلف فإن أتى الراهن حينئذ برهن يشبه الأول وبقيمته أخذ الثمن، وإلا بقي رهناً». الذخيرة: (٨/١١٥-١١٦)، وينظر أيضاً: التبصرة: (١٢/٥٦٨٩)، التوضيح: (٦/١٢٣)، منح الجليل: (٥/٤٤٦).

(٢) ونصها: «قال أصبغ: إذا باع المرتهن الرهن وقال: أذن لي الراهن في ذلك وأنكر الراهن وهو مما يغاب عليه فليحلف الراهن إن لم تكن بيته». النوادر والزيادات: (١٠/١٩٠).

وعليه قد يقال: إن الأقرب لمذهب المالكية هو القول بتقديم قول المرتهن؛ لإنكاره الإذن ببيع الراهن الرهن.

أو قد يقال: إن محل ورود هذه المسألة عند المالكية هي عند بيع الرهن بأقل من حق المرتهن، وعليه يكون لإذنه محل وأثر في إجازة البيع ونقضه، وأما إن باع الراهن الرهن بأكثر من الدين المرهون به أو بغير جنسه، فلا ترد هذه المسألة؛ لأن إذن المرتهن لا يشترط فيها، ويمضى البيع دون النظر إلى مخالفة المرتهن^(١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة^(٢):

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة ظاهراً جلياً من وجهين:

الوجه الأول: أن القولين - اللذين أخذنا بتقديم قول المرتهن بيمينه - نص أصحابها على اعتبار هذه القرينة، وأثرها في ترجيح قول المرتهن بل إنه بعضهم اكتفى بها دون ذكر بقية الأدلة الأخرى^(٣).

(١) ينظر في تفصيل اشتراط الإذن: البيان والتحصيل: (١١/٢٩-٣٠)، النوادر والزيادات: (١٠/٢٠٩)، التبصرة: (١٢/٥٦٨٩)، التوضيح: (١٢٠-١٢٣).

(٢) وباقى المسألة كما ورد في المطلب الثاني من هذا المبحث استدلالاً وترجيحاً، وأثرًا للقرينة على المسألة محل البحث، ولا اختلاف بينهما إلا في مواضع توثيق الأدلة، فيرجع إلى مواضع توثيق المذهبين المذكورين في هذه المسألة ليعرف الفرق، ولم أدرك دخول هذه المسألة في المطلب الثاني إلا بعد دراستها.

(٣) ينظر النصوص الواردة في: نهاية المحتاج: (٤/٢٦٩)، أسنى المطالب: (٢/١٦٣)، كشف القناع: (٣/٣٣٧).

الوجه الثاني: التنوع في النص على هذه القرينة صراحة أو ضمناً، فمن النص الصريح الدليل الثاني، وأما ما تضمنت فيه هذه القرينة، فهو الدليل الأول؛ فإن قول المنكر لم يقدم إلا لأنه ينفي أمراً عارضاً، وهو إذن المرتهن في هذه المسألة.

المطلب السادس

اختلاف الراهن والمرتهن في اشتراط

جعل ثمن العين المرهونة رهناً مكانها بعد بيعها^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اتفق الراهن والمرتهن على الإذن للراهن ببيع العين المرهونة قبل حلول الدين، وبعد حيازة المرتهن لها، وادعى المرتهن أنه اشترط أن يكون ثمن العين رهناً مكانها، وأنكر الراهن اشتراط المرتهن ذلك، وادعى أن الإذن مطلق، وخلت دعواهما عن بينة من شهادة أو إقرار، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله منهما ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المقدم قوله هو المرتهن بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٢)،

(١) كشف القناع: (٣/٣٣٨).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (١٠/٢٠٩)، التبصرة: (١٢/٥٦٨٩-٥٦٩٠)، الذخيرة:

(٨/١١٥-١١٦)، التوضيح: (٦/١٢٣).

والشافعية^(١)، واحتمال عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أنه لما قدم قول المرتهن في أصل الإذن كان لزاماً تقديمه في صفة الإذن - بأنه بشرط أن يكون ثمن العين رهناً مكانها - من باب أولى^(٣).

ويناقش: بأن قول المرتهن قدم في أصل الإذن؛ لأنه طارئ والأصل فيه العدم، وهذا بخلاف الشرط الذي ادعاه المرتهن، فإن هذه القاعدة تنفيه؛ لأنه طارئ والأصل عدمه، وعليه لا يكون الفرع أولى بالحكم من الأصل؛ لعدم العلة.

ويجاب عنه: بعدم التسليم بما ذكر، فإن المرتهن ينفي إذنه للراهن إلا بأن يكون ثمن السلعة رهناً مكانها، وعليه يبقى أن الإذن طارئ والأصل عدمه إلا حال توفر الشرط الذي ذكره المرتهن، فيكون الإلحاق ممكناً.

٢- «أن الأصل بقاء الرهن، ودعوى الراهن تنافيه، وإنكار المرتهن يقتضيه فكان القول قوله مع يمينه»^(٤).

القول الثاني: أن المقدم قوله هو الراهن بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٤٩٦)، روضة الطالبين: (٤/٨٤)، أسنى المطالب: (٢/١٦٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٢٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٧٢-٧٣)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٤٩٦).

(٤) الحاوي الكبير: (٦/٧٢)، وينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٢٦).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٢٦)، كشاف القناع: (٣/٣٣٨)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٤٦).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأنه منكر^(١).
 - ٢- أن المرتهن ادعى بأمر طارئ عارض - وهو اشتراط رهن الثمن مكان العين المرهونة بعد بيعها - يوجد الرهن بدونها، والراهن ينفيه ويدعي عدمه، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٢).
- وأما الحنفية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ورود هذه المسألة عندهم، أو عدم ثمره هذا الاختلاف بين الراهن والمرتهن، وما ذاك إلا لأن المرتهن إذا أذن للراهن ببيع العين المرهونة فإنه ثمنها يكون رهناً مكانها دون اشتراط من المرتهن إلا ما روي عن أبي يوسف من لزوم اشتراط هذا الشرط؛ ليكون ثمن العين المرهونة مكانها بعد بيعها، ولكن ظاهر الرواية على ما ذكر أولاً^(٣)، وعليه، فلا ينظر في إنكار الراهن؛ لعدم الحاجة إلى اشتراطه من المرتهن، وحتى على قول أبي يوسف، فإن هذا الخلاف لا يؤثر في نفوذ البيع أو عدمه بل إن إذن المرتهن عنده ليس شرطاً لصحة تصرف الراهن^(٤).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٣٨).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٢٦)، كشاف القناع: (٣/٣٣٨)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٤٦).

(٣) ينظر: المبسوط: (٢٢/٤-٥)، تبين الحقائق: (٦/٨٤).

(٤) ينظر: تبين الحقائق: (٦/٨٤)، وقد اختلف المروي عن أبي يوسف في هذه المسألة ينظر في ذلك: البناية: (١٣/١٦).

الترجيح والموازنة:

بالتأمل والنظر في الأدلة أجد أن كلاً من القولين له قوته، وكل جانب من جانبي التداعي معتضد بما يقويه، فإن من قال بالقول الأول نظر إلى أن الخلاف في الشرط يأخذ حكم الخلاف في الإذن، وأن مآل الأخذ بقول الراهن سيؤدي إلى نقض الرهن وإبطاله، وأصله بقاءه واستمراره، وأما من قال بالقول الثاني، فنظر إلى الظاهر بأن الراهن منكر دعوى المرتهن التي الأصل عدمها، ولكن لعل الأرجح من القولين هو القول الأول؛ لأمر:

الأول: أن الأصل عدم إذن المرتهن ببيع العين المرهونة إلا بوجود هذا الشرط، فإذا لم يوجد هذا الشرط فيكون إذن المرتهن متتفياً عند عدم هذا الشرط وموجوداً عند وجوده، وعليه يمكن تنزيل الخلاف في أصل الإذن من عدمه على هذه المسألة، فيكون القول قول المرتهن^(١).

الثاني: أن الإذن صادر من المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأنه أدري بما صدر منه صفة وكيفية.

الثالث: أن الشرط تابع للإذن، فمن قبل قوله؛ في أصل الإذن يقبل قوله في صفته؛ لأن التابع تابع.

الرابع: أن الأصل بقاء الرهن إما ببقاء عينها رهناً - على قول من لم يصحح اشتراط هذا الشرط - وإما ببقاء ثمنها رهناً مكانها - على قول من يصحح اشتراط هذا الشرط -.

(١) وقد يكون هذا الوجه من الترجيح مقصوراً بما إذا علق المرتهن إقراره بالإذن على وجود الشرط بخلاف ما إذا أقر بواقعتين منفصلتين: الإذن والشرط، فقد لا يمكن إعمال هذا الوجه في هذه الحال.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف بأن من قال بتقديم قول المرتهن بيمينه، فإنه إما أن يقول بصحة هذا الشرط، فيمضي بيع الراهن العين المرهونة، ويكون ثمنها رهناً مكانها، وإما أن يقول بفساده، فيبطل الإذن، وعليه يبطل البيع، وهذا عند الشافعية^(١)، وأما عند المالكية^(٢)، فيقولون بصحة البيع مطلقاً، ولكن إن أتى الراهن برهن يشابه الرهن الأول، ويساويه، وجعله رهناً مكان الرهن الأول، فلا يلزم أن يكون ثمن العين المرهونة رهناً مكانها، وإذا لم يأت بقي ثمن العين المرهونة رهناً مكانها، وأما من قال بتقديم قول الراهن بيمينه، فيمضي البيع، ويبطل الرهن؛ لإذن الراهن المطلق ببيع العين المرهونة، وعليه يكون متنازلاً عن التوثقة بها.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى الاختلاف في أيهما أولى بالمراعاة هل ظاهر الحال وواقعه، أو ما يؤول إليه، فمن قال بالأول قال: إن الراهن منكر وناق؛ لأمر طارئ الأصل فيه العدم، فيكون القول قوله، ومن قال: إن الأولى بالمراعاة هو ما يؤول إليه الأمر، فإن تقديم قول الراهن سينبني عليه بطلان الرهن، وتقديم قول المرتهن يقتضي بقاء الرهن، والأصل بقاء الرهن فيقدم قول من يقتضيه.

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧٣/٦)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٤٩٦).

(٢) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٦٨٩-٥٦٩٠)، الذخيرة: (٨/١١٥-١١٦) على تفصيل عندهم فيما بعد الحوز وقبله، وفيما إذا سلم المرتهن العين المرهونة للراهن، أو تصرف فيها الراهن، وهي بيد المرتهن.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** من وجهين:

الوجه الأول: من خلال ما نص عليه الحنابلة من أن تقديم قول الراهن؛ لأن الأصل عدم اشتراط المرتهن أن يكون ثمن العين رهناً مكانها، وما ذاك إلا لأن الإذن يوجد عرياً عن هذا الشرط، والشرط طارئ عليه، فيكون القول قول من ينفيه؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

الوجه الثاني: ما ورد في الجواب على مناقشة الدليل الأول للقول الأول، وما ورد في أوجه الترجيح من أن تقديم قول المرتهن في نفي الإذن؛ لأن الإذن عارض، فيكون الأصل فيه العدم، وعليه يستصحب هذا الأصل بأن يكون الإذن منفيًا إلا بهذا الشرط.

ويظهر مما سبق اعتضاد كل من دعوى الراهن، ودعوى المرتهن بقرائن فقهية تقويها، فعضد جانب المرتهن أصلاً وظاهراً، فأما الأصلاً:

الأول: أن الأصل في الأمور العارضة العدم.

الثاني: أن الأصل بقاء ما كان على ما كان.

وأما الظاهران:

الأول: أن الإنسان أدرى بما صدر منه.

الثاني: أن التابع تابع.

كما عضد جانب الراهن أصلاً:

الأول: أن الأصل تقديم قول المنكر.

الثاني: أن الأصل في الأمور العارضة العدم.

فرجح كل جانب من رأى قوة ما عضده، فمن رأى جانب المرتهن أقوى رجح جانبه، ومن رأى جانب الراهن أقوى رجح جانبه.

وبالتأمل فيما سبق يظهر أن قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) عضدت جانب كل من المتداعين، فكانت في جانب المرتهن علة ألحق بها دعواه عدم الإذن إلا بالشرط المذكور دعواه نفي الإذن، وكانت في جانب الراهن مرجحة قوله عدم الاشتراط؛ لأنه طارئ والأصل عدمه، وبه يتبين أهمية هذه القرينة ودراستها؛ لأن الفقهاء قد لا ينفكون عن الاستدلال بها واعتبارها، ولو لم يأخذوا بما يقتضيه ظاهرها في جانب، فإنهم يأخذون بها ويعتبرونها في جانب آخر.

المطلب السابع

اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدين، أو قدر الرهن، أو رده، أو أنه بالدين الحال، أو ببعض الدين، أو كونه الرهن عصيراً في عقد اشترط فيه رهن العصير، أو عين الرهن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهياً:

صورة المسألة:

إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين الذي به الرهن نحو أن يقول الراهن: «رهنك عبدي هذا بألف»، فقال المرتهن: «بل بألفين»، أو اختلفا في قدر الرهن، نحو أن يقول الراهن: «رهنك هذا»، فقال المرتهن: «وهذا أيضاً»، أو اختلفا في رد العين المرهونة بأن قال المرتهن: «رددتها إليك»، وأنكر الراهن، أو قال الراهن: «رهنك بالدين المؤجل من الألفين»، فقال المرتهن: «بل رهنتيه بالحال منهما»، أو قال الراهن: «رهنك ببعض الدين» أي: بنصفه أو ربعه ونحوه، فقال المرتهن: «بل بكله»، أو ادعى الراهن إقباض المرتهن عصيراً في عقد شرط فيه رهنه؛ بأن باعه بشرط أن يرهنه هذا العصير وأقبضه إياه، ثم وجده خمراً فقال الراهن: «أقبضتكه عصيراً وتخمر عندك»، فقال المرتهن: «بل أقبضتنيه خمراً»، أو اختلفا في عين الرهن نحو قول الراهن: «رهنك هذا العبد»، فقال المرتهن: «بل هذا العبد»، وخلا قول كل

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٥٢).

منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول قول الراهن بيمينه في قدر الدين المرهون به، ويدخل فيه إذا كان الرهن ببعضه أو كله، وفي رد العين المرهونة، ويتحالفان في قدر الرهن، والقول للمرتهن في أن المقبوض خمر، وفي تعيين العين المرهونة، وهو مذهب الحنفية^(١).

القول الثاني: أن القول قول المرتهن بيمينه ما لم يدع أكثر من قيمة الرهن، فإن ادعى أكثر من قيمة الرهن كان القول قول الراهن بيمينه فيما زاد على قيمة الرهن، وهذا في الاختلاف في قدر الدين المرهون به^(٢)، ويدخل فيه إذا كان الرهن ببعضه أو كله، ويكون القول قول الراهن بيمينه في قدر الرهن، وفي رد العين المرهونة، ويكون القول قول المرتهن بيمينه في تعيين العين

(١) ينظر: روضة القضاة: (١/٤٢٣-٤٢٥)، بدائع الصنائع: (٨/٢٥٦)، حاشية ابن عابدين: (١٠/٩٥-٩٦)، ونص في المرجعين الأولين: على التحالف عند الاختلاف في قدر الرهن، ولكن نص في موضع آخر من روضة القضاة: (١/٤٢٥) على أنه: «وإن قال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين وقبضتهما، وقال الراهن: رهنتك أحدهما، فالقول قول الراهن»، فالله أعلم هل النصوص السابقة في الاختلاف قبل القبض أو أن القبض لم يكن محلاً للاختلاف بخلاف النص الأخير، وعلى كل فقد اخترت ذكر ما دون في المتن؛ لأنه أكثر ما ذكر عن مذهب الحنفية، ولم أجد نصاً في غير ما ذكر.

(٢) ولدى المالكية تفصيل وخلاف فيما إذا كان بيد العدل، ولكن الأصح هو ما ذكرته، وكذلك لديهم تفصيل فيما إذا تلف، فليراجع في كل ما سبق: منح الجليل: (٥/٤٩٠).

المرهونة^(١)، وهو مذهب المالكية^(٢).

القول الثالث: أن القول قول الراهن بيمينه في أظهر قولي الشافعية^(٤) في

(١) على خلاف بين المالكية فيما إذا اتفقا على مقدار الدين المرهون به، واختلفا في تعيين الرهن، فاختار ابن فرحون أن القول قول من يشبه من الراهن والمرتهن، فإن عين الراهن ثوباً قدره ألف وعين المرتهن ثوباً يساوي مئة، فيكون القول قول الراهن؛ لأنه ادعى ما يشبه، واختار أشهب والقاضي: عبد الوهاب أن القول قول المرتهن مطلقاً، وعزاه بعض المتأخرين لابن القاسم (ينظر: تبصرة الحكام: (٢/٩٢-٩٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٩-٤٩٠))، ولعل ما اختاره ابن فرحون هو قياس قول المالكية ومقتضاه؛ لأن أكثر من مسألة في التداعي رجح المالكية قول الأشبه، فطرد قولهم القول بما اختاره ابن فرحون، ولكن ذكرت في المتن ما وجدته في التفريع والتلقين؛ لأن مشهور مذهب المالكية أن الدين لا يكون شاهداً للرهن في هذه المسألة، ويضاف إلى ذلك أنه معزو لابن القاسم؛ ولقوله وجاهة واعتبار عند المالكية. ينظر: منح الجليل: (٥/٤٨٩-٤٩٠).

(٢) وقال اللخمي من المالكية: بأنه إذا اختلف الراهن والمرتهن في تعيين العين المرهونة فالقول قول الراهن مطلقاً، ولا يكون للمرتهن إلا ما أقره الراهن به، ونصه: (وإن قال: أرهنتك هذا العبد بعينه والآخر وديعة، وقال المرتهن: بل هو وديعة والآخر رهن، كان القول قول المالك، ولا يكون للمرتهن إلا ما أقر له أنه رهن). التبصرة: (١٢/٥٧١٢).

(٣) ينظر: الاستذكار: (٢٢/١١٠)، التفريع: (٢/٢٦٤-٢٦٥)، التلقين: (١/٤١٩)، المنتقى؛ للباجي: (٥/٢٥٩-٢٦٠)، التبصرة: (١٢/٥٧١٢)، تبصرة الحكام: (٢/٩٢-٩٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٩-٤٩١)، ولم أجد نصاً لدى المالكية في تحديد الدين المرهون به هل هو الحال أو المؤجل، ولكن أقرب ما وجدته هو أنه إذا كان على الراهن دينان للمرتهن أحدهما برهن والآخر بلا رهن، أحدهما حال والآخر مؤجل، فادعى الراهن سداد الدين الذي به الرهن، وادعى المرتهن سداد الدين الآخر، ولم يتفقا على تحديد الدين المسدد عند دفع الحق، فيكون القول قول من ادعى أنه من الدين الحال: (ينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٤)، تبصرة الحكام: (١/٣٧٢))، وعليه قد يقال: إن الأقرب لمذهب المالكية تقديم قول مدعي أن الدين الحال هو المرهون به، ولم أجد لدى المالكية نصاً غير ما ذكر.

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٤/١٢٥).

أن المقبض عصير، وكذلك القول قوله وفي رد العين المرهونة بيمينه عند أكثر الشافعية^(١)، ومذهب الشافعية^(٢) في غيرها أن القول قول الراهن بيمينه.

القول الرابع: أن القول قول الراهن بيمينه، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٣) في قدر الدين المرهون به، وفي قدر الرهن، وفي رد العين المرهونة، ومذهب الحنابلة^(٤) في غيرها أن القول قول الراهن بيمينه.

ولتفصيل المذاهب والأدلة وجمع ما اتفق عليه أقول^(٥):

المسألة الأولى: الاختلاف في قدر الدين المرهون به^(٦):

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن القول قول الراهن بيمينه، وهو مذهب بعض السلف^(٧)،

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥٠٩/٤)، روضة الطالبين: (٩٧/٤)، نهاية المحتاج: (٩١/٥)، تحفة المحتاج: (٢٨٤، ٢٦٦/٤).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤٥٢/٤)، نهاية المحتاج: (٢٩٧/٤)، تحفة المحتاج: (١٠٣-١٠٤)، أسنى المطالب: (١٧٧/٢).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٧٧/١٢-٤٨١)، كشاف القناع: (٣٥٢/٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣٦٢-٣٦١/٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٧٧/١٢-٤٨١)، كشاف القناع: (٣٥٢/٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣٦٢-٣٦١/٣).

(٥) لم أذكر المسألة الأخير الواردة في صورة المسألة، وهي الاختلاف في تعيين العين المرهونة؛ لأن دراستها بالتفصيل ستكون - إن شاء الله - في المطلب الحادي عشر من هذا المبحث، ومنعاً للتكرار جرى الاكتفاء بالمطلب المذكور عن التفصيل في هذه المسألة.

(٦) ومثله: الاختلاف في الرهن هل هو ببعض الدين أو كله كما نص عليه الفقهاء في مواضع توثيق هذه المسألة.

(٧) هم: النخعي، والثوري، والبتي، وأبو ثور. ينظر: الشرح الكبير: (٤٧٨/١٢).

والحنفية^(١)، وبعض الشافعية^(٢)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المرتهن مدع على الراهن زيادة ضمان، والراهن مدعى عليه؛ لأنه منكر هذه الزيادة، فيكون القول قوله بيمينه؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ولكن**

اليمين على المدعى عليه»^{(٤)(٥)}.

٢- أن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن من الزيادة؛ لأنها طارئة يوجد الرهن بدونها، فيكون القول قول من ينفيها - وهو الراهن -؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٦).

٣- أن الأصل براءة ذمة الراهن من هذه الزيادة أو من الرهن بها؛ قياساً على اختلافهما في أصل الدين^(٧).

٤- أن الراهن والمرتهن لو اختلفا في أصل الرهن لكان القول قول الراهن، فكذلك يكون القول قوله في صفته، ومنه اختلافهما في قدر الدين المرهون به^(٨).

(١) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: (٤/٣٠٧)، روضة القضاة: (١/٤٢٣-٤٢٥)، بدائع الصنائع: (٨/٢٥٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/١٩٢-١٩٣).

(٣) ينظر: الإنصاف: (١٢/٤٧٧-٤٨١)، كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١-٣٦٢). (٤) سبق تخرجه.

(٥) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: (٤/٣٠٧)، بدائع الصنائع: (٨/٢٥٦)، الشرح الكبير: (١٢/٤٧٨)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦٢).

(٦) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧)، تحفة المحتاج: (٤/١٠٣-١٠٤)، أسنى المطالب: (٢/١٧٧)، كشف القناع: (٣/٣٥٢).

(٧) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٧٨). (٨) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٥٢).

ونوقش: بالفرق بين المسألتين؛ لأنه ثبت تعلق قدر الدين المرهون به بالرهن، وهو شاهد للمرتهن، فمعه ما يصدق به بخلاف الاختلاف في أصل الرهن^(١).

القول الثاني: أن القول قول المرتهن بيمينه ما لم يدع أكثر من قيمة الرهن، فإن ادعى أكثر من قيمة الرهن كان القول قول الراهن بيمينه فيما زاد على قيمة الرهن^(٢)، وهو قول حكي عن بعض السلف^(٣)، وهو مذهب المالكية^(٤)، وهو اختيار: الشيخ: تقي الدين ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم^(٥).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الرهن وثيقة بالدين، فكانت قيمته دالة على ما رهن بها؛ لأن الشأن في العرف أن لا يتوثق إلا بمقدار الدين أو أكثر، فيكون القول قول المرتهن بيمينه ما لم يدع أكثر من قيمته، فتنتفي شهادة الوثيقة له، فيرجع إلى الأصل من تقديم قول منكر الزيادة^(٦).

(١) ينظر: الطرق الحكمية: (٥٦٧/٢).

(٢) ولدى المالكية تفصيل وخلاف فيما إذا كان بيد العدل، ولكن الأصح هو ما ذكرته، وكذلك لديهم تفصيل فيما إذا تلف، فليراجع في كل ما سبق: مناهج التحصيل: (٣٠٥-٣٠٦)، التوضيح: (١٦٠/٦)، منح الجليل: (٤٩٠/٥).

(٣) وهما: الحسن، وقتادة. ينظر: الشرح الكبير: (٤٧٨/١٢).

(٤) ينظر: الاستذكار: (١١٠/٢٢)، التفريع: (٢٦٤-٢٦٥)، التلقين: (٤١٩/١)، المنتقى؛ للباجي: (٢٥٩-٢٦٠)، التبصرة: (٥٧١٢/١٢)، تبصرة الحكام: (٩٢-٩٣)، منح الجليل: (٤٨٩-٤٩١).

(٥) ينظر: الطرق الحكمية: (٥٦٥-٥٦٦)، الإنصاف: (٤٧٨/١٢).

(٦) ينظر: الاستذكار: (١١٠-١١١)، المنتقى؛ للباجي: (٢٦٠/٥)، منح الجليل: (٤٨٩/٥).

ونوقش من أوجه^(١):

الوجه الأول: عدم التسليم بحجية العرف وظواهر الأحوال على ترجيح قول أحد المتداعين؛ بدليل أن دعوى العدل التقي على الفاسق الغوي في الشيء غير مقبولة، وإن كان الظاهر في العرف صدق المدعي فيها، ودعوى العطار على الدباغ عطراً لا يوجب قبول قول العطار فيه، وإن كان العرف يقتضيه، كذلك الرهن لا تعتبر قيمته في قبول قول المرتهن، وإن كان العرف معه.

ويجاب عنه من وجهين:

الأول: بعدم التسليم أن بعض ما ذكر من قرائن غير مقبول.

الثاني: أنه لو سلم ذلك، فإن رد هذه القرائن لضعفها عن الإثبات والدلالة على حقيقة الحال، وذلك بخلاف القرينة والظاهر الوارد في هذه المسألة.

الوجه الثاني: أن ما ذكر من شهادة العرف غير مسلم؛ فإن في العادة رهن الشيء بأقل من قيمته^(٢).

الوجه الثالث: أنه لو سلم أن العرف يكون بمقدار الدين أو أكثر؛ فإن هذا في بعض الأحوال، وأما بعضها الآخر، فيرهن بأقل من الدين وبأكثر منه وباختلاف العرف في هذه المسألة يعدم اطراده فيسقط اعتباره.

وأجيب: بأنه ليس في العرف أن يرهن الرجل ما يساوي ألف دينار على درهم، ومقتضى القول بتقديم قول الراهن أن يقبل قوله: إنه رهن هذه الألف على ثمن درهم أو أقل، وهذا مما يشهد العرف ببطلانه^(٣).

(١) ينظر الحاوي الكبير: (٦/١٩٣).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٧٨).

(٣) ينظر: الطرق الحكمية: (٢/٥٦٦-٥٦٧).

الوجه الرابع: أنه لما لم يكن العرف شاهداً للمرتهن بالزيادة التي يدعيها في قدر الدين، ولم يكن شاهداً لها في أصل الرهن والإنكار فيهما أقوى من الإنكار في هذه المسألة، وكان القول فيهما للراهن بيمينه، وجب أن يكون القول للراهن في قدر الدين المرهون به.

ويجاب: بأن قوة الإنكار تدفع كلام المرتهن في المسألتين الأوليين، وذلك بخلاف إنكار الراهن في هذه المسألة، فهو أضعف منهما فتقوى القرينة الظاهرة على تقوية جانب المرتهن.

٢- «أن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَعَلَ الرهن بدلاً من الكتاب والشهود يحفظ به الحق، فلو لم يقبل قول المرتهن، وكان القول قول الراهن، لم تكن في الرهن فائدة، وكان وجوده كعدمه إلا في موضع واحد، وهو تقديم المرتهن بدينه على الغرماء الذين ديونهم بغير رهن، ومعلوم أن الرهن لم يشرع لمجرد هذه الفائدة، وإنما ذكره الله - سبحانه - في القرآن العظيم قائماً مقام الكتاب والشهود، فهو شاهد بقدر الحق»^(١).

القول الثالث: التفريق بين ما إذا كان الرهن مشروطاً في البيع، وما إذا كان تبرعاً من الراهن، فإذا كان تبرعاً من الراهن، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إذا كان مشروطاً في العقد فيتحالفان، وهو مذهب الشافعية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

أما على تقديم قول الراهن بيمينه في رهن التبرع، فبما سبق في أدلة القول الأول، وأما على التحالف في الرهن المشروط، فاستدلوا: بأنه اختلاف في

(١) الطرق الحكمية: (٢/٥٦٦).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧-٢٩٨)، تحفة المحتاج: (٤/١٠٣-١٠٤)، أسنى

المطالب: (٢/١٧٧-١٧٨).

كيفية البيع، فيتحالفان؛ قياساً على الاختلاف بين المتبايعين في باقي
كيفية البيع^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الثاني؛ لأمر:

الأول: ما ذكر في أدلة القول الثاني، والإجابة على المناقشات
الواردة عليه.

الثاني: أن الله عَزَّوَجَلَّ جعل الرهن بدلاً عن الكتابة، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ
كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كِتَابًا فَرِهْنُمْ مَقْبُوضَةً﴾^(٢)، وعليه فتعتبر في كل ما
يعتبر به الكتابة، فلما كانت الكتابة دالة على مقدار الدين المرهون به كان
الرهن دالاً عليه؛ إقامة للبدل مقام المبدل منه في كل ما يمكن ذلك فيه.

الثالث: أن فيه جمعاً بين أدلة القولين، وإعمالاً لكلا الدليلين من الأصول
التي تمسك بها أصحاب القول الأول - وذلك فيما زاد على قيمة الرهن -،
والظاهر الذي يشهد للمرتهن، وكل ما أمكن الجمع بين الأدلة كان أولى من
إهمال بعضها.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من وجهين:

الوجه الأول: بأن الراهن إذا أراد فكاك العين المرهونة، فعليه سداد الدين
الذي رهننت به أو رهن غيره - مما يكون مثل قيمته - مكانه، ويحدد الدين

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٨٣)، وينظر: التوضيح: (٦/١٥٧).

الذي يلزم سداده بناء على القول المقدم، فإن قيل بتقديم قول الراهن كان ما تضمنه هو الدين اللازم سداده لفكالك العين المرهونة، وإذا قيل بتقديم قول المرتهن كان ما تضمنه هو الدين اللازم سداده لفكالك العين المرهونة^(١).

الوجه الثاني: أن العين المرهونة إذا تلفت عند المرتهن بغير تعد ولا تفريط، وقيل بتضمينه التالف، فإنه يضمن مقدار الدين المرهون به؛ لأن ما زاد على الدين المرهون به يكون أمانة ووديعة عنده، فلا يضمنه، ويحدد المقدار المضمون من يقدم قوله، فإن قيل بتقديم قول الراهن كان ما تضمنه هو مقدار الضمان، وإذا قيل بتقديم قول المرتهن كان ما تضمنه هو مقدار الضمان^(٢).

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف في قيمة الرهن هل هي شاهدة على قدر الدين المرهون به أم لا^(٣)، فمن رأى شهادتها قال بما تقتضيه - وهو ما ورد في القول الثاني -، ومن لم ير شهادتها قال إن الأصل عدم الزيادة التي يدعيها المرتهن، ولم ير في قيمة العين المرهونة ما يعارض هذا الأصل أو يرده.

المسألة الثانية: الاختلاف في قدر الرهن:

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال ثلاثة:

- (١) ينظر: مناهج التحصيل: (٨/ ٣١١-٣١٢).
(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/ ٩٥). (٣) ينظر: مناهج التحصيل: (٦/ ٣٠٦).

القول الأول: أنهما يتحالفان في قدر الرهن، وهو مذهب الحنفية^(١).

واستدلوا: بأنهما اختلفا في قدر المعقود عليه، فتحالفا؛ قياساً على اختلاف المتعاقدين في قدر المعقود عليه في البيع^(٢).

القول الثاني: أن القول قول الراهن بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٣)، وبعض الشافعية^(٤)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٥).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن؛ إذ هو زائد على ما اتفقا عليه، ويوجد الرهن بدونه، فيكون طارئاً فيكون القول قول من ينكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٦).

٢- أن الراهن والمرتهن لو اختلفا في أصل الرهن لكان القول قول الراهن، فكذاك يكون القول قوله في صفته، ومنه اختلفا في قدر الرهن^(٧).

(١) ينظر: روضة القضاة: (٤٢٤/١)، بدائع الصنائع: (٢٥٦/٨)، ونص فيهما: على التحالف عند الاختلاف في قدر الرهن، ولكن نص في موضع آخر من روضة القضاة: (٤٢٥/١) على أنه: «وإن قال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين وقبضتهما، وقال الراهن: رهنتك أحدهما، فالقول قول الراهن»، فالله أعلم هل النصوص السابقة في الاختلاف قبل القبض أو أن القبض لم يكن محلاً للاختلاف بخلاف النص الأخير؟ وعلى كل فقد اخترت ذكر ما دون في المتن؛ لأنه أكثر ما وجدته ذكر في كتب الحنفية.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (٢٥٦/٨).

(٣) ينظر: التفرغ: (٢/٢٦٤-٢٦٥)، التلقين: (١/٤١٩)، التبصرة: (١٢/٥٧١٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/١٩٤-١٩٥).

(٥) ينظر: الإنصاف: (١٢/٤٧٧-٤٨١)، كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١-٣٦٢).

(٦) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١-٣٦٢).

(٧) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٥٢).

القول الثالث: التفريق بين ما إذا كان الرهن مشروطاً في البيع، وما إذا كان تبرعاً من الراهن، فإذا كان تبرعاً من الراهن، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إذا كان مشروطاً في العقد فيتحالفان، وهو مذهب الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

أما على تقديم قول الراهن بيمينه في رهن التبرع، فبما سبق في أدلة القول الثاني، وأما على التحالف في الرهن المشروط، فاستدلوا: بأنه اختلاف في كيفية البيع، فيتحالفان؛ قياساً على الاختلاف بين المتبايعين في باقي كفيات البيع^(٣).

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧-٢٩٨)، تحفة المحتاج: (٤/١٠٣-١٠٤)، أسنى المطالب: (٢/١٧٧-١٧٨).

(٢) ينظر: الإنصاف: (١٢/٤٨٠)، ومن غريب ما اطلعت عليه أن صاحب الشرح الكبير ذكر هذه المسألة، فقال: (وإن اختلفا في قدر الرهن، فقال: رهنتك هذا العبد. قال: بل هو والعبد الآخر. فالقول قول الراهن؛ لأنه منكر. ولا نعلم في هذا خلافاً) (١٢/٤٧٩)، (وينظر: (الفقه الإسلامي وأدلته: (٦/٤٣٢٧))، ونص عليها صاحب الإنصاف فقال: (وأما إذا اختلفا في قدر الرهن، نحو قوله: رهنتك هذا. فقال المرتهن: وهذا أيضاً. فالقول قول الراهن. على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في «الوجيز» وغيره. وقدمه في «الفروع» وغيره. وعنه يتحالفان في المشروط. وذكر أبو محمد الجوزي، يقبل قول المدعى عليه منهما) (١٢/٤٧٩-٤٨٠)، فالمسألة واحدة، واختلف عالمان من علماء المذهب فيها إجماعاً واختلافاً، ولكن قد يجمع بينهما بأن الخلاف المنفي هو ثمره الخلاف، فإن الأقوال كلها ليس فيها ما يزيد قدر الرهن على ادعاه الراهن، وأما الخلاف فهو في التفاصيل.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧-٢٩٨)، تحفة المحتاج: (٤/١٠٣-١٠٤)، أسنى المطالب: (٢/١٧٧-١٧٨).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - النظر في ظاهر الأمر وقرائن الأحوال، فإن كانت العين التي اكتفى الراهن بالإقرار بها وإنكار ما سواها تفي بالدين أو تقاربه، أو يكتفى بها عرفاً عن رهن غيرها، فيكون القول الراهن يمينه؛ لشهادة الظاهر له، وأما إن لم تف بالدين أو ما يقاربه، ولا يكتفى بها عرفاً إلا برهن العين الأخرى، فيكون القول قول المرتهن يمينه، لشهادة الظاهر له، وأما إن خلا الواقع من الظواهر والقرائن، أو وجد في كل الطرفين ظاهر يعضد جانبه؛ كأن كانت العين - التي أقر الراهن بها وأنكر ما زاد عنها - لا تفي بالدين لا تقاربه، ولكن جرى العرف بالاكْتفاء بها عن غيرها، أو بالعكس، فيكون القول قول الراهن يمينه؛ لأمر:

الأول: لما ورد في أدلة القول الثاني.

الثاني: أن الظواهر لما اعتضدت بجانب كل منهما تعارضت، فتساقطت، فرجع إلى أن الزائد طارئ يوجد العقد بدونه فكان القول من ينفيه يمينه - وهو الراهن -.

الثالث: أن الراهن متبرع بالرهن محسن للمرتهن بتوثيق رهنه، فكان

القول قوله؛ لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ

عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (٩١) (١).

(١) سورة التوبة، الآية (٩١).

ثمرة الخلاف:

لم يظهر لي في الخلاف المذكور ثمرة؛ لأن ثمرة كل قول ستنتج تقديم قول الراهن؛ فالقول الأول يتحالفان، ولا يثبت ما ادعاه المرتهن، ويثبت ما تصادقا عليه، وهو ما ادعاه الراهن، والقول الثاني صريح في ذلك، والقول الثالث يجمع ما سبق.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو أن هذا الاختلاف بين الراهن والمرتهن هل يلحق بالاختلاف في المعقود عليه في البيع، أو أنه مسألة مستقلة لا يصح إلحاقها، بهذا الاختلاف، فمن قال بالأول قال بالتحالف، ومن قال بالثاني بنى الحكم فيها على الأصول العامة عند التداعي.

المسألة الثالثة: الاختلاف في رد العين المرهونة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول قول الراهن يمينه، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وأكثر الشافعية^(٣)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠/٩٥-٩٦).

(٢) ينظر: التفریح: (٢/٢٦٤-٢٦٥)، التوضیح: (٦/١٦٢)، التبصرة: (١٢/٥٧١٢).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩)، روضة الطالبين: (٤/٩٧)، نهاية المحتاج: (٤/٢٦٦، ٢٨٤)، تحفة المحتاج: (٥/٩١).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٢/٤٨٠-٤٨١)، كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن؛ إذ هو زائد على ما اتفقا عليه، ويوجد الرهن ويصح بدونه، فيكون طارئاً فيكون القول قول من ينكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(١).

٢- أن المرتهن قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في ردها؛ قياساً على المستعير والمستأجر^(٢).

القول الثاني: أن القول قول المرتهن بيمينه، وهو قول بعض الشافعية^(٣)، وهو وجه عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا: بأن المرتهن قبض العين بإذن مالكها الراهن، فيكون أميناً فيقبل قوله في الرد؛ قياساً على المودع والوكيل بغير أجر^(٥).

ونوقش: بأن المرتهن قبض العين المرهونة لمصلحته، وهي مضمونة عليه عند بعض الفقهاء، فلا يقبل قوله في الرد؛ لأنه قبض العين لحظه، أو لأنه

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠/٩٥-٩٦)، كشاف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩)، روضة الطالبين: (٤/٩٧)، وهم بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم.

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٢/٤٨٠-٤٨١).

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠/٩٦)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩).

ينفي ضمانه العين بعد دخوله فيه فلا يقبل قوله بخلاف المودع والوكيل بغير أجر^(١).

وأجيب: بأن كونه قبض العين لمصلحته، لا يقتضي بالضرورة رد قوله؛ لأن المضارب والوكيل بجعل يقبل قوله في الرد مع أخذهم العين لمصلحتهم^(٢).

ورد هذا الجواب من وجهين^(٣):

الوجه الأول: عدم التسليم بأنه يقبل قولهم، فإن قولهم في الرد غير مقبول؛ لأنهما أخذوا العين لمنفعتهم في الربح والأجرة.

الوجه الثاني: أنه على التسليم بقبول قولهم؛ فإن المضارب والوكيل بجعل أخذوا العين لمنفعة المالك، وانتفاعهم بالعمل في العين لا بالعين نفسها بخلاف المرتهن؛ فإن منفعتهم بالعين نفسها ببيعها واستيفاء دينه عند عدم وفاء الراهن.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة ما استدلوا به؛ ولما ورد على دليل القول الثاني من مناقشات أضعفت دلالاته على المطلوب؛ ولأن المرتهن يدعي أمرين طارئين: الأول: الرد، والثاني: الخروج من ضمان العين المرهونة عند بعض الفقهاء، وكلاهما حادث طارئ، فيكون القول قول الراهن بيمينه؛ لأنه ينكرهما.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٩٦/١٠)، العزيز شرح الوجيز: (٥٠٩/٤).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥٠٩/٤)، الشرح الكبير والإنصاف: (٤٨٠/١٢).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥٠٩/٤)، الشرح الكبير والإنصاف: (٤٨٠/١٢).

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - هي فيما لو تلفت العين المرهونة بتعد أو تفريط، فمن قال القول قول الراهن في الرد جعل الضمان على المرتهن، وأما من قال بتقديم قول المرتهن، فيجعل ضمان العين المرهونة على الراهن.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى الاختلاف في تأثير علة (قبض العين لمصلحة القابض ومنفعته)، فمن قال بتأثيرها رد دعوى المرتهن؛ لأنه قبض العين لمصلحته، وقبل قول الراهن، ومن قال بعدم تأثيرها جعل القول قول المرتهن^(١)؛ لأنه أمين.

المسألة الرابعة: الاختلاف في الدين المرهون به هل هو المؤجل أم الحال؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: التفريق بين ما إذا كان الرهن مشروطاً في البيع، وما إذا كان تبرعاً من الراهن، فإذا كان تبرعاً من الراهن، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إذا كان مشروطاً في العقد فيتحالفاً وهو مذهب الشافعية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

أما على تقديم قول الراهن بيمينه في رهن التبرع، فاستدلوا: بأن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن؛ إذ هو زائد على ما اتفقا عليه، ويوجد الرهن بدونه، فيكون طارئاً فيكون القول

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧-٢٩٨).

قول من ينكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(١)، وأما على التحالف في الرهن المشروط في البيع، فاستدلوا: بأنه اختلاف في كيفية البيع، فيتحالفان؛ قياساً على الاختلاف بين المتبايعين في باقي كيفية البيع^(٢).

القول الثاني: أن القول قول الراهن يمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن؛ إذ هو زائد على ما اتفقا عليه، ويوجد الرهن بدون، فيكون طارئاً فيكون القول قول من ينكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٤).

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧-٢٩٨)، كشف القناع: (٣/٣٥٢) هكذا استدل بمعناه في المرجعين السابقين بعد ذكر المسائل الواردة في صورة المسألة، ودلالته على هذه المسألة تحديداً مشكل، فإن كلا المتداعيين مدع لما الأصل عدمه ومنكر دعوى الآخر، بل إن الأصل الحلول ومن ادعى الأجل، فهو مدع الأمر الطارئ، وعليه يكون الدليل لرد قول الراهن لا لقبوله، ولكن قد يقال: إن المقصود من الاستدلال بهذا الدليل هو غير المسألة هذه، كما سبق الاستدلال به، وتكون هذه المسألة مما استدل له بالدليل الثاني فقط، لكن ما سبق قد يقبل بالنسبة للحنابلة، فقد ذكر الدليلان في مرجعهم، وهذا بخلاف الشافعية، فلم يذكر في مرجعهم سوى الدليل الأول، أو يقال: إن الأمر ليس كما ذكر بل إن الأصل في الرهن ألا يكون إلا بدين مؤجل، فمن ادعى الحلول فعليه البينة؛ لأن الدين الحال لا حاجة لتوثيقه بل يتم سداده مباشرة من المدين دون الحاجة لرهنه لصالح الدائن، وعلى كل فالله أعلم بحقيقة الحال.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٩٧-٢٩٨).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٢/٤٧٩)، كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١-٣٦٢).

(٤) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٥٢).

٢- أن الراهن والمرتهن لو اختلفا في أصل الرهن لكان القول قول الراهن، فكذاك يكون القول قوله في صفته، ومنها اختلافهما في تحديد الدين التي رهن به العين^(١).

ولم أجد لدى الحنفية ما يمكن أن يعرف قولهم فيما ذكر، وكذلك المالكية فلم أجد نصاً لديهم في تحديد الدين المرهون به هل هو الحال أو المؤجل، ولكن أقرب ما وجدته هو أنه إذا كان على الراهن دينان للمرتهن أحدهما برهن والآخر بلا رهن، أحدهما حال والآخر مؤجل، فادعى الراهن سداد الدين الذي به الرهن، وادعى المرتهن سداد الدين الآخر، ولم يتفقا على تحديد الدين المسدد عند دفع الحق، فيكون القول قول من ادعى أنه من الدين الحال^(٢)، وعليه فلعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب المالكية تقديم قول مدعي أن الدين الحال هو المرهون به.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في الظاهر وقرائن الأحوال، كما لو كان الرهن مما يفسد قبل حلول الدين المؤجل، واتفقا على منع الراهن المرتهن من بيعه إلا بسبب فساد؛ فإن هذا ظاهر يدل على الإذن بالبيع قبل الفساد، فيكون لسداد الدين الحال، أو لو كانت قيمة الرهن شاهدة على تحديد أحدهما كما سبق في الاختلاف في قدر الدين المرهون به، فيكون رهناً للدين الذين شهد للرهن له القيمة والعرف، أو لو لم يجز العرف بالرهن

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ونصها: (وإذا كان لرجل على آخر دينان: أحدهما برهن والآخر بغير رهن، فقضاه أحد الحقين ثم اختلفا... وإلا فالقول قول من ادعى أنه من الحال) تبصرة الحكام: (١/٣٧٢)، وينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٤).

بالدين الحال، وكان خاصًا برهن الدين المؤجل، فيكون القول الراهن لأن يوافق هذا الأصل الثابت بالعرف، وأما إذا خلا الواقع من قرائن وظواهر، فلعل الراجح هو القول الأول؛ لأن فيه جمعًا بين الدليل وإعمالًا للقريتين، وهما: أن الراهن إذا كان متبرعًا فيقبل قوله لأنه محسن كما سبقت الإشارة إلى ذلك؛ وأما إذا لم يكن متبرعًا، فلأن الراهن والمرتهن كل منهما مدعٍ ومنكر دعوى الآخر، فالراهن يدعي المؤجل وينكر الحال، والمرتهن يدعي الحال وينكر المؤجل، ولا مرجح لقول أحدهما فيتحالفان.

ثمرة الخلاف:

بعد تأمل الخلاف في هذه المسألة لم يظهر لي وجود ثمرة له؛ لأن من قال بتقديم قول الراهن يمينه، فإنه لا يجعل أحكام الرهن وأثاره تطبق على العين المرهونة؛ لأن الراهن أنكر أن يكون بالدين الحال، والمرتهن أنكر أن يكون بالمؤجل، فلا يثبت بأنه بالحال لتقديم قول الراهن، ولا يثبت أنه بالمؤجل؛ لأن المرتهن رفض ذلك، ولا يحكم لأحد إلا بطلبه، وأما إن قيل بالتحالف؛ فلا تثبت دعوى أي منهما، وتكون العين لمالكها.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم-: أن اشتراط الرهن في البيع هل هو مؤثر، فمن قال بتأثيره ألحق هذه المسألة بالاختلاف في المعقود عليه، ومن لم يقل بتأثيره لم يلحقه بالاختلاف في المعقود عليه، وأجرى الأصول العامة في التداعي.

المسألة الخامسة: الاختلاف في المقبوض هل هو العصير أو الخمر؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول قول المرتهن أنه قبض الخمر، وهو مذهب الحنفية^(١)، وقول عند الشافعية^(٢).

واستدلوا: بأن الراهن يدعي على المرتهن القبض الصحيح، والمرتهن ينكر دعوى الراهن، ويدعي قبضاً لا يوجب الضمان^(٣)؛ فيكون القول قول المرتهن؛ لأن الأصل عدم القبض الصحيح^(٤).

القول الثاني: أن القول قول الراهن بيمينه أنه أقبض العصير، وهو أظهر القولين وأصحهما في مذهب الشافعية^(٥)، وهو مذهب الحنابلة^(٦).

واستدلوا بالتالي:

١- أن دعوى المرتهن تقتضي فسخ البيع ودعوى الراهن تقتضي بقاءه، فيكون القول قول الراهن؛ لأن الأصل بقاء البيع^(٧).

٢- أن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن؛ لأن الأصل صحة المقبوض وسلامته مما يفسده، وعليه يكون الفساد طارئاً؛ فيكون القول قول من ينكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٨).

(١) ينظر: روضة القضاة: (١/٤٢٤)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٢).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٢)، روضة الطالبين: (٤/١٢٥).

(٣) ينظر: روضة القضاة: (١/٤٢٤).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٢)، روضة الطالبين: (٤/١٢٥).

(٥) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٢)، روضة الطالبين: (٤/١٢٥).

(٦) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٨٠-٤٨١)، كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١).

(٧) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٢)، روضة الطالبين: (٤/١٢٥).

(٨) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١).

٣- أن الراهن والمرتهن لو اختلفا في أصل الرهن لكان القول قول الراهن، فكذلك يكون القول قوله في صفته، ومنها اختلافهما في المقبوض هل هو خمر أو عصير؟^(١).

ولم أجد نصًا للمالكية في هذه المسألة ولا ما يقاربها.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إن ظهر من قرائن الظاهر وأمارات الأحوال ما يعضد قول أي منهما فيكون القول قوله؛ كما لو أقر الراهن بأنه خزن العصير وأبقاه عنده في ظروف تجعله خمرًا قبل أن يقبضه الراهن، ولم يتأكد ويشهد عند القبض أنه عصير، فيكون القول قول المرتهن، أو لو قبضه المرتهن فبقي عنده مدة يصير فيها خمرًا بسبب التخزين أو غيره، ومضت مدة بعد القبض يستطيع التأكد فيها والادعاء بأنه خمر، ولم يتأكد عند القبض أو يشهد أنه قبض خمرًا فيكون القول قول الراهن بيمينه، ولكن إن خلا الواقع بينهما عن كل ما سبق، فيكون القول قول الراهن بيمينه؛ لأمرين:

الأول: ما استدل به أصحاب القول الثاني من أدلة تضمنت أصليين وقياسًا عضدت جانب الراهن خلا منهما جانب المرتهن.

الثاني: أن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وأقرب أوقاته أن يكون تخمر بعد القبض، وعليه يرجح قول الراهن بيمينه.

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٥٢).

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف: بأن من قال بتقديم قول المرتهن، فإنه يجعل له خيار فسخ البيع؛ لعدم توفر الشرط الذي اشترطه، وأما من قال بتقديم قول الراهن، فلا يجعل للمرتهن خيار الفسخ، ويكون البيع لازماً؛ لتوفر الشرط الذي اشترطه المرتهن.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو وجود أصول مختلفة من الأصول الحاكمة للتداعي، وقواعد فقهية، ورجح كل منهما ما رآه متوجهاً وقوياً لديه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** على المسائل المذكورة في المسألة السابقة ظاهر وجلي من أوجه:

الوجه الأول: أن الفقهاء من المذاهب الأربعة استدلوا - أو استدل لهم - بها في مختلف هذه المسائل، فمنهم من اعتبرها أو استدل بها أو استدل له بها في كل المسائل السابقة بإطلاق القرينة؛ كالحنابلة، ومنهم من أجرى ما ذكر في كل ما نسب إليهم إما بإطلاق القرينة أو في تفصيل قوله؛ كالمالكية والشافعية، ومنهم من اعتبرها في غالب المسائل، ولم يعتبرها في بعضها، وهم الحنفية.

الوجه الثاني: أنه استدل بها في - وذلك في بعض المسائل - المسألة على صحة كلا القولين؛ كالمسألة الأخيرة، مما يدل على سعة تطبيقها وشمولها وعمق فهم الفقهاء لها وللمسائل التي تطبق عليها.

الوجه الثالث: أنه استدل بها استقلالاً عن قرينة الإنكار، ومعتضدة بها، فاستدل بها استقلالاً كما في المسألة الأولى، واستدل بها معتضدة بقرينة الإنكار في غيرها من المسائل، وهذا يدل على عمق تأثيرها في هذه المسائل وقوته.

الوجه الرابع: أن هذه القرينة كانت سبباً إما لترجيح قول الراهن أو قول المرتهن أو التحالف، فمن الفقهاء من رآها مرجحة لجانب من اعتضدت به، وبعضهم - وذلك في بعض المسائل - لم يظهر له رجحان جانب من عضدته، ورغم ذلك لم يهملها ويدع اعتبارها، بل جعل وجودها في أحدها الجانبين ومعارضتها بعلّة وقرينة القول الآخر موجبة للتحالف، وعليه فلم يقتصر دور القرينة على ترجيح جانب أحد المتداعين بل كان لها دور في تحالفهما.

ولا يفوتني التنبيه هنا إلى اجتماع قرائن فقهية من الأصول والظواهر كان سبباً إما في ترجيح قول أحد المتداعين أو تحالفهما أو القول بالتفصيل.

فأما الأصول، فهي:

(الأصل في الأمور العارضة العدم).

(الأصل تقديم قول المنكر).

(الأصل براءة الذمة).

(الأصل بقاء ما كان على ما كان).

(الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته).

وأما الظواهر، فهي:

شهادة قيمة الرهن.

ما ورد في الترجيح من قرائن حالية أو قضائية.
وعليه قدم كل مذهب من ترجح جانبه عنه، ومن لم يترجح عنده جانب
قال بالتحالف.

المطلب الثامن

اختلاف المالك والقابض في صفة القبض^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المترهان، فقال من بيده العين للآخر: «إنك رهنتنيها بألف»، فقال المالك: «بل غصبتنيها» أو «هي وديعة» أو «عارية»، وخلا قول كل منها عن بيته من شهادة أو إقرار أو وجداء وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن القول المقدم قول الراهن المالك بيمينه، وهو مذهب

الحنفية^(٢)، والمشهور من مذهب المالكية^(٣)، والصحيح من مذهب

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٥٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١/١٣٠)، روضة القضاة: (١/٤٢٦).

(٣) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٣-٥٧١٤)، الذخيرة: (٨/١٥٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٨-٤٨٩).

الشافعية^(١)، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المرتهن يدعي على الراهن أمرًا يلزم من جهته لو أقر به، فإذا أنكره يكون القول قوله^(٣)؛ لأن الأصل براءة الذمة وعدم اللزوم^(٤).

٢- أن الأصل في العين المتنازع في صفة قبضها أنها ملك للراهن، ولا يتعلق بها أي حق - ومنه حق الرهن -، والراهن يتمسك بهذا الأصل، والمرتهن يدعي طروء ما يغيره، فيكون القول قول الراهن؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٥).

٣- أن الأصل عدم إذن الراهن للمرتهن بالقبض على وجه الرهن، فيكون القول قول من ينفي الإذن بهذا القبض؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٦).

القول الثاني: أن القول المقدم قول الراهن المالك بيمينه ما لم تصدق

العادة المرتهن، وهو قول بعض المالكية^(٧).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، روضة الطالبين: (٤/١١٦-١١٧)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٠)، تحفة المحتاج: (٥/١٠٥-١٠٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٢/٤٨٣)، كشف القناع: (٣/٣٥٣).

(٣) ينظر: المبسوط: (٢١/١٣٠). (٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣).

(٥) ينظر: الذخيرة: (٨/١٥٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٨)، روضة الطالبين: (٤/١١٧)، تحفة المحتاج: (٥/١٠٥)، الشرح الكبير: (١٢/٤٨٣)، كشف القناع: (٣/٣٥٣).

(٦) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٠).

(٧) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٣-٥٧١٤)، منح الجليل: (٥/٤٨٨-٤٨٩).

ويستدل لهم: على تقديم قول الراهن بأدلة القول السابق، وأما على تقديم قول المرتهن؛ فبأن الظاهر يشهد له، والعرف والعمل جرى على تصديق ما ذكر في دعواه فيكون القول قوله؛ كما لو رهن خاتماً عند خباز^(١)، فيصدق قول المرتهن.

القول الثالث: أن القول قول المرتهن، وهو وجه عند الشافعية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أنهما اتفقا على قبض مأذون فيه، والظاهر أنه قبض لرهن للعقد المتقدم، وأراد الراهن أن يصرف المقبوض إلى غير هذا الظاهر، فلا يصدق، ويكون القول قول المرتهن^(٤).

٢- أن الرهن مقبوض للمرتهن فيكون القول قوله اعتباراً بدلالة اليد على الاستحقاق كما يعتبر بها في الملك^(٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - النظر في الظواهر وقرائن الأحوال، فإذا جرت العادة بأن قبض المرتهن للرهن - كما في بعض عقود التمويل العقارية المعاصرة -، فيكون القول قوله، أو لو كان العقد قريباً من القبض، وجرت العادة ألا يتم العقد على المعقود عليه إلا برهن وكانت قيمة الرهن مناسبة

(١) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٣-٥٧١٤).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، روضة الطالبين: (٤/١١٦-١١٧)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٠). (٣) ينظر: الإنصاف: (١٢/٤٨٣-٤٨٤).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣)، روضة الطالبين: (٤/١١٦-١١٧)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٠). (٥) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٣٣).

للعقد، فيكون القول قول المرتهن بيمينه؛ لما ذكر في أدلة القول الثاني والثالث، وأما إن خلا النزاع مما ذكر، فيكون القول قول الراهن بيمينه؛ لما ذكر في أدلة القول الأول، ولعل بذلك تجتمع الأدلة ويمكن إعمالها كلها.

ثمره الخلاف:

لعل ثمره الخلاف - والله أعلم - : بأنه إن قيل بتقديم قول الراهن، فإنه يطبق على العين المرهونة ما ينبنى على ما ادعاه الراهن؛ فإن ادعى الغصب، فإنه يضمن ما تلف من العين، وأجرة بقائها عنده، وغيرها من أحكام الغصب - ويبنى كل مذهب أحكامه الخاصة المتعلقة بكل دعوى للراهن -، وكذلك الوديعة العارية، ويكون للراهن استرداد العين المرهونة^(١)، وأما إن قيل بتقديم قول المرتهن، فإنه يتعلق بالعين المرهونة أحكام الرهن، فتلزم في حق الراهن، وليس لها استردادها إلا بوفاء ما رهننت به أو رهن مثلها، ويضمن ما تلف منها سواء كان بتعد أو تفريط أو لا - على خلاف بين الفقهاء في هذا الضمان -.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف: هو الاختلاف في أيهما أقوى وأولى بالتقديم هل الظاهر المتمثل في القبض المأذون فيه بعد عقد، أو أن الأصل عدم الرهن، فمن تمسك بالأول جعل القول قول المرتهن، ومن تمسك بالثاني جعل القول قول الراهن^(٢)، ومن رأى أن بعض الأحوال قد يدل العرف فيها على ترجيح أحد الجانبين قال بالتفصيل.

(١) ينظر: المبسوط: (٢١/١٣٠).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٤/١١٧).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثرًا ظاهرًا وبيّنًا على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن المذاهب الفقهية الأربعة قد ذهبت إلى مقتضى دلالة القرينة على ترجيح قول الراهن؛ كما في القول الأول.

الوجه الثاني: أن أدلة القول الأول تنوعت واختلفت، ولكنها رجعت إلى الاستدلال بهذه القرينة مما يدل على اتفاقهم على تأثير هذه القرينة تأثيرًا ظاهرًا على هذه المسألة.

وهذه المسائل تعد من أبرز مسائل تعارض الأصل والظاهر المتمحضة؛ وذلك أن من رجح جانب الراهن لم يتمسك إلا بأصول هي:

(الأصل في الأمور العارضة العدم).

(الأصل براءة الذمة).

ومن قوى جانب المرتهن وقدمه لم يتمسك إلا بظواهر هي:

(أن الرهن مقبوض بعد عقد فيكون رهنًا لذلك العقد).

(أن الرهن مقبوض للمرتهن وتحت يده فيكون دليلًا على الاستحقاق -

ومنه حق الرهن -).

(دلالة العرف والعادة على تصديق المرتهن).

المطلب التاسع

اختلاف المشتري مع العدل في عيب العين المرهونة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا باع العدل العين المرهونة ثم اختلف مع المشتري في عيبها، فأنكره العدل وادعاه المشتري، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة أو وجدنا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن المقدم قوله هو المشتري في العيب الذي لا يحدث مثله، وأما في العيب الذي يحدث مثله، فيقدم قول العدل وهو مذهب الحنفية^(٢).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٤٧٠).

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١/٨٠-٨١)، وينظر: ما سبق في المطلب السابع من المبحث السابق، ولم أجد نصًا في غير هاتين المسألتين، وأما إن احتمل قول كل منهما فعلى الأقرب لمذهب الحنفية أن القول المقدم قول العدل بيمينه؛ لما نص عليه في المبسوط: (٢١/٨٠) من أن الرد بالعيب من حقوق العقد فيتعلق بالعاقده، وقد مضى في المطلب السابع من المبحث السابق أن قول الحنفية في الاختلاف في العيب مع احتماله قول كل منهما تقديم قول البائع بيمينه، والعدل هنا بمنزلة البائع وله حقوق العاقده، فيكون القول قوله.

واستدلوا: بأن إنكار العيب - الذي لا يحدث مثله - من العدل يقدر في عدالته، وعليه لا يصح منه ذلك الإنكار^(١).

ويستدل لهم أيضاً: بأن هذا ما يعضده ظاهر الحال ويشهد له، فيقدم قول من عضده هذا الظاهر.

القول الثاني: أن المقدم قوله هو العدل بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن الأصل عدم العيب، وسلامة الرهن منه؛ لأن العيب عارض، فيكون القول قول العدل؛ لأنه ينفيه^(٣).

القول الثالث: أن القول المقدم قول المشتري بيمينه، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

ويستدل لهم بالتالي:

١- أن الأصل عدم القبض للجزء الفاتت بالعيب، فيكون القول قول المشتري؛ لأنه ينفى القبض، ويتمسك بهذا الأصل؛ قياساً على اختلاف البائع والمشتري في قبض المبيع، فكما يقدم قول المشتري هناك يقدم هنا^(٥).

(١) ينظر: المبسوط: (٢١/٨٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٥٧)، كشف القناع: (٣/٣٤٧).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٤٧).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٥٧-٤٥٨)، كشف القناع: (٣/٣٤٧-٣٤٨)، وقد يقيد هذا التقديم بأن يكون في حال احتمال العيب الحدوث وعدمه كما نص على ذلك في الكشف، وإنما لم أذكره في القول؛ لأن صاحب الكشف نقل هذا القول عن صاحب المغني وبالرجوع إلى المغني: (٦/٤٧٧) لم أجد النص على هذا القيد.

(٥) ينظر: كشف القناع: (٣/٢٢٦)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٢١٤).

٢- أن يمين المشتري تلزم هنا لاحتمال صدق دعوى البائع، فاحتيج لليمين لنفيها^(١).

ولم أجد لدى المالكية نصًا في هذه المسألة، ولا ما يمكن أن تخرج عليه هذه المسألة.

ولم أجد لدى الشافعية أيضًا نصًا على هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته هو أنهم جعلوا للعدل سلطة في فسخ البيع إذا وجد راغب - في زمن خيار المجلس والشرط - بثمن أكثر^(٢)، وعليه قد يقال: إنهم إذا جعلوا للعدل هذه السلطة التي تكون للعاقد، فيكون له حق العاقد البائع، فيقبل قوله في نفي العيب بيمينه تخريجًا على قبول قول البائع عندهم في نفي العيب إن احتمل قول كل منهما كما في المطلب السابع من المبحث السابق، وقد يقال: إن هذه المسألة تخرج على اختلاف الراهن والمرتهن في العيب هل حدث قبل القبض أو بعده فادعى الراهن أنه بعد القبض، وادعى المرتهن أن العيب حدث قبله، فإن كان العيب قديمًا صدق المرتهن، وإن كان حديثًا صدق

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٢٦).

(٢) ونصها: «(فإن زاد) في الثمن (راغب) يوثق به زيادة لا يتغابن الناس بمثلها بعد لزوم البيع لم تؤثر ولكن يستحب أن يستقبل المشتري لبيعه بالزيادة للراغب أو للمشتري إن شاء أو زاد الراغب (قبل انقضاء الخيار) للمجلس أو الشرط (فليفسخ) أي العدل البيع (وليبيعه) له أو للمشتري إن شاء، ولو باعه ابتداء من غير فسخ صح وكان البيع فسخًا، وهو أولى؛ لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب، فلو لم يفعل ما ذكر انفسخ؛ لأن زمن الخيار كحالة العقد وهو يمتنع عليه أن يبيعه بمثل الثمن وهناك راغب بزيادة، فلو رجع الراغب عن الزيادة. فإن كان قبل التمكين من بيعه فالبيع الأول بحاله وإلا بطل واستؤنف من غير افتقار إلى إذن جديد إن كان الخيار لهما أو للبائع لعدم انتقال الملك وإلا فلا بد من إذن جديد». مغني المحتاج: (٣/٧١-٧٢)، وينظر: أسنى المطالب: (١٦٩/٢).

الراهن، وإن احتمل قول كل منهما صدق الراهن بيمينه^(١)، فيصدق العدل ويقدم قوله وفق التفصيل المذكور في تقديم قول الراهن يعضد ذلك أن الشافعية جعلوا العدل بمنزلة الوكيل عن الراهن في البيع فيعزل بعزله لا بعزل المرتهن^(٢)، والقاعدة أن ما لموكل يكون للوكيل، فعليه ينزل العدل منزلة الراهن فيقبل قوله حيث يقبل قول الراهن، ويرد حيث يرد، وبه تنفق جميع المسائل المخرج عليها في الدلالة على هذه القرب.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إن شهدت الظواهر وقرائن الحال للعدل أو للمشتري نحو ما ذكر في القول الأول، أو كان يمكن أن يعرف قدم العيب وحدثه من خلال التقنيات الحديثة والعلوم المتطورة في هذا العصر، وكان في عصر الفقهاء مما يحتمل قول البائع والمشتري، فيقدم قول من يشهد له هذا الظاهر، وأما إذا اشتبه الأمر واحتمل العيب قول كل من الخصمين، فلعل الأولى أن يقال: إن العيب إذا كان فوتاً لجزء من السلعة وتلفاً له، فيقدم قول المشتري بيمينه، وأما إذا كان العيب بخلاف ذلك، فيقدم قول العدل بيمينه، وبذلك تجتمع أدلة الفريقين وتتسق، ويمكن العمل بها.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف - والله أعلم -: أنه إن قيل بتقديم قول العدل، فنكل عن اليمين، فقضي عليه بالنكول أو ردت اليمين على المشتري، فإن المشتري يرجع على العدل، ولا رجوع للعدل على الراهن؛ لأنه ينكر حق المشتري في الرجوع بالعيب، ويدعي أنه ظلمه بذلك، وأما إن قيل بتقديم قول المشتري،

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٣٣/٢). (٢) ينظر: المرجع السابق: (١٦٧/٢).

فإنه إن حلف، فإنه يرجع على العدل، ويرجع العدل على الراهن^(١)؛ ولعل ذلك - والله أعلم - لأن قول العدل غير مقبول وإنكاره غير معتبر، فيكون كما لو أثبت المشتري العيب بشهادة، فيرجع العدل على الراهن لأنه مالك الرهن.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى أمرين:

الأول: هو تعارض أصليين: الأول: سلامة المرهون المبيع عند العقد والقبض، والثاني: سلامة ذمة المشتري من غرم الثمن الذي يقابل ما أنقصه العيب من المبيع، فمن رأى وجاهة أحدهما ورجحانه قال بتقديمه^(٢).

الثاني: أن الظواهر وقرائن الأحوال هل لها مدخل في الترجيح في هذه المسألة أم لا، فمن قال بأثرها في ترجيح قول أحد المتداعين، فصل قوله وفق تأثيرها، ومن قال بعدم تأثيرها جعل قوله واحداً وفق دلالة الأصل الذي رجحه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** أثراً ظاهراً على هذه المسألة في ترجيح قول أحد المتداعين؛ وذلك أن الحنابلة أصرح من نص على هذه المسألة - فيما ظهر للباحث - استدلووا واستدل لهم بها على كل قول عندهم، فاستدلوا على تقديم قول العدل؛ لأنه متمسك بها، وقوله معتضد بها؛ لأن الأصل عدم العيب الذي أنكروه، واستدل لهم بها على تقديم

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٤٥٧/١٢-٤٥٨). (٢) ينظر: الذخيرة: (٨٣/٥).

قول المشتري؛ بأن الأصل عدم قبضه الجزء المعيب وعدم ثبوت مقابله في ذمته، وكلاهما عارض الأصل عدمه.

وأما تعارض الأصول والظواهر في هذه المسألة، فقد اقتصر التعارض فيها على أوجه من دلالة قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على ترجيح قول العدل وترجيح قول المشتري سبق بيانها.

المطلب العاشر

اختلاف الراهن والعدل أو الوكيل والموكل في الإشهاد على القضاء، أو أنه بحضور الراهن أو الموكل^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف الراهن والعدل أو الوكيل والموكل، فقال العدل للراهن أو الوكيل للموكل: «قضيت الدين الذي عليك للمرتهن» أو «الدائن بحضرتك»، أو «أشهدت على ذلك وغاب الشهود» أو «ماتوا»، وأنكر الراهن أو الموكل ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول العدل والوكيل يمينه، وهو مذهب

الحنفية^{(٢)(٣)}.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٤٩).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٩/٧١، ٢١/٨١)، بدائع الصنائع: (٧/٤٥٥).

(٣) ونص في أسنى المطالب: (٢/١٦٨) على أن العدل إن: «قال أشهدت، وغابوا) أي الشهود (أو ماتوا وصدقه) الراهن (لم يرجع) عليه لاعترافه له (وإلا) بأن كذبه (فوجهان) كظائرها في الضمان، والأصح الرجوع لأن الأصل عدم الإشهاد، ومسألة =

واستدلوا: بأن العدل والوكيل أمينان فيصدقان في دفع الضمان عن أنفسهما بيمينهما^(١).

القول الثاني: أن القول قول الراهن والموكل، وهو أصح الوجهين عند الشافعية^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن والموكل يتمسكان بالأصل - وهو أن القضاء كان بلا شهود بدون حضور الراهن - والعدل والوكيل يتمسكان بأمر عارض - وهو

= الغيبة من زيادته» ومقتضى ذلك أن يكون الوجه الثاني عدم رجوع الراهن على العدل وهو مقتضى القول بتقديم قول العدل أو الوكيل، وعليه يكون الوجه الثاني عند الشافعية هو الأخذ بهذا القول.

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٧/٤٥٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/١٤٥)، نهاية المحتاج: (٤/٢٧٧)، أسنى المطالب: (٢/١٦٨).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٤٩)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٥٩-٣٦٠)، وهنا أشكل علي مذهب الحنابلة في هذه المسألة، فقد نص في الكشاف على صورة المسألة، وقريب منه ما ورد في شرح المنتهى، ولكن عند البحث في بعض المراجع الحنبلية الأخرى وجدت أنهم نصوا على بعض المسائل التي تدخل المسألة محل البحث في عمومها وذكروا فيها وجهين جعل بعضهم الصحيح من مذهب الحنابلة قبول قول العدل على الراهن والمرتهن في دفع الثمن إلى المرتهن مما يكون مخالفاً لما ذكرته: (ينظر في ذلك: الكافي: (٣/٢١٦)، الشرح الكبير والإنصاف: (١٢/٤٥٨-٤٦١))، ولكن لأن نص الكشاف دلالته نصية ودلالة نص هذه المراجع دلالة ظاهرة، وعليه اكتفيت بالدلالة النصية عن الدلالة الظاهرة، كما أن مرجعي توثيق مذهب الحنابلة هما معتمد المتأخرين في تعيين المذهب، ففتحنا المسألة مزيد بحث لتحقيق المذهب عند الحنابلة، كما أن تنوع الأقوال واختلافها تناولته الأقوال التي ذكرتها في المسألة فأثرت الاكتفاء بها ذكرته.

القضاء بشهود أو بحضور الراهن - فيكون القول لمن يتمسك بالأصل، وينفي الأمر العارض؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(١).

٢- أن الراهن والموكل أذنا للعدل والوكيل بقضاء الدين على وجه يبرآن به، وقضاء الدين بدعوى العدل والوكيل لا يبرأ بهما الراهن ولا الموكل، فلا يقبل قولهما فيما لم يؤذن لهما ولم يوكلأ فيه^(٢).

لم أجد للمالكية نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته هو النص على أن المرتهن إذا كان هو الأمر للعدل ببيع الرهن فإنه يصدق بيمينه في دفع الثمن للمرتهن؛ لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن للأمر^(٣)، وعليه قد يقال: إن الأقرب لمذهب المالكية تصديق العدل والوكيل إذا كانا مأمورين بما ادعياه، ولكن يرد على ما ذكر أن النص ورد في تصديق العدل والوكيل في دفع الثمن إلى الأمر، وهنا لم يدفعا الثمن إلى الأمر، وإنما إلى غيره، فإذا أضيف بأن يكون الراهن والمرتهن قد أمرا العدل بالبيع ودفع الثمن إلى المرتهن فيصدق في حقهما، وإلا لم يصدق، وعلى كل، فالله أعلم بما تصح نسبته إلى مذهب المالكية فلم يظهر لي ما يمكن به العزم بنسبته لمذهب المالكية.

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٧٧/٤)، أسنى المطالب: (١٦٨/٢)، كشاف القناع: (٣٤٩/٣).

(٢) ينظر: شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣٦٠/٣).

(٣) ونصها: (ولو كان المرتهن هو الأمر بالبيع لصدق المأمور مع يمينه في دفعه للمرتهن لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن للأمر) الذخيرة: (١٤٥/٨).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إذا دل الظاهر وقرينة الحال على تصديق أحدهما؛ كما لو كانت العادة جارية بأن يكون الراهن حاضرًا حين القضاء أو كان الدين المقضي كبيرًا جرت العادة بتوثيقه بشهادة، وكان من التفاصيل التي ذكرها العدل أو الوكيل ما يصدق دعواه، فيكون القول قول من عضد جانبه القرائن وظاهر الحال، وأما إن خلت الواقعة من ظاهر أو كان الظاهر ضعيفًا أو مساوي لـ (أصل الأمور في العارضة العدم)، فيكون القول قول الراهن والموكل بيمينهما لأمر:

الأول: ما ذكر فيما استدل به أصحاب القول الثاني.

الثاني: أنهما منكرين دعوى العدل والوكيل، فتكون اليمين في جانبهما؛ لأن اليمين على من أنكر.

الثالث: أن ما ادعيه من القضاء بحضور شهود أو حضور الراهن - دون إثبات ذلك - لم يؤذن لهما فيه، فلا يرد أنهما أمينان فيما فعلاه.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة هي ضمان العدل والوكيل ما ادعيا دفعه للمرتهن، فمن قال بتقديم قولهما نفى عنهما الضمان، ولم يجعل للراهن حق الرجوع عليهما، ومن قال بتقديم قول الراهن، والموكل جعل لهما الرجوع على العدل والوكيل فيما ادعيا قضاءه^(١).

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٧٧)، أسنى المطالب: (٢/١٦٨)، الإنصاف: (٤/٤٥٩) - (٤٦٠).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو صفة الإذن للراهن والوكيل بالقضاء، فمن قال: إن الإذن لهما عام يشمل ما كان ثابتاً بالشهود أو بحضور الراهن، وما كان بغيره جعل القول قول العدل والوكيل، وأما من قال: إن الإذن لهما خاص بالقضاء المبرئ، وهو ما كان ثابتاً بشهادة الشهود أو بحضور الراهن لم يقبل قولهما وأجرى فيه القاعدة القضائية العامة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، وجعل العدل والوكيل مدعين القضاء بشهادة الشهود أو بحضور الراهن، فكان القول قول الموكل أو الراهن؛ لأنهما ينكران دعوى العدل والوكيل.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثراً ظاهراً على هذه المسألة فقد استدلت الشافعية والحنابلة على ترجيح قول الموكل والراهن بأنهما يتمسكان بها؛ لأنهما ينكران دعوى الوكيل والعدل؛ لأنها عارضة، والأصل عدمها.

وتعارض في هذه المسألة أصل وظاهر:

فتمسك القول الأول بظاهر هو: (أن القول قول الأمين).

وتمسك القول الثاني: بأصل هو: (الأصل في الأمور العارضة العدم).

فرجح كل أصحاب كل قول ما قوي عندهم منهما إما بالترجيح أو بحمل دليل المخالف على غير المسألة محل النزاع.

المطلب الحادي عشر

اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين العين المرهونة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اتفق الراهن والمرتهن على قدر الدين المرهون به ثم اختلفا في عين الرهن نحو قول الراهن: «رهنك هذا العبد»، فقال المرتهن: «بل هذا العبد»، أو قال الراهن: «رهنك هذا العبد»، فقال المرتهن: «بل هذا الجارية»، أو قال الراهن: «رهنك هذا العبد»، فقال المرتهن: «بل هذا الثوب»، أو بالعكس، أو أنكر أحدهما ما عينه الآخر، وخلا قول كل منهما عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول قول المرتهن بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)، والمشهور من مذهب المالكية^(٣).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٥٢-٣٥٣).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠/٩٥).

(٣) ينظر: التفريع: (٢/٢٦٤)، التلقين: (١/٤١٩)، البيان والتحصيل: (١١/٨٢-٨٣)،

تبصرة الحكام: (٢/٩٢-٩٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٩-٤٩٠)، وقد قيد عند بعض =

واستدلوا بالتالي:

١- أن الراهن رضي بأمانة المرتهن، ولم يتوثق بالإشهاد على عين الرهن، ثم يدعي تضمينه وإثبات دعوى لا تعرف إلا بقول المرتهن، فوجب أن يكون القول قول المرتهن^(١).

٢- أن المرتهن غارم الدين المرهون به، فيكون القول قوله في تعيين ما يوثق به^(٢).

القول الثاني: أن القول قول من يشهد له الدين، وهو قول عند المالكية^(٣).

واستدلوا: بأن من ادعى من تشهد له قيمة الرهن، فقد ادعى ما يكون أشبه بالصدق، وأقرب لمطابقة الواقع؛ لشهادة الظاهر بصدقه وكذب المرتهن؛ بالألّا يرهن في الدين عادة إلا ما يكون وفاء له^(٤).

= المالكية بأنه: «إلا أن يتبين كذب المرتهن لقلّة ما ذكر جدّاً فيصير القول قول الراهن» كما في منح الجليل: (٥/٤٨٩)، وعليه قد يقال: إنه بذلك القيد يطرد مذهب المالكية في هذه المسألة، وأما إن كان على إطلاقه، فقد قال ابن فرحون: «قال أصبغ: وقد قال لي أشهب: إن القول قول المرتهن، ولو لم يساو إلا درهماً، وهو باطل وليس بشيء، وهو انحراف عن القياس». تبصرة الحكام: (٢/٩٣).

(١) ينظر: تبصرة الحكام: (٢/٩٣). (٢) ينظر: منح الجليل: (٥/٤٩٠).

(٣) ينظر: تبصرة الحكام: (٢/٩٢-٩٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٩-٤٩٠)، وهذا القول قياس مذهب المالكية ومقتضاه؛ لأن أكثر من مسألة في التداعي رجح المالكية قول الأشبه - كما سبق ذلك - (وينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/٤٣٢٧))، فطرد قولهم القول بهذا القول، ولكن ذكرت أن مشهور مذهب المالكية القول الأول؛ لأنه ما وجدته في التفريع والتلقين؛ ولأن مشهور مذهب المالكية أن الدين لا يكون شاهداً للرهن في هذه المسألة، ويضاف إلى ذلك أنه معزو لابن القاسم؛ ولقوله وجاهة واعتبار عند المالكية. ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٨٢-٨٣)، منح الجليل: (٥/٤٨٩-٤٩٠).

(٤) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/١١٩)، تبصرة الحكام: (٢/٩٣).

القول الثالث: التفريق بين ما إذا كان الرهن مشروطاً في البيع، وما إذا كان تبرعاً من الراهن، فإذا كان تبرعاً من الراهن، فيكون القول قوله يمينه، وأما إذا كان مشروطاً في العقد فيتحالفان وهو مذهب الشافعية^(١).

أما على تقديم قول الراهن يمينه في رهن التبرع، فاستدلوا: بأن الراهن منكر دعوى المرتهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم رهن ما يدعيه المرتهن؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن هذا الدليل معارض بمثله، فيمكن أن يقال: إن المرتهن منكر دعوى الراهن، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم رهن ما يدعيه الراهن؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

ولعله أن يجاب عن ذلك: بالفرق بين دعوى الراهن والمرتهن وإنكارهما، وذلك أن الأصل عدم رهن ما ادعاه المرتهن؛ لأن العين ملك الراهن أو في ضمانه، والأصل بقاؤها في ملك الراهن أو ضمانه وعدم تعلق الحقوق بها فلا يقبل إلا ما أقر برهنه، وذلك بخلاف المرتهن، فليس مالكا للعين المرهونة وليست في ضمانه، ولا تعلق لحقه بعين محددة إلا ببينة أو إقرار المالك.

وأما على التحالف في الرهن المشروط في البيع، فاستدلوا: بأنه اختلاف في كيفية البيع، فيتحالفان؛ قياساً على الاختلاف بين المتبايعين في باقي كفيات البيع^(٣).

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٩٧/٤)، تحفة المحتاج: (١٠٣/٤-١٠٤)، أسنى المطالب: (١٧٧-١٧٨).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٩٧-٢٩٨/٤)، تحفة المحتاج: (١٠٣/٤-١٠٤)، أسنى المطالب: (١٧٧-١٧٨).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٩٧/٤)، تحفة المحتاج: (١٠٣/٤-١٠٤)، أسنى المطالب: (١٧٧-١٧٨).

القول الرابع: أن القول قول الراهن بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا بمثل ما استدل به الشافعية على تقديم قول الراهن المتبرع^(٢)، وزادوا عليه: أن الراهن والمرتهن لو اختلفا في أصل الرهن لكان القول قول الراهن، فكذا يكون القول قوله في صفته، ومنها اختلفا في المقبوض^(٣).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الثاني بأن يدعي الراهن عيناً مرهونة قيمتها ألف، ويدعي المرتهن عيناً أخرى قيمتها مائة، والدين قدره ألف، أو بالعكس، فهنا يقدم من يدعي العين التي قيمتها ألف، أو احتفت قرائن حالية قضائية رجحت جانب أحد المتداعين فيكون القول قوله، وأما إن عريت دعواهما عن أمانة ترجح جانب أحدهما، فتقاربت، واحتمل صدق كل منهما، فلعل الراجح - والله أعلم - القول الثالث؛ لأمر:

الأول: ما استدل به أصحاب هذا القول.

الثاني: أن الراهن متبرع محسن بتوثيق دين الآخر، فيكون القول قوله؛ لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٤).

الثالث: أن الراهن هو المالك وهو الدافع، فيكون القول قوله؛ لأنه أدرى بما صدر منه؛ وقياساً على الاختلاف في كيفية خروج العين من يد المالك.

(١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٢ / ٤٨٠)، كشف القناع: (٣ / ٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣ / ٣٦١-٣٦٢).

(٢) ينظر: كشف القناع: (٣ / ٣٥٢)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣ / ٣٦١-٣٦٢).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣ / ٣٥٢).

(٤) سورة التوبة، الآية (٩١).

الرابع: أن كلاً منهما مدعٍ ومنكر، فالراهن يدعي ما عينه وينكر دعوى المرتهن، والمرتهن يدعي ما عينه وينكر دعوى الراهن، وإذا كان مشروطاً لم يوجد ما يرجح جانب أحدهما، فيتحالفان وتسقط دعواهما.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف: بأن من قال: بتقديم قول الراهن بيمينه أو قال بالتحالف، فإنه لا يثبت رهن أي من العينين اللتين ادعيا رهنها؛ لأن الراهن مقبول قوله في نفي الرهن عما ادعاه المرتهن، والمرتهن مقر بأن العين التي يدعيها الراهن ليست رهنًا، فلا يثبت رهن أي منهما^(١)، وكذلك التحالف لا يثبت به دعوى أي منهما، وأما من قال بتقديم قول المرتهن فيجعل العين التي يدعيها رهنًا، وكذلك من قال بتقديم قول من يشهد له الدين يكون ما عينه هو الرهن.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يرجع إلى أمرين:

الأول: هو اختلاف الفقهاء في التوفيق بين القرائن الفقهية، وما يتجاذب المسألة من أقيسة، فمن رأى جانب أحد المتداعين أرجح بما عضد جانبه من قرائن فقهية أو كان الأصل المقيس عليه رُجِّح فيه جانبه رأى تقديم قول هذا المدعي، ومن وجد في الآخر ذلك رجح جانبه، ومن وجد تساوي جانبي المتداعين تحالفاً، وكذلك إذا كان الأصل المقيس عليه اقتضى التحالف.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٨٠)، كشاف القناع: (٣/٣٥٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٣٦١-٣٦٢).

الثاني: اختلاف الفقهاء في وجود أمور ظاهرة قرائن حالية في هذه المسألة يمكن أن تعضد جانب أحد المتداعين، فمن رأى ما يكون ظاهرًا مرجحًا أخذ به، ومن لم ير ذلك حكم في المسألة بمقتضى الأصول الحاكمة في التداعي وما يمكن أن يقاس عليه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) ظاهر على هذه المسألة بجلاء، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه كان لهذه القرينة أثر في ترجيح قول أحد المتداعين كما في قول الشافعية والحنابلة.

الوجه الثاني: أن لها أثرًا في تساوي جانبي المتداعين مما أدى إلى القول بتحالفتهم.

وقد تعارض في هذه المسألة قرائن فقهية، أصول وظواهر.

فمن الأصول:

(الأصل في الأمور العارضة العدم).

(الأصل أن القول قول الغارم).

ومن الظواهر:

(الأمانة).

(ظاهر الحال): بشهادة الدين على تعيين الرهن.

المبحث الثالث

**أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة
العدم) في باب الضمان والكفالة، والحجر**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف الكفيل والمكفول له في براءة المكفول به
من الدين.

المطلب الثاني: اختلاف الغرماء والمفلس في وجود مال له بعد فك
الحجر عنه.

المطلب الأول

اختلاف الكفيل والمكفول له في براءة المكفول به من الدين^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا ادعى الكفيل - بالمال أو البدن - فقال: «إن من كفلته قد برئ من الدين وسقطت عنه المطالبة» - سواء بسداد أو إبراء أو غيرها -، فأجاب المكفول له بالإنكار، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدًا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى تقديم قول المكفول له يمينه. واستدلوا: بأن شغل ذمة المكفول هو الأصل، وبرأتها منه أمر عارض، فيكون القول قول المكفول له؛ لأنه ينكر هذا الأمر العارض، والأصل فيه العدم^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٧٩).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/١٧١)، روضة الطالبين: (٤/٢٦٣)، نهاية المحتاج:

(٤/٤٥٦)، مغني المحتاج: (٣/٢١٤)، أسنى المطالب: (٢/٢٤٥).

(٣) ينظر: الكافي: (٣/٣٠٤)، كشف القناع: (٣/٣٧٩).

(٤) ينظر: المرجعان السابقان.

وأما الحنفية والمالكية، فلم أجد لهم نصًا في المسألة، ولكن أقرب ما وجدته ما يلي:

فأما الحنفية فلعل الأقرب لمذهبهم هو تقديم قول المكفول له؛ لما نص عليه أن المدين إذا ادعى قضاء الدين وإبراء الدائن، وأنكر الدائن ذلك، فإن القول قوله^(١)؛ ولما نص عليه: من أن الكفيل إذا ادعى إحضاره المكفول للمكفول له، وأنكر المكفول له ذلك، فإن القول قول المكفول له^(٢)، ففي كلا المسألتين رجح قول الدائن؛ لأنه يتمسك بالأصل والمدين والكفيل يتمسكان بخلافه فكان القول قول من ينكر خلاف الأصل لأنه عارض والأصل فيه العدم، والمسألة محل البحث مثلهما فيحذى فيها حذوهما.

وأما المالكية، فلعل ذلك يرجع إلى أن ثمرة هذه المسألة هي: دفع الضمان عن الكفيل أو الضامن، وهذا مقيد عند المالكية بتعذر مطالبة الأصيل المضمون عنه أو المكفول، وعليه فلا يطالب الكفيل أو الضامن إلا بتعذر مطالبة الأصيل^(٣)، فيكون نطاق وقوع هذا الاختلاف بين الكفيل والمكفول له أضيق من غيرهم، ولكن في الحال التي قال فيها المالكية بمطالبة الضامن أو الكفيل وجدت بعض المسائل التي قد يعرف منها مذهب المالكية أو ما يقاربه، فمن ذلك:

أولاً: إذا اختلف الدائن والمدين في دخول الدين المطالب به في الإبراء فادعاه المدين وأنكره الدائن ولم يوجد تاريخ للإبراء، فيكون القول قول

(١) ونصها: «ولا يرد على هذا المدين إذا ادعى قضاء الدين أو إبراء الطالب، فإن القول للطالب مع أنه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة». تبين الحقائق: (٤/٢٩١).

(٢) ونصها: «ولو اختلفا في الموافقة وعدمها (فالقول للطالب) لأنه منكرها». حاشية ابن عابدين: (٧/٥٧٣). (٣) ينظر: منح الجليل: (٦/٢١٧-٢١٨).

المدين^(١)، فهنا الاختلاف بين الأصيل والدائن ورغم ذلك قدم قول المدين، والكفيل تابع له.

ثانياً: نص المالكية أيضاً على: «الدافع ما ثبت في ذمته إما أن يدفع لذمة أو لأمانة فلا يبرأ إلا بتصديق القابض إذا ادعى التلف ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع أو يأتي قابض المال بالمال وهذا الوجه متفق عليه»^(٢)، وهذا يدل على عدم تصديق المدين في دفع ما ثبت في ذمته، فالكفيل والضامن من باب أولى.

ثالثاً: ذكر المالكية أن الضامن والدائن إذا اختلفا في سقوط الضمان بتأجيل الدين فادعاه الضامن وأنكره الدائن، فإن القول قول الدائن يمينه^(٣)، ولا يخفى ما بينهما من القرب بل إنه قد يقال: إنه لا اختلاف بينهما إلا في سبب سقوط الضمان، ففي هذه المسألة: التأجيل، وفي المسألة محل البحث الإبراء، وكما يظهر مما سبق فإن آخر مسألتين أقرب إلى المسألة محل البحث، وعليه يقال: إن الأقرب لمذهب المالكية هو تقديم قول المكفول له يمينه.

(١) ونصها: «ومن العتبية روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن أتى بذكر حق له علي رجل بألف دينار وأتى عليه ببراءة من ألف دينار وأتى المطلوب عليه ببراءة من ألف دينار وببراءة إذا اجتمعت فيها ألف دينار أو أكثر، فادعي المطلوب أن الألف دخلت في هذه البراءة أو البراءات، وأنكر الطالب ولا تاريخ في ذلك، فالقول قول المطلوب». النوادر والزيادات: (٨٨/٩). ينظر: الذخيرة: (١٧٦/٩).

(٢) ونصها: «(وإن أنكر) الضامن التأخير حين علمه به (حلف) الطالب (أنه) أي الطالب (لم يسقط) الطالب الحماله بتأخير المضمون». منح الجليل: (٢٢٥/٦).

ولعل الظاهر - والله أعلم - : أنه إن دلت بعض القرائن وظواهر الأحوال على ترجيح قول الكفيل؛ كما لو مضت مدة التقادم - التي نص عليها بعض الفقهاء مما يظهر معه عدم بقاء الحق - دون مطالبة المكفول له الكفيل، أو مضت المدة التي اشترط في العقد أن يكون المطالبة قبل مضيتها وزيادة - كما في بعض عقود تمويل المصارف - مما أدى إلى سقوط بعض الحقوق أو فوات حجية بعض المستندات - التي بنيت على العقد - في بعض ما يحتاج بها عليه - كما في الأوراق التجارية^(١) - وزاد عليها مدة تدل على عدول الدائن عن المطالبة لأي سبب، فيكون القول قول الكفيل، وإلا كان القول قول المكفول له بيمينه؛ لما استدل به أصحاب القول المذكور سابقاً.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) ظاهر جلي؛ فإني لم أجد لمن نص على هذه المسألة إلا الاستدلال بأن الكفيل يدعي أمراً عارضاً، والمكفول له ينكره، فيكون القول للمكفول له؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وهو استدلال صريح بهذه القرينة، وبه يظهر الأثر الواضح لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة.

(١) ينظر في التقادم وتأثيره على الأوراق التجارية: أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي؛ للدكتور: سعد الخثلان: (ص ٣٤٣-٣٧٢).

المطلب الثاني

اختلاف الغرماء والمفلس في وجود مال له بعد فك الحجر عنه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا فك الحجر عن المحجور عليه لفلس، فادعى الغرماء وقالوا: «إن المحجور عليه بيده مال»، وبينوا سببه؛ كإرث أو بيع، فأنكر المحجور عليه ذلك، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)،

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٤١).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٨)، روضة الطالبين: (٤/١٣٩)، نهاية المحتاج: (٤/٣٣٢)، مغني المحتاج: (٣/١١٤)، أسنى المطالب: (٢/١١٨) في المراجع السابقة النص على المسألة في دعوى الغرماء على المعسر، وهو من حالات فك الحجر عن المفلس: (ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٣٣٢)، أسنى المطالب: (٢/١٩٢))، ولعله المقصود من المسألة؛ لأنه لو لم يكن معسرًا لم يفك الحجر عليه مع وجود الغرماء (ينظر: كشف القناع: (٣/٤٤١))، والنص عند الشافعية بدون اليمين، ولكن جعلوا للغرماء تحليف المحجور عليه.

..... والحنابلة^(١) إلى أن القول المقدم قول المحجور عليه بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١ - شهادة الظاهر للمحجور عليه؛ ذلك أن الظاهر أنه ما فكَّ الحجر عنه حتى لم يبق له شيء^(٢).

٢ - أن المحجور عليه منكر وجود المال المدعى بيده، فيكون القول قوله؛ لأن وجود المال طارئ وعارض - بعد ثبوت عدم وجود مال له عند الحاكم - فيكون القول من ينفيه؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).
لم أجد للحنفية والمالكية نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته لهم ما يلي:

أما الحنفية، فأقرب - ما وقفت عليه - مما يمكن أن تخرج عليه المسألة: هي أن حكم الحاكم بالإفلاس هل يجعله يحول بين الغرماء وبين المفلس أم لا، فعند أبي يوسف ومحمد: إذا حكم الحاكم بإفلاس المدين، فإنه يحول بينه وبين الغرماء إلا أن يقيموا بينة على أن له مالاً، وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس^(٤)، وسياق هذه المسألة يدل على أن خلافهم في ملازمة

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٣٤٤ / ١٣)، كشاف القناع: (٤٤١ / ٣)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤٧٢ / ٣).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٣٤٤ / ١٣). (٣) ينظر: كشاف القناع: (٤٤١ / ٣).

(٤) ونصها: «وقالوا: إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً، لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة. وعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غادر ورائح؛ ولأن وقوف =

الغرماء المدين، وعليه يقال: إن الأقرب تقديم قول المحجور عليه لفسلس عند الصاحبين.

وأما المالكية فأقرب ما وجدته هو أن الحجر على المفلس هل ينفك بأخذ ما بيده وحلفه أنه لم يكتم شيئاً؟ فاختار فك الحجر بما ذكر المالكية^(١)، وعليه يقال: لعل الأقرب لمذهب المالكية تقديم قول المحجور عليه بيمينه؛ لأنه لما قبل قوله مع ثبوت سبق وجود المال بيده - في المسألة المخرج عليها - كان قبول قوله في المسألة محل البحث من باب أولى؛ لأنه لم يثبت حدوث مال عند المفلس بعد ثبوت عدمه؛ ولأن المال الحادث عارض والأصل في الأمور العارضة العدم، وهي من القرائن التي اعتبرها المالكية كما يظهر في المسائل السابقة.

لعل الظاهر - والله أعلم -: أنه إن كان هناك مدخل للقرائن المعاصرة في ترجيح قول أحد المتداعين؛ كما لو كانت دعوى الغرماء بمال لا يخفى؛ كما لو كانت دعواهم بعقار أو سيارة مسجلين باسمه أو بمال في رصيده، ونحو ذلك - مما يمكن معرفته من عن طريق الجهات الرسمية - وظهر عدمه أو

= الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً فيصالح للدفع لا لإبطال حق الملائمة». البنائية: (١١/١٢٤-١٢٥).

(١) ونصه: «(وانفك) حجر المفلس بأخذ ما بيده وحلفه أنه لم يكتم شيئاً أو تصديقه الغرماء عليه إن حكم الحاكم بفكه عنه، بل (ولو بلا حكم) به قاله اللخمي، وأشار بولو إلى قول ابن القصار وعبد الوهاب لا ينفك حجر عن محجور عليه إلا بحكم الحاكم لاحتياجه للاجتهاد الذي لا يضبطه إلا الحاكم، كذا قرر المصنف قول ابن الحاجب. وفي انفكك الحجر عنه من غير حكم قولان، وقرره ابن عبد السلام بأنه اختلف هل ينفك الحجر عنه بطرؤ المال، أو لا بد من حكم حاكم كالحجر عليه ابتداءً، والمناسب تقديم وانفك ولو بلا حكم على وحجر أيضاً إن تجدد له مال». منح الجليل: (٦/٣٠).

وجوده، فيكون القول قول من تعضده هذه القرائن، وأما إن خلت الواقعة من ذلك، فيكون القول قول المحجور عليه بيمينه لما استدل به المذهب المذكوران سابقاً.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمر العارضة العدم) على هذه المسألة من وجهين:

الوجه الأول: من خلال ما ورد في الدليل الثاني لمذهب الشافعية والحنابلة من أن الغرماء يدعون أمراً عارضاً - وهو وجود المال بيده من السبب الذي بينوه -، والمحجور عليه ينكر ذلك، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

الوجه الثاني: اتفاق المذاهب الأربعة في الجملة - فيما ظهر للباحث - على الأخذ بمقتضى تأثير هذه القرينة على هذه المسألة.

المبحث الرابع
أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة
العدم) في باب الوكالة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف الوكيل والموكل في التوكيل بالزواج
من معينة.

المطلب الثاني: اختلاف المرأة والموكل في النكاح.

المطلب الثالث: اختلاف الوكيل والبائع في رضا الموكل بالعيب.

المطلب الأول

اختلاف الوكيل والموكل في التوكيل بالزواج من معينة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلفا، فقال الأول: «لقد وكلتني أن أتزوج لك هندًا» مثلًا، «فتزوجتها لك»، وصدقته المرأة؛ أي: هند، فقال الثاني: «إني لم أوكلك أن تتزوجها لي»، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول الموكل منكر الوكالة بلا يمين، وهو

مذهب الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٨٨).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٦/٧٢٣-٧٢٤).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٥٢)، كشف القناع: (٣/٤٨٨)، شرح

المنتهى للبهوتي: (٣/٥٣٨).

واستدلوا على تقديم قول منكر الوكالة بالتالي^(١):

١- أن الوكالة والإذن الصادر من الموكل أمر عارض، فيكون القول قول منكره بيمينه؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

٢- أن الإذن المدعى صادر من منكر الوكالة، فيقدم قوله؛ لأنه أدري به.

٣- أن مدعي الوكالة لم يثبت أنه أمين منكرها ليقبل قوله عليه.

وأما على أن تقديم قوله بلا يمين: فلأن الوكيل يدعي حقاً لغيره، فلا تكون له صفة في طلب اليمين^(٢).

القول الثاني: أن المقدم قول الموكل منكر الوكالة بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(٣).

واستدلوا: بما استدل به أصحاب القول الأول^(٤).

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته: أنهما إذا اختلفا، فادعى أحدهما الإذن في التصرف في ملك غيره ببيع أو شراء أو استئجار أو تأجير، وأنكر المالك ذلك، فأيهما يقدم قوله؟ نص المالكية على أن القول قول المالك؛ لأن الأول مدع للإذن، فيكون القول

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٥٢)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).

(٢) ينظر: الإنصاف: (١٣/٥٥٢)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦١)، روضة الطالبين: (٤/٣٣٨)، نهاية المحتاج: (٥/٥٦-٥٧)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٠)، والنصوص الواردة في المراجع السابقة عامة في الاختلاف بعد التصرف، ولم أطلع على ما يخرج المسألة محل البحث منها، ويؤيد دخولها في هذا العموم نص الشافعية على مقتضى هذا القول من عدم صحة العقد. ينظر: روضة الطالبين: (٧/٧٥).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦١)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٠).

منكر هذه الدعوى، وهو المالك^(١)، وعليه فيكون الأقرب لمذهب المالكية تقديم قول الموكل أو المدعى عليه وكالة التزويج من هذه المرأة المعينة؛ لأن الأول من المتداعين مدع والثاني منكر فيكون القول قوله.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إن ثبت أن مدعي الوكالة أمين أو وكيل لمنكر الوكالة في غير هذا العقد؛ كما لو ثبت أن وكل منكر الوكالة مدعيها في أكثر من عقد نكاح سابق لهذا العقد، ونحو ذلك مما يدل على أن التوكيل المدعى ليس أمرًا مستغربًا بعيدًا وقوعه، فيقال بتقديم قول مدعي الوكالة يمينه، وهذه اليمين ليست بطلب المدعي الآخر، وإنما هي يمين متممة لبينته لإثبات الواقعة، وأما إن لم يثبت ذلك، فيكون قول منكر الوكالة، وتكون يمينه بطلب مدعي الوكالة؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»**^(٢).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** أثرًا ظاهرًا على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

(١) ونصها: «إذا تنازع الوكيل والموكل؛ بأن يقول الوكيل: وكلتني على بيع السلعة، ويقول ربه: لم أوكلك. فلا شك أن الوكيل مدع». التوضيح: (٦/٤١٦)، ونص في منح الجليل: (٦/٤٠٧) على أنه «إن تصرف شخص في ملك غيره ببيع أو شراء أو كراء أو اكتراء وادعى أن المالك أذن له في ذلك وأنكر المالك الإذن فيه (فالقول لك) يا مالك لما تصرف فيه غيرك في عدم الإذن له بالتصرف فيه».

(٢) سبق تخريجه.

الوجه الأول: ما ورد في الدليل الأول للقولين، فقد استدلا بأن الوكالة والإذن عارضان، فيقدم قول من ينكرهما؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

الوجه الثاني: أن ثلاثة مذاهب اتفقت على تأثير هذه القرينة على هذه المسألة أو ما يقاربها؛ فنص الشافعية والحنابلة على تأثيرها على المسألة محل البحث، وأما المالكية فاستدلوا بأن مدع الوكالة لا يقبل قوله لأنه مدع، وعليه يقبل قول منكرها، وما ذاك إلا لأنه يتمسك بأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

المطلب الثاني

اختلاف المرأة والموكل في النكاح^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف الرجل المدعى توكيله في نكاح المرأة المعينة في المسألة السابقة مع المرأة؛ بأن ادعت المرأة عليه النكاح، فأنكره هذا الرجل، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن القول قول منكر النكاح بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)، وبعض المالكية^(٣)، ومذهب الشافعية^(٤)،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٨٨/٣).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (١٦٦/٣)، والنص عام في تقديم قول منكر أصل النكاح، ولم أجد ما يخرج المسألة محل البحث من عمومه.

(٣) ينظر: منح الجليل: (٥٠٧/٣).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (١٣٢/٩)، نهاية المحتاج: (٣٤٧/٨)، أسنى المطالب: (٣/١٩٨، ٤/٣٩٥).

.....والحنابلة^(١).

واستدلوا على أن قول الزوج مقدم: بأن النكاح أمر عارض يوجب حقوقاً وواجبات، والزوج ينكره، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٢).

وأما أنه مقدم بيمينه: بأن المقصود من دعواها المهر، فكان لا بد من يمينه لئنه^(٣).

القول الثاني: أن القول المقدم قول منكر النكاح بلا يمين، وهو المذهب عند المالكية^(٤).

ويستدل لهم على تقديم قول المنكر: بما استدل به أصحاب القول الأول. وأما على أن تقديم قوله بلا يمين فاستدلوا بالتالي:

١- انتفاء فائدة اليمين؛ إذ أن فائدتها القضاء بنكول من توجهت عليه عن اليمين بعد ردها على المدعي، فيقضى له بيمينه مع نكول المدعى عليه، وهذه الفائدة منتفية؛ فإن النكول هنا لن ترد فيه اليمين على المدعي ليقضى باليمين مع النكول^(٥).

٢- «أن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها»، والنكاح يدخل فيه فلا يتوجه فيه اليمين^(٦).

- (١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٥٢، ٥٥٣)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).
- (٢) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٨٨).
- (٣) ينظر: أسنى المطالب: (٣/١٩٨)، الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٥٢، ٥٥٣)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).
- (٤) ينظر: النوادر والزيادات: (٩/٣٨٣، ٤/٤٤١)، الذخيرة: (٤/٤١٤)، التوضيح: (٤/١٤٥)، منح الجليل: (٣/٥٠٥-٥٠٧).
- (٥) ينظر: التوضيح: (٤/١٤٥). (٦) ينظر: منح الجليل: (٣/٥٠٧).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن القول قول المنكر بيمينه، وذلك لأمر:

الأول: وجاهة ما استدل به أصحاب القول الأول.

الثاني: عموم قول النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)**، فيكون القول الزوج؛ لأنه منكر.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - هي في رد اليمين، فمن قال بأن منكر النكاح يقدم قوله بيمينه، فإنه إذا نكل عن اليمين حلفت المرأة واستحقت الصداق، وأما من قال بعدم اليمين فلا يرد رد اليمين عنده.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو النظر في المختلف فيه ومقصود المرأة من دعوى النكاح، فمن قال بأن المقصود المهر جعل فيه اليمين، وأما من جعل المقصود هو عقد النكاح لم يجعل اليمين جارية في هذا الاختلاف.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** أثرًا ظاهرًا على هذه المسألة، فإن عمدة الأقوال فيها يدور حول هذه القرينة، ومقتضاها، وما ذلك إلا أن النكاح عارض وأمر خطير وميثاق غليظ، فيتمسك في حق من ادعاه بهذه القرينة إلا أن يثبت دعواه ببينة.

(١) سبق تخريجه.

المطلب الثالث

اختلاف الوكيل والبائع في رضا الموكل بالعيب^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اشترى الوكيل سلعة لموكله، فظهر عيب في السلعة لم يعلم به حال العقد، وكان الموكل غائبًا، فاختلف الوكيل والبائع، فأراد الوكيل رده، فقال البائع: «إن موكلك قد رضي بالعيب»، وقال وكيل المشتري: «إني لا أعلم أن موكلي رضي بهذا العيب»، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن الأمر يوقف على حلف الموكل، وليس على الوكيل

يمين، وهو مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٧٩/٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٤/١٦٢، ٩/١٩)، المحيط البرهاني: (٧/٣٠٦)، حاشية ابن عابدين: (٦/٧٢٣)، وورد في المبسوط: (٢٢/٥٥) ما نصه: «أن دعوى الرضا على الموكل لا يوجب اليمين على الوكيل ولا على الموكل»، فالله أعلم بتحقيق مذهب الحنفية في هذه المسألة.

(٣) ينظر: الإنصاف: (١٣/٥١٢-٥١٣).

واستدلوا: بأن الوكيل لو حلف لكان نائباً عن الموكل في اليمين، وعليه لا تتوجه عليه اليمين؛ لأن اليمين لا تدخلها النيابة^(١).

ونوقش: بأنه لا يسلم أن حلف الوكيل هنا يدخل في النيابة في اليمين؛ لأن الوكيل هنا يحلف على عدم علمه، وهو أمر متعلق به، لا ينوب فيه عن أحد^(٢).

القول الثاني: أن المقدم قول الوكيل بيمينه على نفي علمه رضا موكله بالعيب إن احتمل رضاه ببلوغ الخبر إليه، وإن لم يحتمل لم يلتفت إلى دعوى البائع، وهو مذهب الشافعية^(٣).

ويستدل لهم: بأن هذا ما يشهد له الظاهر، فإن الدعوى التي يكذبها واقع الحال وظاهره لا تسمع، ولم يلتفت إليها، وأما إن احتمل صدقها وتوجهت على الوكيل، فيكون عليه اليمين.

القول الثالث: أن القول قول الوكيل بلا يمين إن ادعى رضا الموكل، وأما إن ادعى أن الوكيل علم برضا الموكل، فيكون القول قول الوكيل بيمينه، وهو قول بعض الشافعية^(٤)، ومذهب الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: المبسوط: (١٣/١٢٠)، الشرح الكبير: (١٣/٥١٣).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥١٣).

(٣) ينظر: مغني المحتاج: (٣/٢٤٧)، أسنى المطالب: (٢/٢٧٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٥٧).

(٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥١٢-٥١٣)، كشاف القناع: (٣/٤٧٩).

واستدلوا بالتالي:

١- أن رضا الموكل بالعيب عارض؛ لأن الأصل عدمه، فغالب الناس لا يرضى بالعيب، فيكون من يدعي الرضا بالعيب مدعيًا خلاف الأصل، فيكون القول قول من ينفي كلامه^(١).

٢- أن علم الوكيل برضا موكله أمر عارض؛ لأن الأصل عدم الرضا بالعيب، ولا يعلم إلا بأمر طارئ، فمن ادعى علم الوكيل برضا الموكل، فهو مدع لأمر عارض الأصل عدمه^(٢).

ويستدل لهم على عدم اليمين على الوكيل إن ادعى البائع رضا الموكل: بدليل القول الأول.

ولم أجد للمالكية نصًا في هذه المسألة، ولعل ذلك يرجع إلى اختلافهم في أهلية الوكيل في رد المبيع المعيب، فقال: بعض المالكية به، وبعضهم لم يقل به^(٣)، ولكن لو قيل إن مذهب المالكية هو القول بحق الوكيل وأهليته برد المبيع المعيب، فلعل الأقرب لمذهبهم هو تقديم قول الموكل تخريجًا على قولهم في مسألة اختلاف البائع والمشتري في رضا المشتري بالعيب، فقال المالكية بأن للبائع تحليف المشتري على نفي الرضا^(٤)، والوكيل فرعه فيكون قوله المقدم.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٥١٣/١٣). (٢) ينظر: كشاف القناع: (٤٧٩/٣).

(٣) ينظر: منح الجليل: (٣٧٤-٣٧٥)، فقال به ابن القاسم، ومنع منه أشهب.

(٤) ينظر: منح الجليل: (١٧٢/٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - إطلاق النظر إلى قرائن الحال، كما لو كان الموكل قد عين السلعة مع ظهور عيها ووجوده قبل تعيينها، فإن قول البائع يقدم بيمينه، وغير ذلك مما يرجح قول البائع، وإما إن خلت من ذلك، فيكون القول قول الوكيل بيمينه على عدم علمه برضا موكله بالعيب.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة هي في حق الوكيل برد العين المبيعة بالعيب، فمن قال: إن الأمر يوقف على حلف الموكل لم يجعل للوكيل حق الرد إلا إذا حلف الموكل^(١)، وأما من قال بتقديم قول الوكيل، فإنه إذا حلف كان له رد العين بالعيب^(٢)؛ لأنه لا يأمن فوات حق الرد إذا أخره إلى حضور المالك^(٣).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو الخلاف في من توجهت عليه دعوى البائع، فمن قال: لا يحلف الوكيل جعل الدعوى موجهة على الموكل، فيكون حلف الوكيل عنه نيابة عنه، واليمين لا تدخلها النيابة وعليه لا يحلف الوكيل، ولا ترد العين إلا بعد يمين الموكل، وأما من قال: إن الدعوى موجهة على الوكيل بادعاء علمه برضا موكله بالعيب جعل اليمين عليه على نفي علمه برضا موكله بالعيب، وعليه يحلف الوكيل، ويكون له الرد.

(١) ينظر: المبسوط: (١٤/١٦٢، ١٩/٩)، المحيط البرهاني: (٧/٣٠٦).

(٢) ينظر: مغني المحتاج: (٣/٢٤٧)، كشف القناع: (٣/٤٧٩).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٧٩).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) واضحًا جليًا من وجوه:

الوجه الأول: أنه لم يقل أحد من العلماء - فيما وقفت عليه - بخلاف مقتضى أثر هذه القرينة على هذه المسألة، فهم ما بين تقديم قول الوكيل، أو إيقاف النظر في دعوى البائع إلى حلف الموكل.

الوجه الثاني: أن عمدة من قال بتقديم قول الوكيل هو الأخذ بهذه القرينة، وذلك من جانبيين:

الجانب الأول: أن الأصل عدم الرضا بالعيب؛ لأن الرضا به أمر عارض فيكون القول قول الوكيل لأنه ينفيه؛ لـ (أن الأصل في الأمور العارضة العدم).

الجانب الثاني: أن علم الوكيل برضا موكله عارض؛ لأن الناس تجهل ما يعرض لغيرها ما لم يطرأ ذلك بأن تعلم به، فيكون القول الوكيل؛ لأنه ينفى علمه برضا موكله؛ لـ (أن الأصل في الأمور العارضة العدم).

المبحث الخامس
أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة
العدم) في بابي الشركة، والإجارة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف رب المال والعامل في النهي عن
شراء سلعة.

المطلب الثاني: اختلاف الخياط والمستأجر في صفة الإذن.

المطلب الثالث: اختلاف الوكيل والموكل في الإذن بالبيع ونحوه^(١).

(١) وذكرتها في هذا المبحث تبعاً للكشاف؛ فإنه ذكرها في باب الإجارة:
(٣٨/٤)، وهو المنهج الذي سلكته في الرسالة.

المطلب الأول

اختلاف رب المال والعامل في النهي عن شراء سلعة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

هي ما لو اشترى العامل في المضاربة عبدًا أو سلعة غيره، فقال رب المال: «كنت نهيتك عن شرائها»، فقال العامل: «لم تنهني عن ذلك»، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

أجمع الفقهاء^(٢) رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى على تقديم قول العامل.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٣).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٨/٤٥١) والنص فيه على اختلاف العامل ورب المال في تخصيص رب المال المضارب بنوع، فيدخل في عمومه ما لو ادعى نهي عن نوع؛ لأنه من صور التخصيص، البيان والتحصيل: (١٢/٤١٥)، النوادر والزيادات: (٧/٢٨٥) ونص فيهما على تقديم قول العامل بيمينه، العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٧)، روضة الطالبين: (٥/١٤٦)، نهاية المحتاج: (٥/٢٤٢)، الشرح الكبير على المقنع: (١٤/١٣٩)، كشاف القناع: (٣/٥٢٣)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٥٨٦)، وقد حكى الإجماع على هذه المسألة من المراجع السابقة: البيان والتحصيل والشرح الكبير.

واستدلوا بالتالي:

- ١- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١).
وجه الاستدلال: أن رب المال مدع صدور النهي منه، والعامل منكر، فتكون البينة على رب المال، فإذا لم توجد كان القول قول العامل المنكر يمينه^(٢).
- ٢- أن المقصود من المضاربة تحصيل الربح، فيكون الإذن العام أنسب من التخصيص بإخراج بعض السلع، وعليه يكون هو الأصل، فيقدم قول من يتمسك به، وهو المضارب^(٣).
- ٣- أن الأصل في الإذن الصادر من رب المال أنه عام، فإذا وجد النهي، فإنه يكون عارضاً، وعليه فيكون القول قول من ينفي هذا النهي وهو العامل؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٤).
- ٤- أنه لو صحت دعوى رب المال لكان العامل مخالفاً إذن المعطى له، فيكون خائناً، ولكن لأن الأصل فيه الأمانة؛ لثقة رب المال به، وعليه تكون المخالفة والخيانة عارضة فيكون القول من ينفىها - وهو العامل -؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٥).

(١) سبق تحريجه. (٢) ينظر: البيان والتحصيل: (١٢/٤١٥).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٨/٤٥١).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٧)، الشرح الكبير على المنع: (١٤/١٣٩)، كشف القناع: (٣/٥٢٣) شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٣/٥٨٦).

(٥) ينظر: المرجع السابق نفسه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** ظاهر وجلي من وجهين:
الوجه الأول: أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى أجمعوا على القول بمقتضاها، وذلك بتقديم قول العامل؛ لأن الأصل في النهي الذي ينكر العدم، ولأن الأصل فيه الأمانة، ودعوى الخيانة عليه بمخالفة النهي ادعاء أمر عارض، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

الوجه الثاني: أن دليلين مما استدل به المجمعون يرجع إلى هذه القرينة، وهما الدليل الثالث، والرابع، فالثالث قدم فيه قول العامل؛ لأنه ينفي أمراً عارضاً وهو صدور النهي من رب المال، وأما الرابع، فاستدل فيه على تقديم قول العامل بأن رب المال يدعي عليه الخيانة بمخالفته النهي، وهو ينكره، فكان القول قوله؛ لأنه ينفي ذلك الأمر العارض.

المطلب الثاني

اختلاف الخياط والمستاجر في صفة الإذن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف الخياط ورب الثوب في صفة العمل المأذون فيه، فقال الخياط لرب الثوب: «أذنت لي في تفصيله قباء^(٢)»، وقال رب الثوب: «بل قميصًا»، أو قال الخياط: «أذنت لي في تفصيله قميص امرأة»، فقال رب الثوب: «بل أذنت لك بتفصيله قميص رجل»، ونحو ذلك من الاختلاف في صفة العمل المأذون فيه، وقد انتهى الخياط من العمل، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول المقدم قول رب الثوب بيمينه، وهو مذهب

(١) ينظر: كشف القناع: (٣٨/٤).

(٢) ينظر: القَبَاء من الثياب: الذي يلبس مشتق من (قَبَا) لاجتماع أطرافه، والجمع أقبية.

ينظر: لسان العرب: (١٨/١٢).

الحنفية^(١)، وبعض المالكية^(٢)، وأظهر القولين عند الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الإذن مستفاد من قبل رب الثوب، فكان القول في صفته قوله؛ فإذا أنكر أصل الإذن كان قوله مقدماً، فكذا إذا أنكر وصفه؛ لأن الوصف تابع للأصل^(٥).

٢- أن رب الثوب ينكر استحقاق الخياط أجرته، وتقوم عمله عليه، فكان القول قوله^(٦).

٣- أن هذه الاختلاف من الخياط ورب الثوب في ملك الخياط تفصيل الثوب وفق ما ادعاه، فكان القول فيه قول المالك رب الثوب؛ كما لو اختلف صاحب اليد ومالك العين في صفة قبضها هل هي وديعة أو رهن فكما أن القول فيها قول المالك، فكذا هنا^(٧).

(١) ينظر: المسبوط: (٩٦/١٥)، بدائع الصنائع: (٧٤/٦)، البناية: (٢٦٧/١٠)، تبيين الحقائق: (١٤٢-١٤٣/٥)، المحيط البرهاني: (٥٤٢/٧)، حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٩). (٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٨٣/٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٤٣٧/٧)، العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦)، روضة الطالبين: (٢٣٦/٥)، نهاية المحتاج: (٣١٤/٥)، تحفة المحتاج: (١٨٥/٦).

(٤) ينظر: الإنصاف: (٤٩٧/١٤).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع: (٧٤/٦)، تبيين الحقائق: (١٤٣/٥).

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٩).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير: (٤٣٨/٧).

٤- أن الخياط مقر بإحداثه نقصاً في الثوب، ويدعي إذن مالكة بذلك، ورب الثوب ينكر هذا الإذن، فيكون القول قوله؛ لأن الإذن عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم^(١).

٥- أن الخياط يدعي أنه أتى بالعمل الذي استؤجر عليه، ورب الثوب ينكره، فيكون القول قول رب الثوب تشبيهاً بما لو اختلف المالك والأجير في حمل المتاع، فادعاه الأجير، وأنكر المالك فيكون القول قوله^(٢).

٦- أما اليمين، فلأن رب الثوب لو أقر بدعوى الخياط للزمه أجرته، فإذا أنكرها كان عليه أن يحلف^(٣).

القول الثاني: أن القول المقدم قول الخياط بيمينه، وهو قول بعض السلف^(٤)، ومذهب المالكية^(٥)، وقول عند الشافعية^(٦)، والمذهب عند الحنابلة^(٧).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦). (٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: تبين الحقائق: (١٤٣/٥).

(٤) هو ابن أبي ليلى. ينظر: الحاوي الكبير: (٤/٤٣٦، ٤٣٧)، العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦).

(٥) ينظر: النوادر والزيادات: (٨٣، ٨٢/٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٧)، العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦)، روضة الطالبين: (٥/٢٣٦).

(٧) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٦)، كشاف القناع: (٤/٣٨)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٤/٧١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن رب الثوب والخياط اتفقا على الإذن في القطع، والعادة شاهدة لقول الخياط؛ فإنها جارية بأن يعمل الخياط ما أذن له فيه، ومخالفة الخياط للإذن نادرة، فيكون القول قوله^(١).

ونوقش: بأن المأذون فيه من رب الثوب هو القطع على الصفة التي ادعاه، وعليه لا يسلم أنه مأذون للخياط بالقطع مطلقاً، فلا يصدق فيما ادعاه^(٢).

٢- أن الخياط لما صدق في أصل الإذن المبيح لتصرفه كان مؤتمناً، فلم يقبل ادعاء رب الثوب ما يوجب غرمًا عليه؛ لما يفضي له تصديق رب الثوب إلى أن لا يشاء مستأجر أن يسقط حق الأجير أو يغرمه إلا ادعى إذنه بخلاف ما صنعه الأجير، وهذا يدخل ضرراً على الناس، فحسم^(٣).

٣- أن غرم الخياط ما فعله طارئ؛ فإن الأصل براءة ذمته، وعليه يصدق قول من ينفي هذا الغرم وهو الخياط^(٤).

القول الثالث: أنهما يتحالفان، وهو قول بعض الشافعية^(٥)، وقول عند الحنابلة^(٦).

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٤٣٧/٧)، العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (٧٥/٦).

(٣) ينظر: المرجع السابق. (٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير: (٤٣٧/٧)، العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦)، روضة الطالبين:

(٥/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٥/٣١٤)، تحفة المحتاج: (٦/١٨٥).

(٦) ينظر: الإنصاف: (١٤/٤٩٨).

واستدلوا بالتالي:

١- أن كلاً من الخياط ورب الثوب مدع ومدعى عليه؛ فالخياط مدع استحقاق الأجرة على رب الثوب، ورب الثوب ينكره، ورب الثوب مدع الأرش على الخياط، والخياط ينكره، فكان عليهما التحالف^(١).

٢- أنهما اتفقا على العقد واختلفا في صفته، فتحالفا قياساً على اختلاف العاقدين في صفة البيع مع اتفاقهما عليه؛ لأن كلا منهما مدع ومنكر^(٢).

٣- أنهما يتحالفاً قياساً على اختلافهما قبل العمل في الثوب؛ لأن ما أوجب التحالف حال بقاء الثوب على حاله الأولى أو جبه مع تغييره عنها^(٣).

القول الرابع: أن القول قول من يشهد له الحال بيمينه، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا: بأن قرينة الحال شاهدة له، ودالة على صدقه، فيرجح بها جانبه؛ قياساً على اختلاف الزوجين في متاع البيت، واختلاف الصانعين في آلة الدكان، فترجح دعوى كل واحد بما يصلح له، فكذلك هنا^(٥).

الترجيح:

لعل الراجح -والله أعلم- هو القول الرابع بتقديم قول من يشهد له الحال، كما لو كان ما ادعاه الخياط لا يصلح لرب الثوب؛ بأن كان رب الثوب والخياط مغربيين ساكنين في المغرب، ففصل الخياط الثوب لباساً سعودياً

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (١٥٨/٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٤٣٩/٧). (٣) ينظر المرجع السابق.

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٩٧/١٤-٤٩٨).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (٤٩٨/١٤).

أو خليجياً، فهنا يكون المقدم قول رب الثوب، أو لو كان الخياط متخصصاً في تفصيل الثوب لباساً سعودياً، وأعلن ذلك واشتهر عنه بين الناس، فاختلفا في صفة المأذون فيه، فيكون القول قول الخياط المدعي ما يشبه حاله بيمينه، وأما إن خلت الواقعة من شهادة الحال، فيكون القول قول الخياط بيمينه؛ لأن المتداعين اتفقا على الإذن للخياط بالتصرف في الثوب، وختلفا في مخالفته الإذن، فيكون القول قوله لأنه مؤتمن.

ثمره الخلاف:

وجدت الفقهاء نصوا على ثمرتين لهذا الخلاف:

الثمره الأولى: أنه إن قيل بتقديم قول الخياط، فإنه لا يضمن شيئاً^(١)، وأما إن قيل بتقديم قول رب الثوب، فيكون على الخياط الضمان، وهل يضمن ما بين ما ادعاه وبين ما ادعاه رب الثوب، أو يضمن ما نقص الثوب بسبب فعله، أو لا يضمن إلا إذا لم يصلح ما فصله الخياط ليكون ما ادعاه رب الثوب، أو يكون رب الثوب مخيراً بين تضمين الخياط ما نقص الثوب بفعله، وبين أخذه وإعطاء الخياط أجره المثل بشرط ألا تتجاوز المسمى؟ خلاف بين الفقهاء^(٢)، وأما إن قيل بتحالفهما فلا ضمان على الخياط^(٣).

الثمره الثانية: أنه إن قيل بتقديم قول الخياط، فهل له أجره أم لا، وإذا كانت له أجره فهل تكون أجره المثل أو تكون المسمى في العقد على خلاف

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٨)، حاشية ابن عابدين: (٩/١٠٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٩).

بين الفقهاء^(١)، وأما قيل بتقديم قول رب الثوب، فلا أجره للخياط لتعديده^(٢)،
وأما إن قيل بالتحالف فلا أجره له^(٣).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى صفة الإذن المتفق عليه،
فمن قال: إن الخياط ورب الثوب متفقان على الإذن للخياط بالتصرف، جعل
القول قول الخياط، ومن قال: إنهما مختلفان في الإذن؛ فإن الخياط مدع
الإذن بالتصرف وفق ما ادعاه، ورب الثوب مدع الإذن وفق ما ادعاه جعل
القول قول رب الثوب، ومن لم يترجح عنده جانب جعل التحالف بينهما.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) قد أثرت على هذه المسألة
أثرًا بيّنًا وألقت بظلالها على غالب أقوالها، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن القول الأول والثاني اللذين يمثلان طرفي المسألة
وقوليهما المتضادين استدلا بهذه القرينة؛ فاستدل القول الأول بها بأن الأصل
عدم إذن رب الثوب للخياط بما تصرف به؛ لأن هذا الإذن عارض، والأصل
في الأمور العارضة العدم، فيقدم قول رب الثوب لموافقته هذه القرينة،
واستدل بها أصحاب القول الثاني بأن الأصل براءة ذمة الخياط من الغرم

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٧-٤٣٨)، الشرح الكبير: (١٤/٤٩٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٨)، الشرح الكبير: (١٤/٤٩٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٣٩).

الذي يدعيه رب الثوب؛ لأن هذا الغرم طارئ، والأصل براءة ذمة الخياط منه، فيقدم قول الخياط؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم. وبهذا يتبين أهمية هذه القرينة وسعة تطبيقها واختلاف أنظار الفقهاء وعمق فهمهم لها باستدلالهم بهل على أمرين متقابلين.

الوجه الثاني: أن لم يخل مذهب من المذاهب الأربعة من القول بها إما في الصحيح من المذهب أو قول أو رواية فيه، ويظهر ذلك في القول الأول والثاني، فالقول الأول لم يخل من القول به أحد من أصحاب المذاهب الأربعة، وأما القول الثاني، فقلم يخل من القول به ثلاثة من المذاهب الأربعة وأضيف عليه بعض السلف.

المطلب الثالث

اختلاف الوكيل والموكل في الإذن بالبيع ونحوه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلفا، فقال الأول - بعد تصرفه في ملك غيره - للثاني: «أذنت لي في البيع» أو نحوه، فأنكر الثاني إذنه للأول وتوكيله ببيع ما ادعاه، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(٢) على أن القول المقدم قول منكر الإذن والتوكيل.

واستدلوا: بأن المالك متمسك بالأصل، وهو عدم الإذن، والأول مدع وجوده، فيكون القول قول المالك؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣٨/٤).

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١٥/١٢)، التوضيح: (٤١٦/٦)، منح الجليل: (٤٠٧/٦)، العزيز شرح الوجيز: (٢٦٠-٢٦١/٥)، روضة الطالبين: (٣٣٨/٤)، نهاية المحتاج: (٥٦-٥٧/٥)، مغني المحتاج: (٢٦٠/٣) (ونص في المرجعين الأخيرين على أن تقديم قول المالك يمينه)، كشاف القناع: (٣٨/٤).

(٣) ينظر: منح الجليل: (٤٠٧/٦)، العزيز شرح الوجيز: (٢٦١/٥)، نهاية المحتاج: (٥٦-٥٧/٥)، مغني المحتاج: (٢٦٠/٣)، كشاف القناع: (٣٨/٤).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) ظاهر جلي لا يكاد يخفى، وظهوره يكمن في أنها الدليل الوحيد - فيما اطلعت عليه - الذي استدل به المتفقون على تقديم قول الموكل؛ وذلك لتمسكه بهذه القرينة، وردّ كلام مدع الإذن لمعارضته هذه القرينة، وبهذا تبين أن هذه المسألة تطبق مباشرة وواضح لهذه القرينة، وأثرها على هذه المسألة جلي ظاهر.

المبحث السادس

أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في باب العارية، والغصب

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف المالك والمستعير في مسافة الإعارة.

المطلب الثاني: اختلاف المالك والقباض بين الإجارة أو الإعارة أو الغصب، والعين قائمة.

المطلب الثالث: اختلاف المالك والمستعير أو الغاصب في الرد.

المطلب الأول

اختلاف المالك والمستعير في مسافة الإعارة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهياً:

صورة المسألة:

إذا اختلف المالك والمستعير، فقال المالك: «أعرتك الدابة أو السيارة أو نحوها؛ لتحمل عليها أو تركبها إلى ميل واحد»، فقال المستعير: «بل أعرتنيها إلى ميلين»، وخلا قول كل منهما عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدنا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الاختلاف إذا كان قبل وصول المستعير إلى المسافة

التي يدعيها، فالقول قول المالك المعير بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٢).

واستدلوا: بأنه من المستقر ألا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه،

والمستعير يدعي على المعير زيادة المسافة التي ذكرها، وعليه لا يقبل قوله؛

لأنه لا دليل عليه^(٣).

(١) ينظر: كشف القناع: (٤/٦٨).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٩/٢٣٨)، البيان والتحصيل: (١٥/٣١٥-٣١٦)،

التوضيح: (٦/٤٩٨-٤٩٩)، منح الجليل: (٧/٧٠، ٧١).

(٣) ينظر: البيان والتحصيل: (١٥/٣١٦-٣١٥)، التوضيح: (٦/٤٩٨).

وأما إذا كان الاختلاف بعد وصول الراكب إلى المسافة التي يدعيها،
فاختلف المالكية في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول المستعير بيمينه، وهو المذهب عند
المالكية^(١).

واستدلوا: بأن الخلاف إذا كان بعد وصول المستعير إلى المسافة التي
ادعاها؛ فإن الظاهر يصدقه^(٢)؛ وذلك من وجوه:

الأول: أن الأمر لو كان بخلاف ذلك لكان المعير معارضاً ممتنعاً عن
إعارته قبل وصوله إلى المسافة التي يدعيها، وعليه لم يكن ليحدث هذا
الوصول لولا رضا المعير به.

الثاني: أن المعير متهم في إنكاره الإذن بعد وصول المستعير إلى ما
ادعاه؛ فإنه قد يكون المستعير حقق ربحاً أو نجاحاً بوصوله إلى ما يدعيه،
فحسده المعير على ذلك، وأراد الغض منه، فادعى عدم الإذن.

الثالث: أن المعير لما أعطى المستعير الدابة يكون ائتمنه، فإذا ادعى عليه
عدم الإذن يكون مدعياً على المستعير الضمان لتغير السلعة أو تلفها أو
الأجرة في حال بقائها على حالها، فلا يكون قوله مقبولاً إلا ببينة؛ لأنه مدع،

(١) ينظر: النوادر والزيادات: (٢٣٨/٩)، البيان والتحصيل: (٣١٦-٣١٥/١٥)،
التوضيح: (٤٩٨-٤٩٩/٦)، منح الجليل: (٧٠/٧، ٧١)، وفيها تفاصيل وخلاف في
النسبة فتراجع، والقول بهذا التفصيل هو معنى تقديم قول المستعير بيمينه إذا أشبهه.
ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٦/١٥).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٦/١٥).

وأما المستعير؛ فلا أنه أمين ومنكر دعوى المعير، فيكون مدعى عليه، وقوله مقبول؛ لأن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر^(١).

القول الثاني: أن القول المقدم قول المعير بيمينه، وهو قول عند المالكية^(٢).

ويستدل له بما استدل به المالكية على تقديم قول المعير قبل وصول المستعير إلى الجهة التي يدعيها، وبما استدل به أصحاب القول الثاني.

القول الثاني: أن القول قول المالك، وهو مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بأن المالك مدعى عليه فيقدم قوله؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «ولكن اليمين على المدعى عليه»^(٤)، ولما ذاك إلا لأن المالك ينكر الزيادة التي يدعيها المستعير؛ لأنها عارضة والأصل في الأمور العارضة العدم^(٥).
لم أجد نصاً للحنفية والشافعية نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته هو:

أما الحنفية، فأقرب ما وجدته لديهم هو: اختلاف المالك وراكب الدابة في أن ركوب الدابة بأجر أم لا، فقال الحنفية بتقديم قول الراكب بيمينه؛ لأنه

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٦/١٥).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٥-٣١٦)، التوضيح: (٤٩٩/٦)، منح الجليل: (٧٠، ٧١).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (٨٢/١٥)، كشاف الفناع: (٦٨/٤).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (٨٢/١٥)، كشاف الفناع: (٦٨/٤).

منكر عقد الإجارة الذي يدعيه المالك^(١)، فلعل ذلك بأن يقال هنا بأن يكون القول قول المستعير؛ لأنه منكر الزيادة التي يدعيها المالك، وهو ما نسب لهم^(٢).

وأما الشافعية، فأقرب ما وجدته هو: هو اختلاف الراكب والمالك في أن ركوب الراكب كان غصباً أو عارية، فادعى الراكب العارية، وادعى المالك الغصب، قد مضت مدة لمثلها أجر والعين باقية، فيقدم عند الشافعية^(٣) قول المالك يمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن، والمسألة محل البحث قريبة جداً منها؛ إذ إن اختلاف الراكب والمالك في الزائد هو اختلاف في الإذن فيه، فكأن المالك يدعي الغصب فيه والراكب يدعي العارية فيه، وهو ما نسب لهم^(٤).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إن دلت القرائن على رضا المعير بالزيادة التي يدعيها المستعير كما لو علم بها فلم ينكر الإذن إلا بعد وصول المستعير إلى ما يدعيه، أو كان معه في سيره إلى المسافة التي يدعيها، فلم ينكر الإذن

(١) ونصها: «وإن كان قد ركبها إلى بغداد فقال قد أعرتني الدابة وقال صاحبها بل اكريتها منك بدرهم ونصف فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ولا أجر أما الضمان فلائها تصادقا على أنه ركبها بأمر صاحبها، وأما الأجر فلائ المستأجر منكر لعقد الإجارة فالقول في ذلك قوله مع يمينه» المبسوط: (٨/١٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٨٢/١٥).

(٣) ونصها: «(وكذا) يصدق المالك على المذهب (لو قال) الراكب أو الزارع: (أعرتني فقال) المالك: (بل غصبت مني)، وقد مضت مدة لمثلها أجرة، والعين باقية؛ لأن الأصل عدم الإذن، فيحلف ويستحق أجرة المثل». مغني المحتاج: (٣/٣٣٢).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (٨٢/١٥).

إلى بعد الوصول إليها^(١)، وأضيف إلى ذلك تهمته بطلب ضمان أو أجره أو حسد أو نحوه، فيقدم قول المستعير بيمينه، وإلا فيقدم قول المعير بيمينه لما سبق من أدلة القول الأول والثاني.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال تضمين المستعير تلف الدابة أو غيرها بسبب الزيادة التي يدعيها أو أجرتها، فمن قال بتقديم قول المعير بيمينه، فيضمن المستعير ذلك، وأما من قال بالتفصيل، فيجعل الضمان تبعاً لتقديم قول المعير ونفيه عند تقديم قول المستعير في الجملة^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو في اعتبار الظواهر التي ذكرها أصحاب القول الأول هل تصلح دليلاً للعدول عن الأصل بتقديم قول المعير؛ لإنكاره الأمر العارض، وهو إذنه للمعير، أو لا، فمن قال بصلاحيته قدم قول المستعير حيث وجدت، ومن قال بعدم صلاحيته جعل المقدم قول المعير إجراء للأصل الأول على مقتضاه.

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٦/١٥) بعض ما ذكر من هذه القرائن ورد النص عليه في هذا المرجع.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٥-٣١٦)، التوضيح: (٦/٤٩٩)، منح الجليل: (٧/٧٠، ٧١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** أثراً كبيراً واضحاً جلياً على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: الاستدلال بنصها، وذلك كما ورد دليل القول الثاني؛ إذ جعل المعير مدعى عليه وقدم قوله لتمسكه بهذا الأصل وإنكار الإذن - في الزيادة التي يدعيها المستعير - الذي يعد أمراً عارضة.

الوجه الثاني: الاستدلال بقرينة أخرى أخص منها، وذلك فيما استدل به أصحاب القول الأول من عدم مؤاخذه الإنسان بما لم يقر به إلا بدليل، وهذا معنى قرينة: **(الأصل براءة الذمة)**، والاستدلال بالأخص استدلال بما يشمله بعمومه.

كما تعارض هنا أصل وظاهر في حال الاختلاف بعد وصول المستعير إلى المسافة التي يدعيها، فالظاهر يتبين من وجوه:

الأول: أن الأمر لو كان بخلاف ذلك لكان المعير معارضاً ممتنعاً عن إعارته قبل وصوله إلى المسافة التي يدعيها، وعليه لم يكن ليحدث هذا الوصول لولا رضا المعير به.

الثاني: أن المعير متهم في إنكاره الإذن بعد وصول المستعير إلى ما ادعاه؛ فإنه قد يكون المستعير حقق ربحاً أو نجاحاً بوصوله إلى ما يدعيه، فحسده المعير على ذلك، وأراد الغض منه، فادعى عدم الإذن.

الثالث: أن المعير لما أعطى المستعير الدابة يكون ائتمنه، فإذا ادعى عليه عدم الإذن يكون مدعياً على المستعير الضمان لتغير السلعة أو تلفها أو

الأجرة في حال بقائها على حالها، فلا يكون قوله مقبولاً إلا ببينة؛ لأنه مدع، وأما المستعير؛ فلأنه أمين ومنكر دعوى المعير، فيكون مدعى عليه، وقوله مقبول؛ لأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(١).

وأما الأصل: فهو عدم الإذن من المعير للمستعير بما زاد على المسافة التي اتفقا عليها؛ لأن هذا الإذن عارض، والأصل فيه العدم. فمن وجد في هذا الظاهر ما يصلح أن يقدم به على الأصل جعل القول للمستعير يمينه، من لم ير ذلك أجرى الأمر على مقتضى الأصل بتقديم قول المعير.

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (٣١٦/١٥).

المطلب الثاني اختلاف المالك والقابض بين الإجارة أو الإعارة أو الغصب، والعين قائمة



وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إذا كان ذلك بعد العقد ولم تمض مدة لها أجرة عادة^(١):

وفيه فرعان:

الفرع الأول: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المالك والقابض بعد العقد مباشرة؛ بأن لم يمض زمن له أجرة عادة، والعين قائمة، فقال المالك: «أجرتك هذه الدابة» أو «العين»، وقال القابض: «بل أعرتنيها»، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

أجمع الفقهاء^(٢) رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى على تقديم قول القابض بيمينه.

(١) ينظر: كشف القناع: (٧٤ / ٤).

(٢) ينظر: المبسوط: (٨ / ١٦)، حاشية ابن عابدين: (٦٠٨ / ٥) (بمفهوم الأولى، وذلك أنه إذا كان قول القابض مقدمًا بعد هلاك الدابة ومضي مدة لها أجر، فقبول قوله قبلها من باب أولى)، النوادر والزيادات: (٢٣٧ / ٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (٤٤٠ / ٣)، العزيز شرح الوجيز: (٣٩٢ / ٥)، نهاية المحتاج: (١٤٢ / ٥)، تحفة المحتاج: (٤٣٦ / ٥)، مغني المحتاج: (٣٣٢ / ٣)، الشرح الكبير والإنصاف: =

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم عقد الإجارة؛ لأن عقد الإجارة يرتب أجره في ذمة الراكب، والأصل براءة ذمته منها، فيكون القول منكرها وهو القابض؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(١).

٢- أن ظاهر الحال يدل على تقديم قول القابض، وأنه مدعى عليه؛ ذلك أن القابض لم يتلف شيئاً ليكون مدعياً سقوط بدله، وعليه يكون المالك مدعياً، فيقدم قول القابض بيمينه؛ لأن اليمين على المدعى عليه^(٢).

ذكر بعض الفقهاء ما ينتج عن القول السابق:

بأن الدابة تعود إلى مالكها؛ لأنه لا مستحق لها غيره^(٣).

الفرع الثاني: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) ظاهر جلي، وذلك

من وجهين:

الوجه الأول: أن الإجماع فيها استند على أن عقد الإجارة عارض، ويرتب عليه الأجره في ذمة الراكب، فقدم قول الراكب؛ لأن ينفي هذا الأمر العارض.

= (١٥/١٠١-١٠٢)، كشف القناع: (٧٤/٤)، وعند الحنفية والشافعية والحنابلة النص

على أن تقديم قول القابض بيمينه، ونص على الإجماع في هذه المراجع: حاشية الدسوقي والإنصاف، وقطع به في مغني المحتاج وتحفته.

(١) ينظر: المبسوط: (٨/١٦)، الشرح الكبير: (١٥/١٠٢)، كشف القناع: (٧٤/٤).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٣٩٢)، نهاية المحتاج: (٥/١٤٢)، تحفة المحتاج:

(٥/٤٣٦)، مغني المحتاج: (٣/٣٣٢).

(٣) الشرح الكبير: (١٥/١٠٢)، كشف القناع: (٧٤/٤).

الوجه الثاني: أن مستند الإجماع الثاني بين وجهًا آخر لدخول هذه المسألة في تأثير قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، وذلك بوجود ظاهر يجعل هذا الأصل باقياً مستمراً في إثبات براءة ذمة الراكب، وهو عدم إتلافه شيئاً ليكون مدعياً سقوط بدله.

المسألة الثانية: إذا كان ذلك بعد مضي مدة لها أجره عادة^(١):

وفيها فرعان:

الفرع الأول: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا اختلف المالك والقابض بعد مضي زمن أو مسافة لها له أجره عادة؛ نحو شهر - والعين قائمة - فقال المالك: «أجرتك هذه الدابة» أو «العين لمدة سنة»، وقال القابض: «بل أعرتنيها لهذه المدة»، وخلا قول كل منها عن بيئة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه فيما زاد على المدة التي مضت؟

حكم المسألة:

ذهب الحنابلة إلى تقديم قول القابض، وعدم قبول قول المالك^(٢).

واستدلوا: أن الأصل عدم عقد الإجارة؛ لأن عقد الإجارة يرتب أجره في ذمة الراكب، والأصل براءة ذمته منها، فيكون القول منكرها وهو القابض؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٣).

(١) ينظر: كشف القناع: (٧٥ / ٤).

(٢) ينظر: المقنع: (١٠٢ / ١٥)، كشف القناع: (٧٥ / ٤).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٧٥ / ٤).

وأما المذاهب الأخرى، فأقرب ما وجدته لهم هو ما مضى في المسألة السابقة، ولعل الأدلة المذكورة فيها تنسحب على هذه المسألة، وذلك لقربهما؛ إذ يصح الاستدلال بأدلة المسألة السابقة على هذه المسألة تمامًا، ويقال: إن المدة التي لم تمض ليس لها أجر لعدم تلف شيء على المالك لا من المنافع ولا من الأعيان، فيكون اختلافهما كأنه قبل مضي مدة لها أجر. الفرع الثاني: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة: ويقال من تأثير قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة ما قيل في المسألة السابقة.

المسألة الثالثة: اختلاف المالك والقابض بين الإجارة والإعارة، أو الغصب^(١):
وفيها فرعان:

الفرع الأول: دراسة المسألة فقهياً:

صورة المسألة:

إذا اختلف المالك والقابض بعد مضي زمن أو مسافة لها له أجر عادة -والعين قائمة- فقال المالك: «غصبتني هذه الدابة» أو «العين»، وقال القابض: «بل أعرنتها» أو «أجرتنيها»، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال ثلاثة:

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٥).

القول الأول: أن المقدم قول المالك بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(١)، وهو الصحيح من مذهب الشافعية^(٢)، ومن مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن سبب ضمان قابض العين لهذه المدة أو المسافة قد تحقق، فلا يقبل قوله بسقوطه بإذن المالك إلا بينة، فيكون القول قول مالك العين^(٤).

٢- أن الأصل عدم إذن المالك - بنحو العارية والإجارة -؛ إذ هو عارض يوجد القبض بدونه، فيقدم قول المالك؛ لأن القابض يدعي هذا الإذن، والمالك ينكره، والأصل في الأمور العارضة العدم^(٥).

٣- أن الأصل عدم انتقال ملك منفعة العين إلى القابض واستحقاق المالك لها، والمالك يتمسك به، والقابض يدعي انتقالها، فيكون القول قول المالك؛ لإنكاره هذا الانتقال^(٦).

٤- أن الأصل في القابض لمال غيره الضمان، فيقدم قول المالك؛ لأنه يتمسك به^(٧).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٥/٥٦٧)، حاشية ابن عابدين: (٨/٣٧٨)؛ إذ قالوا بتضمين المستعير إذا كان ركبها.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/١٤٢)، تحفة المحتاج: (٥/٤٣٦)، مغني المحتاج: (٣/٣٣٢)، أسنى المطالب: (٢/٣٣٥).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/١٠٧)، كشف القناع: (٤/٧٥)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/١١٦-١١٧).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (٥/٥٦٧).

(٥) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/١٤٢)، مغني المحتاج: (٣/٣٣٢)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/١١٦-١١٧).

(٦) ينظر: أسنى المطالب: (٢/٣٣٥)، الشرح الكبير: (١٥/١٠٨).

(٧) ينظر: كشف القناع: (٤/٧٥).

القول الثاني: أنهما يتحالفان، وهو مذهب المالكية^(١).

واستدلوا: بأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه، فالمالك مدع الغصب، ومدعى عليه الإجارة أو العارية، والقابض مدع الإجارة أو العارية، ومدعى عليه الغصب، فيتحالفان لهذا الاعتبار^(٢).

القول الثالث: أن المقدم قول القابض، وهو قول عند الشافعية^(٣)، وعند الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الظاهر أن تصرف القابض بحق، وبإذن المالك^(٥)؛ خصوصاً إذا مضى على ذلك مدة كان تصرف القابض فيها ظاهراً والمالك مطلع عليه عالم بتصرفه، ومضت على ذلك مدة طويلة، ولا مانع للمالك من الادعاء بالغصب.

٢- أن المالك يدعي انشغال ذمة القابض، والقابض ينكره، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٦).

(١) ينظر: النوادر والزيادات: (٢٣٧/٩). (٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (١٤٢/٥)، مغني المحتاج: (٣٣٢/٣)، وينظر في تفصيل مذهب الشافعية، وما فيه من أقوال وطرق في هذه المسألة: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٠/٥) - (٣٩٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٠٧/١٥).

(٥) ينظر: نهاية المحتاج: (١٤٢/٥). (٦) ينظر: الشرح الكبير: (١٠٨/١٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر فيما يحتف به حال المتداعين، فإن كانت العين في يد القابض مدة طويلة، ومالكها يراه ولا ينكر عليه، ولم يوجد مانع للمالك من الإنكار، وكان تصرف القابض في هذه العين ظاهرًا، أو كان في حال يظهر منها إذن المالك للقابض، فيقدم قول القابض، وأما في غير هذه الأحوال، فيقدم قول المالك بيمينه؛ لما استدل به أصحاب القول الأول.

ثمرة الخلاف^(١):

تظهر ثمرة الخلاف في أنه إن قيل بتقديم قول القابض في الإعارة، فلا أجره عليه للمدة الماضية، وأما إن قيل بتقديم قول المالك، فيجب على القابض أجره المثل للمدة التي حاز العين فيها.

وكذلك إن قيل بتقديم قول القابض في الإجارة، فلا يلزمه إلا الأجرة المسماة، وأما إن قيل بتقديم قول المالك، فله أجره المثل سواء زادت عن المسمى أو ساوت أو نقصت.

وأما إن قيل بالتحالف، فيأخذ المالك قيمة ما انتفع به القابض^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو الخلاف في ترجيح الأصول العاضدة جانب المالك، على ما عضد جانب القابض، أو العكس، أو تساوي

(١) ينظر: الإنصاف: (١٥/١٠٧، ١٠٨).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٩/٢٣٧)، ويتنبه في ذلك إلى الخلاف في مالية المنافع، فإنه ملق بظلاله على ما ذكر من الثمرة.

هذه المرجحات، فمن رأى قوة جانب المالك بما عضده رجع جانبه، ومن رأى قوة جانب القابض رجع جانبه، ومن تساوت عنده الأدلة قال بتحالفهما. الفرع الثاني: أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** على هذه المسألة: يظهر أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** على هذه المسألة من وجوه:

الوجه الأول: أنه استدل بها أو قال بمقتضى أثرها على هذه المسألة غالب المذاهب الفقهية، كما في القول الأول والقول الثالث.

الوجه الثاني: أنه صح الاستدلال بها وبما هو أخص منها على القولين اللذين يمثلان طرفي المسألة؛ فالقول الأول استدل بها صراحة، وأما القول الثالث، فاستدل بقرينة: **(الأصل براءة الذمة)**، وهي أخص قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)**.

الوجه الثالث: أن الأمور العارضة التي استدل لسقوطها بهذه القرينة في هذه المسألة متنوعة؛ إذا استدل بها على أن الأصل عدم إذن المالك في تصرف القابض، وأن الأصل بقاء استحقاق المالك منفعة ملكه وعدم انتقالها عنه، وعدم سقوط سبب الضمان بعد ثبوته، وعدم شغل الذمة بطارئ.

وتعارض في هذه المسألة أصول وظاهر:

فأما الأصول، فهي:

أن الأصل عدم إذن المالك بالعارية أو الإجارة أو نحوهما، وأن الأصل عدم انتقال ملك منفعة العين إلى القابض واستحقاق المالك لها، وأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان.

وهذه أصول عضدت جانب المالك، وأما جانب القابض، فعضد جانبه:
ظاهر، وهو: أن الظاهر أن تصرف القابض بحق، وبإذن المالك.
وأصل، وهو:
أن الأصل براءة ذمة القابض.
ورجح كل ما قوي عنه، ومن تساويا عنده قال بالتحالف.

المطلب الثالث

اختلاف المالك والمستعير أو الغاصب في الرد^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهياً:

صورة المسألة:

إذا اختلف المستعير أو الغاصب مع المالك، فقال المستعير أو الغاصب - عن العين المعارة أو المغضوبة -: «رددتها عليك»، فأنكر المالك ذلك، وخلا قول كل منها عن بيعة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

وعليه تكون هنا مسألتان:

المسألة الأولى: اختلاف المستعير والمالك في الرد:

فهذه المسألة اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول المستعير بيمينه، وهو مذهب

الحنفية^(٢).

واستدلوا: بأن المستعير قبض العين المعارة بإذن المالك، فيكون أميناً،

وبادعائه الرد ينكر وجوب الضمان عليه، فكان القول قوله^(٣).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٥، ٤/١١٤). (٢) ينظر: المبسوط: (١١/١٤٤).

(٣) ينظر: المبسوط: (١١/١٤٤).

القول الثاني: أن القول المقدم قول المالك بيمينه، وهو مذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن العين المعارة مضمونة على المستعير فلم يقبل قوله في ردها^(٤)؛ لما فيه من دفع سبب الضمان بعد ثبوته بلا بينة.

٢- أن المستعير قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في ردها^(٥).

٣- أن الأصل الثابت قبض المستعير العين المعارة، وردها عارض وطارئ، فلا يقبل قول المستعير فيه، ويكون القول للمعير بإنكاره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٦).

٤- القياس على المدين إذا ادعى أداء الدين، فكما لا يقبل قوله لا يقبل قول المستعير؛ لأن كلاً منهما يدعي رد الحق لصاحبه^(٧).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، وذلك لأن قبض المستعير العين المعارة ثابت، وردها طارئ وحادث، فلا بد من بينة لإثبات هذه الواقعة

(١) ينظر: التبصرة: (١٣/٦٠٣٣)، الذخيرة: (٦/٢١٠، ٢١٩)، منح الجليل: (٧/٧٣)، وعند المالكية خلاف وتفصيل في مسألة رد العارية ينظر في: النوادر والزيادات: (٤٦٣/١٠).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩)، نهاية المحتاج: (٤/٢٨٤).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٥)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٤/١١٧).

(٤) ينظر: منح الجليل: (٧/٧٣). (٥) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩).

(٦) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٥)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٤/١١٧).

(٧) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٥).

الحادثة، فيكون القول للمعير لتمسكه لما هو ثابت، ونفيه ما هو طارئ، ولا يرد هنا قبول قول المودّع - بجامع أن كلاً منهما قبض العين بإذن المالك -؛ لأن المودّع محسن، وما على المحسنين من سبيل، فكان قبول قوله حثاً على مزيد من الإحسان، وحتى لا يمتنع الناس من قبول الوديعة - مع حاجة الناس إليها - إذا قيل بعدم قبول قول المودّع.

ثمرّة الخلاف:

لعل ثمرّة الخلاف تظهر - والله أعلم - فيما لو تلفت السلعة قبل اختلافهما، فعلى القول الأول لا يضمنها المستعير لقبول قوله بردها، وأما على القول الثاني، فيضمنها؛ لتلف العين المعارة تحت يده التي هي يد ضمان.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو اختلاف الفقهاء في يد المستعير هل هي يد ضمان أو يد أمانة، فمن قال: هي يد أمانة قال بقبول قوله، وأما من قال بأن يده يد ضمان رد قوله؛ لأنه قبض العين المعارة لمنفعة نفسه.

المسألة الثانية: اختلاف الغاصب والمالك في الرد:

فهذه المسألة اتفق الفقهاء^(١) فيها على تقديم قول المالك بيمينه.

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٦٨/١٠)، وأما المالكية لم أجد لهم نصّاً في هذه المسألة، ولكن تراجع في توثيق مذهبهم مراجع المسألة السابقة؛ لأنه لما كان القول المقدم - عندهم - قول المالك في رد العارية ففي رد المغصوب من باب أولى؛ لأن المستعير قبض العين بإذن مالكيها، ورغم ذلك لم يقبل قوله في الرد، فالغاصب من باب أولى، أسنى المطالب: (٣٥٠/٢)، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: (١٣٢/٦)، الشرح الكبير والإنصاف: (٢٣٢/١٥)، كشاف القناع: (١١٤/٤)، الفقه الإسلامي وأدلته: (٦/٤٨١٩-٤٨٢١)، وحكي الاتفاق في هذه المسألة في الإنصاف والمرجع الأخير.

واستدلوا بالتالي:

١- أن العين مضمونة على الغاصب، ويدعي بردها سقوط هذا الضمان، فلم يقبل قوله إلا ببينة^(١).

٢- أن الأصل بقاء الغصب وعدم رد العين المغصوبة، فيقدم قول المالك لتمسكه بهذا الأصل، وإنكاره الرد؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم^(٢).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) بجلاء على هذه المسألة من وجوه:

الوجه الأول: أنه استدل بها وبما يقاربها على القولين الواردين في المسألة الأولى، فاستدل بها أصحاب القول الأول: بأن الأصل براءة ذمة المستعير، فلا يقبل قول المالك بطرء الضمان على هذا الأصل؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وكذلك استدل بها أصحاب القول الثاني: بأن قبض المستعير العين المعارة ثابت، فلا يقبل قوله بطرء رد عارض على هذا الأصل؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم مما يدل على سعة تطبيقها بقبول الأمرين المتقابلين للاستدلال بها، وعمق فهم الفقهاء لها.

الوجه الثاني: أن من أهم ما استند عليه اتفاق الفقهاء في المسألة الثانية هو أن قبض العين المغصوبة ثبت وأصبح أصلاً، فلا يقبل قول الغاصب

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٦٨/١٠).

(٢) ينظر: أسنى المطالب: (٣٥٠/٢)، الشرح الكبير: (٢٣٢/١٥)، كشاف القناع:

(١١٤/٤).

بطروء أمر عارض متمثل في رد العين إلى المغصوب منه إلا بينة، وما ذاك إلا لأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وهذا مما يبين أهميه هذه القرينة، فإن دلالتها واستخدام الفقهاء لها لم يقتصر على المسائل الخلافية بل تعدى ذلك إلى المسائل الوفاقية، فكان حافزاً ودافعاً للفقهاء ليتفقوا على أن قول الغاصب لا يقبل برد العين المغصوب مع إنكار مالكها.

الوجه الثالث: أن الاستدلال بها في المسألة الأولى متنوع، فاستدل أصحاب القول الأول بقرينة أخص منها، وقرينة: **(الأصل براءة الذمة)**، وأما أصحاب القول الثاني، فاستدلوا بها صراحة بأحد ألفاظ الاستدلال بها كما في الدليل الثالث، واستدلوا بالإشارة إليها كما في الدليل الأول.

وبما سبق في المسألة الأولى يظهر أنه تعارض في اختلاف المالك والمستعير أصول وظواهر، فأما الظاهر: **(قبول قول الأمين)**، **(عدم قبول قول من قبض العين لمنفعته في ردها)**.

وأما الأصول: **(الأصل براءة الذمة)**، **(الأصل في الأمور العارضة العدم)**.
فقدم أصحاب كل قول ما ترجح عندهم.

المبحث السابع
أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة
العدم) في أبواب الشفعة، والوديعة،
والجعالة

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: اختلاف المشتري والشفيع في تعذر علم الثمن.
المطلب الثاني: اختلاف المشتري والشفيع في الحيلة على إسقاط الشفعة.
المطلب الثالث: الاختلاف مع المستودع في التعدي والتفريط.
المطلب الرابع: الاختلاف في أصل الجعل.

المطلب الأول

اختلاف المشتري والشفيع في تعذر علم الثمن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الشفيع والمشتري، فقال المشتري: «إن الثمن الذي وقع عليه العقد غير معلوم لي»، أو نحوه، فأنكر الشفيع ذلك، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول قول الشفيع إذا علم الثمن بقريته، وهو مذهب

الحنفية^(٢)، وهو قول عند الشافعية^(٣).

ثم اختلفوا بعد ذلك على قولين:

القول الأول: أن قوله مقبول بلا يمين وهو مذهب الحنفية^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع: (٤/١٣٦).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٩/٣٥٦-٣٥٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٢٤٧).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٩/٣٥٦-٣٥٧).

واستدلوا: بأن الشفيع لم ينكر قدرًا ادعاه المشتري، وعليه لا تتوجه عليه اليمين^(١).

القول الثاني: أن قوله مقبول بيمينه، وهو قول عند الشافعية^(٢).

واستدلوا: بأن نسيان المشتري بمنزلة النكول عن اليمين، فكانت اليمين ترد على الشفيع^(٣).

القول الثاني: أن المقدم قول المشتري بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الإنسان يولد جاهلاً فيطراً عليه العلم، ومن ذلك العلم بالثمن الذي وقع عليه العقد، وعليه يكون القول قول المشتري لأنه يتمسك بأن

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٢٤٧/٧).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: النوادر والزيادات: (١١/١٩٤)، التوضيح: (٦/٦١٢-٦١٣)، منح الجليل: (٧/٢١٦).

(٥) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٢٠٧)، تحفة المحتاج: (٦/٧٠)، مغني المحتاج: (٣/٣٨٥)، ويتنبه إلى أن يمين المشتري عند الشافعية على نفي علمه بها ادعاه الشفيع، وذلك في حال ادعى الشفيع مقداراً معيناً للثمن، فنفي المشتري علمه به، فتكون يمين المشتري وفق دعوى الشفيع، وأما إن ادعى علم المشتري بالثمن وطالبه ببيانه، فلا تسمع في الصحيح من مذهب الشافعية، وأما القول الثاني، فإنها تسمع ويحلف المشتري على عدم العلم. ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٢٠٨٧)، مغني المحتاج: (٣/٣٨٦).

(٦) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/٣٦٣، ٤٩٠، ٤٩١)، كشاف القناع: (٤/١٣٦)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/٢٢٦) ويمين المشتري عندهم على أنه لا يعلم قدر الثمن، وأنه لم يفعل ذلك حيلة.

الأصل عدم علمه بهذا الثمن؛ لأنه طارئ عارض والأصل في الأمور العارضة العدم^(١).

٢- أن ما ادعاه المشتري جائز إذا قد يكون اشترى المشتري - ما ثبت فيه حق الشفعة - بجزاف أو بثمان نسي قدره، وعليه فلا يبعد صدق المشتري في دعواه الجهل بقدر الثمن الذي اشترى به^(٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - الأخذ بدلالة الظاهر، فإذا دل الحال، وظهر من قرائنه علم المشتري بالثمن وأنه محدد كما لو جرى العرف على ألا تباع هذه السلعة إلا بثمان محدد، وقرب العهد بشراء المشتري لها، أو حدد هذا الثمن في وثيقة الملكية أو عقد المبايعة، فإن القول المقدم قول الشفيع يمينه، وإلا كان القول قول المشتري يمينه لما استدل به أصحاب القول الثاني.

ثمرة الخلاف:

أما من قال بتقديم قول الشفيع، فعندهم الشفعة ثابتة له، وأما من قال بتقديم المشتري يمينه، فاختلفوا، فمنهم من جعل الشفعة تسقط بقبول قول المشتري يمينه، وهم الحنابلة^(٣)، ومنهم من قال بسقوط الشفعة إذا كانت السلعة تالفة، وثبوتها إذا كانت باقية، وهو المذهب عند الشافعية^(٤)، ومنهم من قال: إن الشفعة لا تسقط بذلك - إذا كانت السلعة تالفة - بل تبقى موقوفة

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٠٧/٥)، تحفة المحتاج: (٧٠/٦)، مغني المحتاج: (٣/٣٨٥)، كشاف القناع: (٤/١٣٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٤٩١/١٥)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/٢٢٦).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٣٦). (٤) ينظر: مغني المحتاج: (٣/٣٨٥).

إلى أن يتضح الحال، وهو قول عند الشافعية^(١)، ومنهم من قال: إنه إذا مضى زمن طويل من الشراء مما يندرس فيه العلم وتموت فيه البيعة، وترفع معه التهمة، فالشفعة ساقطة، وعليه لا يرد الاختلاف - المذكور في المسألة - على هذه الحال، وأما في غير ذلك، فلا يؤثر هذا الاختلاف في سقوط الشفعة بل تكون الشفعة قائمة بقيمة الشقص، وهو مذهب المالكية^(٢)، وعليه تظهر ثمره لهذا الخلاف بسقوط الشفعة عند بعض الفقهاء مطلقاً - كالحنبلة -، وعند بعضهم في بعض الأحوال - كالشافعية -، وعدم وجود ثمره عند بعضهم - كالمالكية -.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو أنه هل توجد طريق لمعرفة علم المشتري بالثمن سوى إقراره، وما يذكره، فمن قصر طريق معرفة علم المشتري بالثمن على إقراره جعل القول قوله، ومن رأى وجود طريق آخر، لم يقصر طريق معرفة الثمن على إقرار المشتري بل جعل قول الشفيع مقبولاً إذا دلت القرينة على صدقه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثراً ظاهراً على هذه المسألة؛ وذلك من وجهين:

(١) ينظر: المرجع السابق. (٢) ينظر: منح الجليل: (٧/٢١٦).

الوجه الأول: أن غالب من نص على هذه المسألة جعل قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** دليلاً وعمدة لقوله فيه؛ وذلك بأن علم المشتري بالثمن طارئ حادث، فيكون القول قول المشتري لأنه ينفيه، و**(الأصل في الأمور العارضة العدم)**^(١).

الوجه الثاني: أن غالب الفقهاء قال بموجب هذه القرينة؛ إذ قال جمهور الفقهاء بتقديم قول المشتري، وهو القول الثاني، فقال به المالكية والشافعية والحنابلة.

(١) ينظر: مراجع توثيق القول الثاني.

المطلب الثاني

اختلاف المشتري والشفيع في الحيلة على إسقاط الشفعة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا قال الشفيع: «إنك فعلت ذلك - مما هو من مسقطات الشفعة - تحيلاً»، فأنكر ذلك المشتري، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول المشتري بلا يمين، وهو مذهب

الحنفية^(٢).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٣٦).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٩/٣٦٤-٣٦٥)، وذكر تفصيلاً في هذه المسألة لا يختلف به قول الحنفية، وهو أن البائع والمشتري إذا أظهر عقدًا لا يريدانه؛ بأن لم يريد حقيقة البيع -مثلاً- ولكن أظهر للشفيع أنه بيع، فهنا توجه اليمين على المشتري، فإذا نكل عنها ثبتت الشفعة، وأما إذا كانا قاصدين حقيقة العقد بأن قصدوا البيع فرارًا من الشفعة -مثلاً-، فهنا لا توجه اليمين على المشتري.

واستدلوا: بأن كل موضع لو أقر به المدعى عليه لم يلزمه شيء، فإنه إذا أنكر ذلك الشيء لم يحلف، والحال هنا كذلك، فإن المشتري إذا أقر بما ادعاه الشفيع، فإنه لا يلزمه شيء، وعليه فلا يمين عليه^(١).

يناقش: بعدم التسليم بأنه لا يلزم المشتري شيء بل يلزم من إقراره ثبوت الشفعة للشفيع، واستحقاقه أخذ الشقص وفق أحكام الشفعة؛ لأن الحيلة لإسقاط الشفعة محرمة^(٢)، فلا تنهض سبباً لإسقاط حق الشفعة.

القول الثاني: أن القول المقدم قول المشتري بيمينه، وهو قول بعض الحنفية^(٣)، ومذهب الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المشتري أعلم بنيته وبحاله؛ فإنهما أمر خفي لا يظهر لغيره، فكان قوله مقدماً بيمينه^(٥).

٢- أن الأصل أن المشتري قصد حقيقته ما فعله وادعاه، وأما نية الحيلة لإسقاط الشفعة، فهي أمر عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم، فكان القول قول المشتري لتمسكه بهذا الأصل^(٦).

٣- أن المشتري منكر قول الشفيع فكان القول قوله^(٧).

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر في حكم الحيلة لإسقاط الشفعة: الشرح الكبير: (١٥/٣٥٩-٣٦٣).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٩/٣٦٤).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/٣٦٣)، كشف القناع: (٤/١٣٦).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/٣٦٣).

(٦) ينظر: كشف القناع: (٤/١٣٦). (٧) ينظر: المرجع السابق.

وأما المالكية والشافعية، لم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته:

أما المالكية، فأقرب ما وجدته لهم هو: أن الشفيع إذا أراد تحليف المشتري أن الثمن الذي ادعاه كان ليقطع عليه الشفعة - دون أن يعين ثمنًا -، فإن قول المشتري يقبل بلا يمين إلا أن يدعي ما لا يشبهه من الثمن، فيكون القول قوله بيمينه؛ وذلك للتهمة، وذكروا لها أمثلة؛ كما «إذا كان المشتري السلطان أو الشريك في المال والجديد فيه أو الجار فإن هؤلاء ربما بالغوا في إعطاء الثمن لحاجتهم إلى ذلك وخفة مؤنته عليهم لقدرة السلطان وخفة الشأن عليه، ولرغبة الجديد فيه والجار في ذلك ولكراهية أن يشاركه أحد فيه أو يجاوره»^(١)، وعليه يكون الأقرب لقولهم تقديم قول المشتري بيمينه حيث وجدت التهمة، وبلا يمين عند انتفائها.

وأما الشافعية، فلعلهم لم ينصوا على هذه المسألة؛ لأن الحيلة على إسقاط الشفعة عندهم مكروهة أو جائزة على خلاف عندهم^(٢)، وعليه لا ترد هذه المسألة عندهم؛ لأن المشتري لو أقر بدعوى الشفيع لم يلزمه شيء، ولكن يرد على هذه السبب أن الحنفية - كما سبق - مثلهم في عدم القول بتحريم الحيلة لإسقاط الشفعة، ولكنهم نصوا على هذه المسألة، ويرد على ما ذكر بأن نص الحنفية على المسألة بتقديم قول المشتري بلا يمين مساو لعدم النص عليها؛ إذ إن دعوى الشفيع على هذا القول غير مقبولة، وعليه تعتبر كأن لم تكن، ويعتبر هذا الاختلاف كأن لم يكن، ويبقى الأمر على ما هو

(١) البيان والتحصيل: (١٢/٦٢-٦٣).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (١١٦/٥)، أسنى المطالب: (٣٨٠/٢).

عليه قبل الاختلاف، وعليه فلعله أن يقال: إن الأقرب لقول الشافعية تقديم قول المشتري بلا يمين.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى القرائن وما احتف حال المتداعين، فإذا كان المشتري متهمًا بالحيلة لإسقاط الشفعة في نحو الصور المذكورة سابقًا، وانضم إليه اشتها العمل بما ادعاه الشفيع بأنه حيلة لإسقاط الشفعة؛ كما لو أهده ما يجاور الشفيع ثم باعه ما بعده، أو أشركه في شقصه بالهبة ثم باعه الباقي ونحو ذلك، وكان بين الشفيع والمشتري ما يدعو المشتري إلى فعل ذلك، أو أن المشتري عرف بذلك وثبت صدور الحيلة منه مرات متعددة، فيكون من كل ما سبق بينة تثبت دعوى الشفيع، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إذا خلت دعواه عن ذلك، فيكون القول قول المشتري بيمينه لما استدل به أصحاب القول الأول.

ثمرة الخلاف:

أن من قال: إن القول قول المشتري بلا يمين، فإنه يعتبر دعوى الشفيع غير موجودة، وأن المشتري بمجرد إنكاره يدفعها، وأما من قال: إن القول قول المشتري بيمينه، فإن المشتري إذا نكل أو أقر بدعوى الشفيع، فإن الشفعة تثبت له.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو خلاف الفقهاء في تحريم الحيلة لإبطال الشفعة، فمن لم يقل بتحريمها قال بتقديم قول المشتري بلا يمين، ومن قال بتحريمها قال بتقديم قول المشتري بيمينه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة واضحًا جليًا، وذلك أن قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) هي أحد أهم مستندات الاتفاق وأدلتها، وتأديتها إلى القول محل الاتفاق ظاهرة؛ فإن الأصل في العاقد أن يقصد ما عقد عليه لا الحيلة التي هي عارضة فيكون الأصل عدمه؛ لأن (الأصل في الأمور العارضة العدم)، فيقدم قول المشتري لتمسكه بهذا الأصل.

المطلب الثالث

الاختلاف مع المستودع في التعدي والتفريط^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا ادعى المودع على المستودع التعدي أو التفريط، فقال المودع: «لقد تعديت في حفظ الوديعة وختتها بأن تصرفت فيها بما لا يجوز» أو قال: «إنك قصرت في حفظها بما تحفظ فيه عادة»، وأنكر ذلك المستودع، وخلا قول كل منها عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(٢) على تقديم قول المستودع بيمينه على في التعدي والتفريط.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٨٠).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٥/٥٤٩)، روضة الطالبين: (٤/٢٨٦)، نهاية المحتاج: (٦/١١٢-١١٣، ١٣٠)، الشرح الكبير والإنصاف: (١٦/٥٤، ٥٥)، كشاف القناع: (٤/١٨٠) مع عدم نص الحنفية على اليمين.

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدتهم نصوا عليه يدل دلالة قوية على عدم خروج مذهب المالكية عن هذا القول، وذلك أنهم قدموا قول المودع بيمينه في أنه رد العين سالمة بعد أن انتفع بها بلا إذن، وأنها تلفت بعد ذلك وعليه =

واستدلوا: بأن الأصل عدم التعدي والتفريط؛ إذ لم يضع المودع الوديعة عند المستودع إلا لأنه أمين لديه لا يفرط ولا يتعدى، وعليه يبقى هذا الأصل حتى يقيم المودع بينة تنقل عنه، ويقدم قول المستودع بيمينه؛ لأنه يتمسك بهذا الأصل والانتقال عنه عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم^(١)؛ كما يقبل قول الوكيل بنفي التعدي والتفريط^(٢).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة ظاهر بين، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها أثرت بصراحة في الاتفاق، فإن مستند اتفاق الفقهاء على الحكم في هذه المسألة كان تمسكهم بأن الأصل عدم التعدي والتفريط الطارئ على أصل الأمانة؛ لأن (الأصل في العارضة العدم).

الوجه الثاني: أنها أثرت تأثير غير مباشر، وذلك بإلحاق هذه المسألة بمسألة اختلاف الوكيل والموكل في تعدي الوكيل وتفريطه فكما يقبل قول الوكيل بيمينه يقبل قول المودع بيمينه في هذه المسألة.

= فلا يضمنها؛ فإنه رغم تعديه بانتفاعه بالوديعة بلا إذن إلا أن قوله قدم، وعليه فإن المسألة محل البحث أولى بهذا الحكم، وذلك لعدم ثبوت التفريط والتعدي من المودع (ينظر: منح الجليل: (٢٧/٧))، على خلاف عندهم في المسألة الأصل ينظر فيه: التوضيح: (٦/٤٦٨-٤٦٩)، وحكى الاتفاق في هذه المسألة من المراجع السابقة: نهاية المحتاج، الإنصاف.

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٦/١١٣)، كشاف القناع: (٤/١٨٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٦/٥٤).

المطلب الرابع

الاختلاف في أصل الجعل^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهياً:

صورة المسألة:

إذا اختلف الجاعل والعاقل في أصل الجعل - وهي التسمية -، فقال أحدهما: «إن الجاعل سمي جعلاً لهذا العمل»، وأنكر الآخر ذلك، وخلا قول كل منهما عن بينة من شهادة أو إقرار أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن القول المقدم قول منكر اشتراط الجعل وتسميته بيمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٢٠٦/٤).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٣٠-٣١/٨)، نهاية المحتاج: (٤٧٩/٥)، تحفة المحتاج: (٣٨٠-٣٧٩/٦)، مغني المحتاج: (٦٢٦/٣)، أسنى المطالب: (٤٤٣/٢).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٧٢/١٦)، كشاف القناع: (٢٠٦/٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٢٨٤/٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن النافي إذا كان الجاعل، فإنه منكر اشتراط الجعل وتسميته، والأصل براءة ذمته مما ادعى العامل، فيتمسك بهذا الأصل حتى يثبت ما يوجب الانتقال عنه^(١).

٢- أن الأصل عدم اشتراط الجعل وتسميته، فإنه طارئ يوجد الجاعل وضياع ملكه دونه، فلا ينتقل عن الأصل إلا ببينة^(٢).

وأما الحنفية والمالكية، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة:

فأما الحنفية، فلعل ذلك يرجع إلى أنهم ينازعون في مشروعية عقد الجعالة في رد الأبق، وعليه فلا يصح هذا العقد عندهم في غيره، وعندهم رد الأبق مسمى جعله^(٣)، وعليه فلا يرد الاختلاف في التسمية عندهم.

وأما المالكية، فأقرب ما وجدته: اختلاف الجاعل والمجعول له في عمل المجعول له بسبب سماعه الجاعل، فادعاه العامل، وأنكره الجاعل، فعندهم يكون القول قول الجاعل^(٤)، ويكون للعامل جعل مثله، فلعل الأقرب لمذهب المالكية أن يكون كذلك بتقديم قول نافي التسمية، ويكون للعامل

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٣٠-٣١/٨)، نهاية المحتاج: (٤٧٩/٥)، أسنى المطالب:

(٢/٤٤٣)، الشرح الكبير: (١٧٢/١٦).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤٧٩/٥)، تحفة المحتاج: (٣٨٠/٦)، مغني المحتاج: (٦٢٦/٣)،

أسنى المطالب: (٤٤٣/٢)، كشف القناع: (٢٠٦/٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي:

(٢٨٤/٤).

(٣) ينظر: المبسوط: (١٨/١١)، البناية: (٣٤٧-٣٤٨/٧)، تبيين الحقائق: (٢٢٧/٦)،

وينظر: تبيين الحقائق: (٣٠٨/٣)، حاشية ابن عابدين: (٤٠٢-٤٠٣/٦)، ففيها مزيد

تفصيل.

(٤) ينظر: منح الجليل: (٦٧/٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (٦٤/٤).

جعل مثله، ويؤيده أن الجاعل والعاقل إذا اختلفا - بعد سماع العاقل قول الجاعل - فادعى الجاعل أن العاقل عمل على قول الجاعل، وأنكر ذلك العاقل، فيقدم قول العاقل^(١)، وكذلك اختلفهما في سعي العاقل في الرد، بأن أنكره الجاعل، وادعاه العاقل، فيقدم قول الجاعل^(٢)، فكذلك هنا.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أثراً ظاهراً وبارزاً على هذه المسألة، ويظهر ذلك من وجوه:

الوجه الأول: أن أغلب من نص على هذه المسألة نص عليها دليلاً على ترجيح قول منكر التسمية والاشتراط^(٣).

الوجه الثاني: أنها عمدة أدلة القول بتقديم قول منكر التسمية والاشتراط، وإليها ترجع بقية الأدلة، وذلك لأن قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) أعم من قرينة: (الأصل براءة الذمة)، وهما الدليلان اللذان استدل بهما على القول الوارد في هذه المسألة، فبذلك يكون الاستدلال راجعاً لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم).

الوجه الثالث: أثرها الظاهر على ترجيح قول منكر التسمية والاشتراط، فإن التسمية والاشتراط عارض لا يوجد إلا بأمر يطرأ على الحال الأصلية، فيكون الأصل فيه العدم، ويقدم قول منكره؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

(١) ينظر: الذخيرة: (٦/٧-٨). (٢) ينظر: المرجع السابق: (٦/٢٢).

(٣) تنظر: مراجع توثيق الدليل الثاني.

المبحث الثامن

أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على
التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على
التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية^(١)



إن الباحث في الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية يجد لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) تطبيقات، ومما وقفت عليه ما يلي:

١- المادة الثالثة من نظام الإثبات، ونصها: «١- البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. ٢- البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل».

وذلك لأن الأصل في دعوى المدعي العدم، لأن ما يدعيه من الأمور العارضة، فكان لا بد فيها من بينة؛ لإثبات خلاف هذا الظاهر والأصل، وتكون اليمين لإبقاء (الأصل في الأمور العارضة العدم) والتمسك به.

٢- المادة العاشرة بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يتجزأ الإقرار على صاحبه فلا يؤخذ منه الضار به ويترك الصالح له، بل يؤخذ جملة واحدة، إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى».

(١) وأما المبادئ القضائية، فلعل ما ذكر في الفصل الأول يصلح أن يكون تطبيقاً لقرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، وذلك لما سبق في أول هذا الفصل من عموم هذه القرينة لقرينة: (الأصل براءة الذمة).

ولائحتها ذات الرقم: (٢/١١٠)، ونصها: «الإقرار المكون من واقعتين كل واحدة منهما حصلت في زمن غير الزمن الذي حصلت فيه الواقعة الأخرى يتجزأ على صاحبه كاشتغال الإقرار على الوفاء مع الإقرار بالحق». وهو ما بقي عليه نظام الإثبات في مادته الثامنة عشرة في فقرتها الثانية، ونصها: «لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلى إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتمًا وجود الوقائع الأخرى».

ففيما سبق أن الإقرار المركب، وهو ما اشتمل على أكثر من واقعة وكان وجود الواقعة محل الدعوى لا يستلزم وجود غيرها من الوقائع، أو كانت في زمن غير الزمن الذي وقعت فيه الواقعة المقرَّب بها؛ كما لو كانت الدعوى بسداد دين، فأقر به المدعى عليه وادعى السداد، فإن الإقرار يتجزأ على صاحبه، فيقبل إقراره بالواقعة محل الدعوى دون غيرها^(١)، وما ذلك إلا لأن الواقعة محل الدعوى ثبتت، والوقائع الأخرى طارئة وعارضة على الواقعة محل الدعوى، فلا تقبل إلا بينة؛ لأن (الأصل في الأمور العارضة العدم).

٣- المادة الثانية والأربعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «إذا أنكر من نسب إليه مضمون ما في الورقة خطه أو توقيعه أو بصمته أو ختمه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكانت الورقة منتجة في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتهما لاقتناع المحكمة بمدى صحة الخط أو التوقيع أو البصمة أو الختم، فللمحكمة إجراء المقارنة تحت إشرافها بوساطة خبير أو أكثر تسميهم في قرار المقارنة».

(١) ينظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات؛ لابن خنين: (١/٥٥٢-٥٥٣).

بين النظام في هذه المادة الإجراءات المتبعة عند إنكار من نسب إليه مضمون الورقة^(١)، فجعل للمحكمة أن تقوم بإجراء المقارنة لإثبات صحة الخط أو التوقيع أو البصمة أو الختم، أو الاكتفاء بوقائع الدعوى ومستنداتها إذا أقنعت المحكمة بصحة النسبة المذكورة؛ وما ذلك إلا لأن الأصل عدم صدورهما ممن نسبت إليه، ذلك لأن صدور الخط أو التوقيع أو البصمة أو الختم عارض الأصل فيه العدم.

٤- كما وردت بإحدى صيغها في نظام المعاملات المدنية، فقد نصت المادة العشرون بعد السبعمئة على أنه: «دون الإخلال بما تقضي به المادة (الأولى) من هذا النظام، تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تعارض فيه مع النصوص النظامية مع مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، وهي: ... القاعدة الحادية عشرة: الأصل في الصفات العارضة العدم» مما يدل على أهميتها وتأثيرها وسعة تطبيقها؛ إذ إنها مما يغطي بعمومها ما لم تتناوله النصوص النظامية الأخرى في نظام المعاملات المدنية.

(١) ينظر في تفصيل ذلك: الكاشف في شرح نظام المرافعات؛ لابن خنين: (٢/٦٦-٦٧)، التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية؛ لـ: د. نبيل الجبرين: (٢/١٠٠٩-١٠١٢).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية^(١)



الدعوى:

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد فلدي أنا (...). القاضي في المحكمة العامة بمحافظة جدة، وبناء على المعاملة المحالة إلينا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة برقم ٣٤٥٢٣٥٣ وتاريخ ٠٢/٠٢/١٤٣٤ هـ المقيدة بالمحكمة برقم ٣٤١٤٩٧٢٢ وتاريخ ١٨/٠١/١٤٣٤ هـ حضر (...). (...). الجنسية بموجب البطاقة البديلة ذات الرقم (...).، وحضر لحضوره (...). (...). الجنسية بموجب الإقامة ذات الرقم (...).، فادعى مدعي الإعسار بواسطة المترجم (...). (...). الجنسية بموجب الإقامة ذات الرقم (...). قائلاً: (إن للمدعى عليه بذمتي مبلغاً، وقدره مائة وسبعون ألف ريال، ثابتة علي بموجب الصك ذي الرقم ١٧/٢٠٠/١٠٦ في ١٤/٠٣/١٤٢٩ هـ، الصادر من فضيلة سلفكم الشيخ (...).، المصدق من محكمة الاستئناف بقرارها ذي الرقم ١٠٧٦/١/١/ج في ٠٥/٠٧/١٤٢٩ هـ، وقد تقدمت بدعوى أمام فضيلة سلفكم أيضاً طلبت فيها إثبات إعساري، وتم الحكم بصرف النظر عن دعواي بموجب الصك ذي الرقم ٢٣٠/١٧/٢٠٠ في ٢٦/١٢/١٤٢٩ هـ، وصدق من محكمة

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام: ١٤٣٥ هـ: (٤/٢١٢-٢١٦).

الاستئناف بقرارها ذي الرقم ٥٥٩ / ١ / ١ / ج في ٢٠ / ٣ / ١٤٣٠ هـ ونظرًا لأنني أدخلت السجن بتاريخ ٢٧ / ١١ / ١٤٢٧ هـ، وبقيت فيه حتى اليوم، ولا أملك مالًا ثابتًا ولا منقولًا، أطلب إثبات إعساري وإنظاري إلى ميسرة. هذه دعواي). وقد كانت جرت الكتابة لمحكمة الاستئناف للتوجيه حيال نظر دعوى الإعسار مرة أخرى بموجب خطابنا ذي الرقم ٣٣٩٥٠٩٨٩ في ٠٨ / ١١ / ١٤٣٣ هـ، فعادت إلينا المعاملة بخطاب فضيلة رئيس محكمة الاستئناف ذي الرقم ٣٣٢٠١١٠٣٩ في ٠٥ / ٠١ / ١٤٣٤ هـ، وبرفقه القرار ذو الرقم ٣٣٤٧٦٢٣٢ في ٢٢ / ١٢ / ١٤٣٣ هـ، ونص الحاجة منه: (وبدراسة المعاملة فإنه لا مانع من سماع دعوى إثبات الإعسار؛ لأن المواد الخاصة بإثبات الإعسار في نظام المرافعات الشرعية لم تستثن أحدًا في إثبات الإعسار، سواء ثبت الحق بجناية أو غيرها، وتنظر من قبل القاضي الخلف بإحالة جديدة).

الإجابة:

وبعرض الدعوى على المدعى عليه قال: (ما ذكره المدعي في دعواه كله صحيح، سوى ما ذكره من أنه معسر، فهو غير صحيح، ولا أعرف له مالًا ثابتًا ولا منقولًا، ولا أوافق على إثبات إعساره. هذه إجابتي).

المرافعة:

فجرى سؤال مدعي الإعسار: هل لديه بينة تثبت صحة دعواه؟ فقال: (نعم، ومستعد بإحضارها في الجلسة القادمة)، وفي جلسة أخرى حضر الطرفان والمترجم (...) (...) (...) الجنسية بموجب الإقامة ذات الرقم (...) والمترجم (...) (...) (...) الجنسية بموجب الإقامة ذات الرقم (...), وبسؤال

مدعي الإعسار عن البينة التي وعد بإحضارها قال: (إنني سجين، وليس لدي شهود خارج السجن، ولدي شهود تعرفت عليهم في السجن، وأطلب الإمهال لإحضارهم). هكذا أجاب، وبإفهامه بأنه لا بد أن يكون الشهود من ذوي الحجا من قومه قال: (إنني أدخلت السجن منذ سبع سنوات تقريبا، وجميع من أعرفهم من قومي قد غادروا إلى بلدي). هكذا أفاد، فعرضت عليه اليمين التي هذا نصها: (والله الذي لا إله إلا هو ولا رب سواه إنني معسر، ولا أملك مالا ثابتا ولا منقولاً، ولا أستطيع سداد المبلغ المحكوم به علي لصالح المدعى عليه ولا بعضه والله العظيم)، وجرى وعظه وتخويله من عاقبة اليمين الكاذبة، فاستعد ببذلها، ثم حلف قائلاً: (والله الذي لا إله إلا هو ولا رب سواه إنني معسر، ولا أملك مالا ثابتا ولا منقولاً، ولا أستطيع سداد المبلغ المحكوم به علي لصالح المدعى عليه ولا بعضه والله العظيم) هكذا حلف.

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وما جرى من سجن المدعى عليه لمدة تقارب سبع سنوات استظهاراً لحاله؛ ولأن هذه المدة تعد قرينة ودليلاً قوياً وكافياً على عدم استطاعته وقدرته على سداد الدين؛ إذ لو كان لديه المبلغ المحكوم به عليه وقدره مائة وسبعون ألف ريال لما أخفاه طوال هذه المدة، قال ابن القيم **رَحْمَةُ اللَّهِ فِي** الطرق الحكمية: (فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد في القرائن الحالية والمقالية كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام - أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه؛ اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله)؛ ولأن البينة اسم لما أبان الحق

وأظهره لا سيما أن الأصل في الإنسان هو الفقر والعدم وعدم الملك، وبناء على اليمين التي حلفها مدعي الإعسار المقوية لجانبه، ونظرًا لعدم القدرة على مخاطبة البنوك والمؤسسات المالية للإفادة عن أرصدة مدعي الإعسار لكونه مجهول الهوية ليس له رخصة إقامة، ونظرًا لعجز مدعي الإعسار عن إحضار بيعة تشهد بإعساره من قومه ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(١).

الحكم:

لذا كله فقد ثبت لدي أن مدعي الإعسار (...) أجنبي معسر، وألزمتم المدعى عليه (...) بإنظاره إلى ميسرة، وبه حكمت، وبعرض الحكم على المدعى عليه قرر عدم القناعة، وطلب التمييز، فأجيب لطلبه، وجرى إفهامه بتعليمات الاعتراض، وباللغة التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه، وسلم حرر في ١٩/١١/١٤٣٤هـ.

الاستئناف:

وفي جلسة أخرى افتتحت، وفيها حضر الطرفان والمترجم (...) (...) الجنسية بموجب رخصة الإقامة ذات الرقم (...) (...) الجنسية بموجب رخصة الإقامة ذات الرقم (...)، وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف، وبرفقها القرار ذو الرقم ٣٥١٢٢٩٧٦ في ٢٢/٠١/١٤٣٥هـ، ونص الحاجة منه: (وبدراسة الحكم وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية قررنا إعادتها لفضيلة حاكم القضية لملاحظة: أولاً -ذكر المدعى عليه في إجابته على الدعوى أن ما ذكره المدعي كله صحيح،

(١) سورة البقرة، من الآية ذات الرقم: (٢٨٠).

سوى ما ذكر من أنه معسر فغير صحيح، فعلى فضيلته سؤاله البينة على أنه موسر وغير معسر. ثانيًا - لا مانع من أن يحضر المدعى عليه شهودا من السجن، على ألا يكونوا سجناء في قضايا أخلاقية وقضايا تسقط العدالة. لملاحظة ما ذكر وإجراء ما يلزم)، وبعرض الملاحظات على الطرفين قال المدعى عليه: (ليس لدي بينة تثبت أن مدعي الإعسار موسر وغير معسر، ولا أعرف عن حاله شيئاً) هكذا قرر، وقال مدعي الإعسار: (إنه ليس لدي شهود سوى بعض السجناء الذين تعرفت عليهم في السجن بعد إيقافي، وهم ليسوا من قومي ولا من أقاربي، ولا أعرف شهودا غيرهم) هكذا قرر، فبناء عليه وما قرره المدعى عليه من أنه لا يعلم لمدعي الإعسار ما لا ثابتا ولا منقولاً، وليس لديه بينة تثبت ملاءة مدعي الإعسار، ولأن الشهود الذين ذكرهم مدعي الإعسار لو حضروا وشهدوا فليس لشهادتهم تأثير؛ ذلك أنهم لم يعرفوا مدعي الإعسار إلا في السجن؛ مما يعني جهلهم بحاله، كما أنهم ليسوا من ذوي الحجا من قومه كما نص على ذلك المصطفى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث قبيصة بن المخارق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «**إِن الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ إِلَّا لثَلَاثَةٍ**»، وذكر منهم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ، فَقَالَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ: لَقَدْ أَصَابَتْ فَلَانًا فَاقَةٌ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يَصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ**»^(١)؛ لذا فلم يظهر لي خلاف ما أجرته لا سيما أنه قد جرى استظهار حال مدعي الإعسار سبع سنوات ونصف، وحلف على دعواه مع انضمام ذلك إلى أصل الفقر وعدم الملك، وقررت إعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف

(١) لم أجده بهذا اللفظ، ولكن أخرجه مسلم بلفظ: «**لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةٌ**»، ولفظ: «**حَتَّى يَقُومَ ثَلَاثَةٌ**»، كتاب الزكاة، (ص ٣٦٤)، برقم: (١٠٤٤) - ١٠٩ [٢٤٠٢].

حسب النظام، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه،
وسلم حرر في ١٢/٠٧/١٤٣٥هـ.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد، فقد جرى
منا نحن -قضاة الدائرة الجزائية الأولى في محكمة الاستئناف بمنطقة مكة
المكرمة -الاطلاع على المعاملة الواردة من فضيلة رئيس المحكمة العامة
بمحافظة جدة برقم ٣٤١٤٩٧٢٢ وتاريخ ٢٠/٧/١٤٣٥هـ، المرفق بها
القرار الصك ذو الرقم ٣٤٣٦٤١٣٠ والتاريخ ٢٠/١١/١٤٣٤هـ، الصادر
من فضيلة الشيخ (...)(...) القاضي بالمحكمة العامة بجدة، المتضمن طلب
إثبات إعسار (...)(...) الجنسية المحكوم فيه بما دون باطنه، وبدراسة
الحكم وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية قررنا الموافقة على الحكم بعد
الإجراء الأخير، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أثر القرينة على الحكم القضائي:

إن أثر قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)** على هذا الحكم
القضائي يتمثل في أنه أحد أهم أسبابه الذي بني عليها، فإن هذا الحكم بني
- في إثبات الإعسار - على السجن لاستظهار الحال، واستصحاب أن
الأصل عدم الملك، مع اليمين، والثاني هو عينه التمسك بقرينة: **(الأصل في
الأمور العارضة العدم)**، فإن الملك عارض، والإنسان يولد لا يملك شيئاً،
فيطراً عليه الملك، فيكون القول قول من ينفيه؛ لأن **(الأصل في الأمور
العارضة العدم)**.

الفصل الرابع

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)

وفيه تمهيد، وخمسة مباحث:

المبحث الأول: اختلاف رب المال والمضارب بين القرض والقراض بعد الخسارة.

المبحث الثاني: اختلاف المالك والساكن بين التأجير والاستئجار.

المبحث الثالث: اختلاف المالك والقابض بين العارية، أو الإجارة، أو الغصب بعد تلف العين.

المبحث الرابع: اختلاف المالك والقابض بين الوديعة والعارية.

المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) تتكون من ثلاثة مصطلحات رئيسة، (الأصل)، و(القابض لمال غيره)، و(الضمان)، وفيما يأتي بيانها:

المصطلح الأول: (الأصل):

وقد سبق التعريف به في التمهيد، ولعل المقصود به هناك هو المقصود به هنا، وهو القاعدة المستمرة.

المصطلح الثاني: (القابض لمال غيره):

لغة: إن هذا المصطلح مكون من ثلاث مفردات:

الأولى: (القابض):

اسم فاعل من (قَبَضَ) قال ابن فارس: «القاف والباء والضاد أصل واحد صحيح يدل على شيء مأخوذ وتجمع في شيء... وأما القَبْضُ الذي هو الإسراع، فمن هذا أيضًا؛ لأنه إذا أسرع جمع نفسه، وأطرافه... ومن الباب: انقَبَضَ عن الأمر وتَقَبَّضَ: إذا اشْمَأَزَّ»^(١).

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (قبض): (٥/٥٠).

ولد (القابض) في اللغة معان، منها^(١):

١- السائق السريع السوق^(٢)، والطائر السريع الطيران.

٢- قبضه بيده: تناوله بيده.

٣- قبض عليه: أمسكه.

٤- قبض يده عنه: امتنع عن إمساكه.

ولعل الأقرب من هذه المعاني هو المعنى الثاني والثالث.

الثانية: (مال):

وهو كل ما فيه منفعة مقصودة يُعتدُّ بها شرعاً يكون لها ثمن في حال الاختيار.

الثالثة: (غَيْرُه):

غَيْر: من حروف المعاني، وقيل: إنها بمعنى: سَوَى^(٣)، قال ابن فارس: «الغين والياء والراء أصلان صحيحان يدل أحدهما على صلاح وإصلاح ومنفعة، والأخر على اختلاف شيئين... ومن هذا الباب الغيرة: غيرة الرجل على أهله. تقول غرت على أهلي غيرة، وهذا عندنا من الباب؛ لأنه صلاح ومنفعة.»

(١) ينظر: مقاييس اللغة؛ مادة: (قبض): (٥ / ٥٠)، لسان العرب؛ مادة: (قبض):

(١٢ / ١١)، القاموس المحيط؛ مادة: (قبض): (ص ٦٥١).

(٢) وسمي بذلك لأن السائق للإبل يقبضها أي: يجمعها إذا أراد سوقها. ينظر: لسان

العرب؛ مادة: (قبض): (١١ / ١٢).

(٣) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (غير): (١١ / ١٠٧).

والأصل الآخر: قولنا: هذا الشيء غير ذلك، أي هو سواه وخلافه، ومن الباب الاستثناء بغير، تقول: عشرة غير واحد، ليس هو من العشرة...»^(١)، ولا تتعرف بالإضافة لشدة إبهامها^(٢).

ولـ(غير) في اللغة معان منها^(٣):

١- أن تكون استثناء، نحو: ما جاءني غيرك على معنى ما جاءني إلا أنت.

٢- أن تكون اسمًا غير تابع، نحو: مررت بغيرك.

٣- أن تكون نعتًا، أو بدلًا، أو بمعنى: (لا)، نحو: فلان غير محسن

ولا مجمل.

ولعل الأقرب من هذه المعاني هو الأصل الآخر المذكور في كلام ابن فارس، والمعنى الثاني المذكور أخيرًا، يليه: الثالث، فإن المقصود به مال من سوى القابض.

المقصود من هذا المصطلح: هو الحائز أو المتمكن^(٤) من كل ما فيه

منفعة مقصودة يعتد بها شرعًا يكون لها ثمن في حال الاختيار مما يكون لسواه.

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (غير): (٤/٤٠٣-٤٠٤).

(٢) ينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (غير): (ص ٤٥٣).

(٣) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (غير): (١١/١٠٧)، القاموس المحيط؛ مادة: (غير): (ص ٤٥٣).

(٤) ينظر: القبض الحقيقي والحكمي؛ للدكتور: نزيه حماد: (٦/١١١-٧١٢).

المصطلح الثالث: (الضمان):

لغة: مصدر: (ضمن) قال ابن فارس: «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه... والكفالة تسمى ضماناً من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»^(١).

ولـ(الضمان) في اللغة معان، منها:

١- الضمان والضمانة بمعنى: الزمانة^(٢).

٢- الكفالة^(٣).

٣- الغرم والالتزام: تقول: ضَمَّنْتُ الشَّيْءَ تَضْمِينًا فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي: أَي غَرَمْتُهُ فَالْتَزَمَهُ^(٤).

ولعل المقصود من هذه المعاني هو المعنى الثالث، ثم الثاني.

اصطلاحاً: يطلق الضمان عند الفقهاء على معان^(٥)، منها:

- (١) مقاييس اللغة؛ مادة: (ضمن): (٣/ ٣٧٢).
- (٢) ينظر: النهاية؛ مادة: (ضمن): (٢/ ٩٤)، وهو الداء في الجسد من بلاء أو كبر. ينظر: لسان العرب؛ مادة: (ضمن): (٩/ ٦٥)، وقد ناقش ابن فارس أنه أحد معاني الضمان في مقاييس اللغة؛ مادة: (ضمن): (٣/ ٣٧٢)، فليراجع.
- (٣) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (ضمن): (٩/ ٦٤)، القاموس المحيط؛ مادة: (ضمن): (ص ١٢١٢).
- (٤) ينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (ضمن): (ص ١٢١٢).
- (٥) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: (٢٨/ ٢١٩-٢٢٠)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء؛ للدكتور: نزيه حماد: (ص ٢٩١-٢٩٣)، ربح ما لم يضمن؛ للدكتور: مساعد الحقييل: (ص ٤٣).

- ١- ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، وإطلاق الضمان على هذا المعنى هو عند المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).
- ٢- غرم الإنسان ما قبضه أو باشره أو تسبب فيه من الإتلافات والغصوب والعيوب والتغيرات الطارئة^(٤)، وذلك إما برده أو برد بدله، ويدخل فيه ضمان الأنفس بالديات وصيد الحرم ونحوه.
- ٣- الالتزام بالقيام بعمل، نحو: التزام الشريك في شركة الأبدان بالقيام بعمل شريكه^(٥).
- ٤- تحمل تبعة الشيء ومسؤولية هلاكه^(٦).

والمقصود من هذه المعاني المعنى الثاني، ولا يبعد المعنى الرابع.

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة كمركب إضافي:

أن القاعدة المستقرة والمستمرة في الحائز أو المتمكن من كل ما فيه منفعة مقصودة - يعتد بها شرعاً يكون لها ثمن في حال الاختيار - مما يكون لسواها: أنه يغرمها إما بردها أو برد بدلها، فمن ادعى في الحائز المتمكن عدم

- (١) ينظر: التوضيح: (٢٩٢/٦)، مواهب الجليل: (٤٧٣/٥).
- (٢) ينظر: مغني المحتاج: (١٩٨/٣)، أسنى المطالب: (٢٣٥/٢).
- (٣) ينظر: المقنع: (٥/١٣)، كشاف القناع: (٣/٣٦٢-٣٦٣)، والمذكور هو نص تعريف الضمان عند الموفق.
- (٤) ينظر: تبين الحقائق: (٢٣٦/٥)، الذخيرة: (٢٦٠/٨)، نهاية المحتاج: (١٤٨/٥)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (١٣٥/٤، ١٧٠).
- (٥) ينظر: مجمع الأنهر: (٧٢٦-٧٢٧)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٥٩٢/٣).
- (٦) ينظر: المبسوط: (٩/١٣)، تبين الحقائق: (٣/٣١٨)، منح الجليل: (١٦١/٧)، الحاوي الكبير: (٥/٢٢١)، كشاف القناع: (٤/١٠٠).

الغرم فعليه البينة، وأما من ادعاه، فإنه يرجح قوله وتكون اليمين بجانبه، وسواء في ذلك كون الحيازة بإذن؛ كالمستعير والمستقرض، أم بغير إذن كالغاصب والسارق^(١).

(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة؛ لعطية رمضان: (ص ٥٢٩)، وينظر تفاصيل الضمان المتعلق بالقبض: قواعد ابن رجب مع شرحها لابن عثيمين: (١/٣٢٢-٣٤٤)، وكذلك ينظر في معارضتها لقاعدة: (الأصل عدم الضمان): معلمة زايد: (١٤/٤٠٦).

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقرينة



تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق الفقهاء^(١) على أن الأصل الضمان في القابض لمال غيره بلا إذن.

ثانياً: اختلف الفقهاء فيما هو الأصل في القابض لمال غيره بإذن صاحبه^(٢) على قولين:

القول الأول: أن الأصل في قبضه أنه أمانة غير مضمون بغير تعد أو تفريط، وأن القبض ليس من أسباب الضمان، وهو مذهب الحنفية^(٣)، وبعض المالكية^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢)، درر الحكام: (٢/٢٥٥)، شرح المنهج المنتخب: (٢/٥٦١)، نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣)، قواعد ابن رجب: (١/٣٢٢)، كشاف القناع: (٣/٥٢٣).

(٢) ولا يرد هنا مسألة ضمان الأمين، فإن عقد الأمانة المحض في هذه المسألة لم يثبت، وكونه بإذن لا يلزم منه عدم الضمان مطلقاً، فإن العين المستأجرة تقبض بإذن صاحبها مع ضمان منافعتها، والقرض يقبض بإذن صاحبه وهو مضمون، وسيرد - إن شاء الله تعالى - في مسائل الفصل ما يبين كيفية تطبيقها ونطاقه بشكل أوضح.

(٣) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢)، درر الحكام: (٣/٣٦٥).

(٤) وهو أشهب؛ قال في التوضيح: (٧/٩١): «ورأى أشهب أن وضع اليد تارة يكون مع الضمان وتارة يكون مع عدمه فهو أعم من الضمان، فلا يستلزمه ولا يؤخذ المقر بأكثر مما أقر به».

واستدلوا: بأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن صاحبه، ثم صاحب المال يدعي الضمان، والقابض ينكر، فكان القول قوله^(١).

القول الثاني: أن الأصل في قبضه أنه قبضه على وجه مضمون على القابض، وهو مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

واستدلوا^(٥) بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٦).

٢- قوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾^(٧).

وجه الاستدلال: أن الله عزَّ وجلَّ أمر في هاتين الآيتين بأداء الأمانة إلى أهلها، ومن صور أداء الأمانة إلى أهلها ضمان المال المقبوض برده إلى أهله^(٨).

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٥/٧٥). (٢) ينظر: شرح المنهج المنتخب: (٢/٥٦١).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣). (٤) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٤).

(٥) لم أجد من تناول الاستدلال لهذه القرينة بنصها، ولكن وجدت من جعلها إحدى صيغ القاعدة الفقهية: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)، أو إحدى الضوابط المتولدة عنها، فما ذكرته من أدلة، فهي مما استدل به لهذه القاعدة. ينظر: موسوعة القواعد الفقهية؛ لعطية رمضان: (ص ٥٣٠-٥٣١)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي؛ ل: د. علي الندوي: (١/١٢٢)، معلمة زايد: (١٤/٢٩٧).

(٦) سورة النساء، الآية (٥٨).

(٧) سورة البقرة، الآية (٢٨٣).

(٨) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: (٦/٤٢٤-٤٢٧)، وفيه تفصيل لدلالة الآية على ضمان عقود الأمانة فراجع، معلمة زايد: (١٤/٣٠١)، موسوعة القواعد الفقهية؛ لعطية رمضان: (ص ٥٣١).

٣- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن هذه الآية دلت بمفهومها على وجوب رد الأموال إلى أصحابها، ومن ذلك ضمانها وعدم حبسها عن أصحابها^(٢).

٤- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٣).

٥- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن هاتين الآيتين وغيرهما دلتا على القصاص في الحقوق التي أخذت بغير وجه حق، ومن هذه الحقوق المال، فيكون لمن أخذ منه أن يضمن المعتدي الآخذ لهذا المال^(٥) مثل ما اعتدى عليه^(٦).

ويمكن أن يناقش: بأن هذا الدليل أخص من القرينة؛ إذ الدليل منصب على ما أخذ على وجه الاعتداء.

ومن السنة:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٧).

(١) سورة البقرة، الآية (١٨٨).

(٢) ينظر: معلمة زايد: (١٤/٣٠١). (٣) سورة النحل، الآية (١٢٦).

(٤) سورة البقرة، الآية (١٩٤).

(٥) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية؛ لعطية رمضان: (ص ٥٣٠).

(٦) ينظر: جامع البيان: (١٤/٤٠١، ٤٠٦)، زاد المسير: (ص ١١٣، ٨٠٠).

(٧) أخرجه أحمد في مسنده في مسند البصريين، من حديث سمرة بن جندب، (٢/٤٨٠)،

برقم: (٢٠٣٤٦/٢٠٠٨٦)، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب في تضمين

العارية، (ص ٦٠٢)، برقم: (٣٥٥٨)، واللفظ لهما، وأخرجه الترمذي في سننه وقال

عنه: هذا حديث حسن صحيح في كتاب البيوع عن رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، باب ما =

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث هو عمدة القائلين بأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان^(١) بل جعله بعضهم قاعدة فقهية مستقلة، وجعل القريئة المذكورة فرعاً عنها^(٢)، ودالاتها على القريئة بتقدير الضمان، ليكون الحديث بعد التقدير: (على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه)^(٣).

ونوقش: بعدم دلالة الحديث على الضمان، وأن التقدير لا حاجة له؛ فإن الحديث دال على وجوب رد وأداء ما أخذت اليد دون ذكر للضمان^(٤).

وأجيب: بأنه يتعذر فهم الحديث دون تقدير، ويدل لذلك أن المناقشة المذكورة قدر فيها التأدية بأن: (على اليد تأدية ما أخذت)، والمقدر إما أن يكون الضمان أو الحفظ أو التأدية، ولا يصح هنا تقدير التأدية؛ لأنها في الحديث هي الغاية: (حتى تؤديه)، والشيء لا يكون غاية لنفسه، فلزم أنه لا بد من تقدير إما الضمان أو الحفظ^(٥).

ورد على هذه الإجابة: بأنه لا يصح أي من التقديرين المذكورين أيضاً، فإنه إذا قدر الضمان، فلا بد من تقييده بعدم وقوع التفريط عملاً بالقاعدة التي اتفق عليها أكثر الفقهاء، وهي قولهم: (المؤتمن غير ضامن ما لم يفرط)، وإذا

= جاء في أن العارية مؤداة، (ص ٣٠١)، برقم: (١٢٦٦)، وابن ماجه في سننه في كتاب الصدقات، باب العارية، (ص ٤٠٩)، برقم: (٢٤٠٠)، وحسنه الأرئوؤوط لغيره في تحقيقه على المسند: (٢٧٧/٣٣).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٠٦/١٥).

(٢) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية؛ لعطية رمضان: (ص ٥٣٠-٥٣١)، موسوعة القواعد والضوابط؛ ل: د. علي الندوي: (١٢٢/١)، معلمة زايد: (٢٩٧/١٤).

(٣) ينظر: معالم السنن: (٣/١٧٥)، نيل الأوطار: (١١/١٨)، وينظر فيه الاختلاف في التقدير.

(٤) ينظر: بذل المجهود: (١١/٢٨٦). (٥) ينظر: نيل الأوطار: (١١/١٨).

قدر الحفظ وجب على من بيده الوديعة والعارية الضمان فرط أو لم يفرط، وهذا مخالف لما عليه أكثر الفقهاء فإن الغرم لا يكون إلا بالتعدي والتفريط، وعليه يكون الحديث مقيداً عمومه بعدم ضمان المؤمن ما تلف بشيء خارج عن إرادته من غير تعد ولا تفريط جمعاً بينه وبين قاعدة: (المؤمن غير ضامن ما لم يتعد أو يفرط)^(١).

ويجاب عن هذا الرد من وجهين:

الوجه الأول: بأن هذا الرد تضمن تقدير الضمان والحفظ مع تخصيص عمومها بالقيود المذكور، وعليه فهو متضمن التسليم بلزوم التقدير.

الوجه الثاني: أن ما ذكر من الرد، فإنه يلزم عند تطبيق الحديث والقرينة مع ثبوت عقد الأمانة الذي لا ضمان فيه، والاتفاق على أن القابض فيه غير ضامن، وصورة تطبيق القرينة هي عند عدم ثبوت تحديد عقد الأمانة بأنه من العقود التي فيها ضمان أو العقود التي لا ضمان، وأما الاتفاق على أن القابض فيها غير ضامن، فهذا لا يسلم في كل عقود الأمانة.

٢- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعباً أو جاداً، فمن**

أخذ عصا أخيه فليردها إليه»^(٢).

(١) ينظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه؛ للدكتور: محمد إسماعيل: (ص ٢٥٨-٢٥٩)، ودعوى أنه قول أكثر الفقهاء نقلاً عن المرجع المذكور.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده في مسند الشاميين، حديث يزيد أبي السائب بن يزيد، (٢/٢٧٨-٢٧٩)، برقم: (١٨١٠٥) (١٧٩٤٠)) وما بعده، وأبو داود في سننه في كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء من مزاح، (ص ٨٣٤)، برقم: (٤٩٩٥)، والترمذي واللفظ له وقال عنه: حسن غريب في كتاب الفتن عن رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً، (ص ٤٨٨)، برقم: (٢١٦٠)، وصححه لغيره الألباني في صحيح سنن الترمذي: (٢/٤٥٤-٤٥٥)، والأرنؤوط في تحقيقه للمسنَد: (٢٩/٤٦١).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر من أخذ عصا غيره أن يردها إليه، وردها يكون برد عينها إن كانت باقية أو بدلها إن كانت تالفة، وهو الضمان المقصود بهذه القرينة، وضرب المثال بالعصا مع أنه من الأشياء التالفة؛ ليعلم أن ما كان فوقه فهو أجدر بهذا الحكم^(١).

٣- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوجب أداء الأمانة إلى المؤمن^(٣)، وأداؤها يكون برد عينها إن كانت باقية أو بدلها إن كانت تالفة، وهو الضمان المقصود بهذه القرينة، وعليه فإذا اختلفا في العقد الذي بينهما هل هو عقد ضمان أو عقد أمانة، فيرجح قول من يقول بعقد الضمان؛ لأن فيه أداء الأمانة^(٤).

٤- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٥).

(١) ينظر: مرقاة المفاتيح: (٦/ ١٥٠-١٥١)، موسوعة القواعد الفقهية؛ لعلية رمضان: (ص ٥٣٠)، معلمة زايد: (١٤/ ٣٠١).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده في مسند المكين، حديث رجل عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، (٢/ ١٦- ١٧)، برقم: (١٥٥٠٢/ ١٥٤٢٤))، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، (ص ٥٩٩)، برقم: (٣٥٣١، ٣٥٣٢)، والترمذي في سننه وقال عنه: حسن غريب في كتاب البيوع عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب، (ص ٣٠٠)، برقم: (١٢٦٤)، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي: (٢/ ٣٦)، وحسنه الأرئوط وغيره في تحقيقه على المسند: (٢٤/ ١٥٠).

(٣) ينظر: سبل السلام: (٣/ ١٦٣). (٤) ينظر: معلمة زايد: (١٤/ ٣٠٢).

(٥) جزء من حديث أخرجه أحمد في مسنده في مسند آل العباس بن عبد المطلب، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، (١/ ٢٨١)، برقم: (٢٨٦٧/ ٢٨٦٥))، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (ص ٤٠٠)، برقم: (٢٣٤٠)، وقد حسنه النووي في الأذكار: (ص ٥٢٧)، وابن رجب في جامع العلوم والحكم: (ص ٢٨٧)، والألباني في إرواء الغليل برقم: (٨٩٦)، والأرئوط في تحريجه للمسند: (٥/ ٥٥).

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث دل على مشروعية رفع الضرر، ودفعه، وعدم رجوع العين لصاحبها ضرر، فيرفع هذا الضرر برد عينها إن بقيت أو بدلها، ويرجح قول من يتمسك بهذا الأصل^(١).

من المعقول:

١- أن من مقاصد الشريعة حفظ المال، ومن وسائل حفظه ضمان المال المأخوذ، وبغير الضمان لا يتحقق حفظ المال، فكان ضمان الآخذ مال غيره محققاً لهذا المقصد^(٢).

٢- ما استقر عند العقلاء من أن آخذ الشيء اعتداء يستحق المؤاخذة ويجب عليه الضمان، وكذلك استدامة القبض غير المأذون فيها تجعل القابض معتدياً، وإن كان أصل قبضه مأذوناً فيه^(٣).

الترجيح والموازنة:

بالنظر في أدلة القولين يتبين أن القول الأول بنى عدم الضمان على أن الآخذ كان بإذن صاحب المال، وهذا وجد في كثير من العقود ورغم ذلك وجد الضمان كما في القرض والإجارة، وعليه فلا يسلم أن مجرد الإذن

(١) ينظر: شرح القواعد الفقهية؛ للزرقا: (ص ١٦٥)، الممتع في القواعد الفقهية: (ص ٢١٢ -

٢١٤)، موسوعة القواعد الفقهية؛ لعطية رمضان: (ص ٥٣٠).

(٢) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية؛ لعطية رمضان: (ص ٥٣٠).

(٣) ينظر: معلمة زايد: (١٤ / ٣٠٢).

مسقط للضمان، وأما أدلة القول الثاني، فعلى ثلاثة أنواع: النوع الأول: يدل على ضمان اليد المعتدية، وهذا خارج محل النزاع، فإنه متفق عليه بين الفقهاء كما سبق، النوع الثاني: يدل على وجوب رد الأمانات، فهي وإن خصصت بعقود الأمانة المحضة وغيرها؛ كالوديعة، والمضاربة، فإن هذا لا يمنع من إعمالها في غيرها؛ خصوصاً أن حقوق العباد مبنية على المشاحة، والعقد الذي يسقط الضمان بثوته لم يثبت، فيرجع إلى أصل وجوب رد ما قبضه الإنسان، والنوع الثالث: تحقيق مقاصد الشريعة من رفع الضرر عن صاحب المال، وحفظه، خصوصاً في الأزمنة المتأخرة التي شاع فيها إضاعة الحقوق والتلاعب والتحايل، واحتاج صاحب الحق وولي الأمر - لإرجاع الحقوق لأصحابها - إلى استعمال القوة عن طريق التنفيذ والسجن والشرط مما يجعل الأخذ بهذا الأصل راجحاً، وعدم الالتفات إلى من يدعي عدم الضمان ما لم يرد دليل خاص، فيُقدم على هذا الأصل.

ثمره الخلاف:

هو الخلاف بين أصحاب القول الأول والقول الثاني في مسائل سيرد بعضها في ثنايا مباحث هذا الفصل.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو الخلاف في الإذن هل يقتضي عدم الضمان بإطلاق، أو لا يقتضيه، فمن قال بأن الإذن يقتضي عدم الضمان بإطلاق لم يقال بهذا الأصل، ومن قال: بأن الإذن لا يقتضي عدم الضمان بإطلاق جعل: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

المبحث الأول
اختلاف رب المال والمضارب بين القرض
والقراض بعد الخسارة^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي:
(٣/٥٨٧-٥٨٨).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا خسر المال المدفوع للعامل أو تلف أو ضاع، فقال رب المال: «كان قرصًا»، وقال العامل: «بل كان قراضًا مضاربة» أو «بضاعة»، وخلا قولهما عن بيعة من إقرار أو شهادة، أو وجدًا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الاختلاف إن كان بعد عمل المضارب في المال المدفوع إليه، فإن القول المقدم قول رب المال، وإن كان الاختلاف قبل العمل، فالقول قول المضارب، وهو مذهب الحنفية^(١)، وقول بعض المالكية^(٢)، وبعض الشافعية^(٣).

(١) ينظر: المبسوط: (٩٣/٢٢-٩٤)، تبيين الحقائق: (٧٥/٥)، البناية: (١٠٣/١٠)، حاشية ابن عابدين: (٤٥١/٨)، والتفصيل المذكور ورد في المرجع الأول والأخير، وأما غيرها فاقترنت على تقديم قول المضارب.

(٢) وهو أشهب ينظر: النوادر والزيادات: (٢٨٤/٧)، التبصرة: (٥٣٠٣/١١)، الذخيرة: (٤٩/٦)، التوضيح: (٩١/٧).

(٣) ينظر: تحفة المحتاج: (١٠٤-١٠٥).

واستدلوا بالتالي:

أما على تقديم قول رب المال بعد عمل المضارب:

١- أن الإذن في العمل في المال مستفاد من ربه، فكان القول قوله في صفته^(١).

٢- أن عمل العامل في ملك الغير موجب للضمان، والعامل يدعي أنه كان نائباً عن رب المال في العمل، ورب المال ينكر هذه النيابة، فكان القول المقدم قوله^(٢).

ونوقش: بأنهما تصادقا على أن عمل العامل كان بإذن رب المال، وذلك بتسليط العامل على المال وتسليمه له^(٣).

وأجيب: بأن رب المال يدعي أن عمل العامل لنفسه في مال نفسه، فإذا لم يثبت الملك له لا يكون عاملاً بإذن رب المال - كما ادعى العامل -، فيكون عاملاً في ملك غيره بلا إذن، وذلك سبب للضمان^(٤).

٣- أن القرض يرد على المضاربة، فيجعل كأن رب المال ضاربه ثم أقرضه، فيصح بذلك، ولا يصح العكس؛ لأن المضاربة لا ترد على القرض^(٥).

(١) ينظر: المبسوط: (٩٣/٢٢).

(٢) ينظر: المبسوط: (٩٣/٢٢)، الذخيرة: (٤٩/٦)، تحفة المحتاج: (١٠٥/٦).

(٣) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢).

(٤) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢)، الذخيرة: (٤٩/٦).

(٥) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢).

وأما على تقديم قول المضارب قبل العمل: أنهما اتفقا على أن قبض المال بإذن ربه، وهذا غير موجب للضمان، فلم يبق موجب للضمان على العامل سوى دعوى رب المال، والعامل ينكرها، والأصل براءة ذمته، فكان القول المقدم قوله^(١).

القول الثاني: أن القول المقدم قول رب المال بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن العامل مقر بقبض المال الذي هو سبب الضمان، ورب المال متمسك به، والعامل يدعي عدمه، فكان القول المقدم قول رب المال لتمسكه بهذا الأصل^(٥).

٢- أن الإذن في العمل في المال مستفاد من ربه، فكان القول قوله في صفته^(٦): بأن العامل عمل لنفسه في ملك نفسه.

(١) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢)، تبيين الحقائق: (٧٥/٥)، البناية: (١٠٣/١٠)، حاشية ابن

عابدين: (٤٥١/٨)، الذخيرة: (٤٩/٦)، تحفة المحتاج: (١٠٥/٦).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٢٨٤/٧)، التبصرة: (٥٣٠٣/١١)، التوضيح: (٩١/٧)، منح الجليل: (٣٨٠/٧).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٤٣/٥)، تحفة المحتاج: (١٠٤-١٠٥/٦)، أسنى المطالب: (٣٩٢/٢)، وجعلت هذا القول مذهب الشافعية لجزم صاحب النهاية به، واقتصار الماتن في أسنى المطالب عليه.

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٤٧/١٤)، كشاف القناع: (٥٢٤/٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٥٨٧-٥٨٨/٣).

(٥) ينظر: التوضيح: (٩١/٧)، منح الجليل: (٣٨٠/٧)، نهاية المحتاج: (٢٤٣/٥)، كشاف القناع: (٥٢٤/٣)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٥٨٨/٣).

(٦) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٤٣/٥).

القول الثالث: أن القول المقدم قول المضارب بيمينه، وهو قول عند المالكية^(١)، وقول بعض الشافعية^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن العامل ورب المال متفقان على الإذن للعامل في تحريك المال، فرب المال يقول: «حركته لنفسك»، والعامل يقول: «حركته على أنه باق في ملكك»، وعليه يكون القول قول العامل؛ لأن التصرف مأذون فيه، فلا يترتب عليه الضمان^(٣).

ونوقش: بأن رب المال يدعي أن عمل العامل لنفسه في مال نفسه، فإذا لم يثبت الملك له لا يكون عاملاً بإذن رب المال - كما ادعى العامل -، فيكون عاملاً في ملك غيره بلا إذن، وذلك سبب للضمان^(٤).

٢- أن العامل ورب المال اختلفا في ضمان العامل هذا المال، فكان القول قول العامل لأن الأصل عدم الضمان؛ إذ أن ذمة العامل وجدت بريئة عن الضمان، ورب المال يدعي طروء الضمان عليها، والعامل ينفيه فكان القول قوله^(٥).

(١) ينظر: التبصرة: (٥٣٠٣/١١)، الذخيرة: (٤٩/٦).

(٢) هم: البغوي وابن الصلاح والزرکشي. ينظر: نهاية المحتاج: (٢٤٣/٥)، تحفة المحتاج: (١٠٥-١٠٤/٦)، أسنى المطالب: (٣٩٢/٢)، وقدمه صاحب التحفة وأفتى به صاحب أسنى المطالب كما في المرجع الأخير.

(٣) ينظر: التبصرة: (٥٣٠٣/١١)، تحفة المحتاج: (١٠٤/٦)، أسنى المطالب: (٣٩٢/٢).

(٤) ينظر: المبسوط: (٩٤/٢٢)، الذخيرة: (٤٩/٦).

(٥) ينظر: أسنى المطالب: (٣٩٢/٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في ظاهر الحال، فإن وجد عقد يبين الذي بينهما، فيكون القول من يؤيد العقد دعواه، أو وجد ضمان رأس المال من العامل، فيكون القول قول رب المال؛ لأن ضمان رأس المال من خصائص القرض وليس من خصائص المضاربة، أو سبق تقسيم أرباح بين العامل ورب المال، فيقدم قول العامل، ونحو ذلك من ظاهر الحال الذي يدعم ويعضد قول أحد المتداعين، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إن خلا الأمر من هذا الظاهر، فلعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم قول رب المال بيمينه؛ لما سبق في أول هذا الفصل من ترجيح أن: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة ظاهر من الأدلة السابقة، فإن من قال بتقديم قول العامل لم يضمه المال، وأما من قال بتقديم قول رب المال جعل ضمان المال المقبوض على العامل، ومن قال بالتفصيل قال بالضمان وعدمه وفق تفصيله.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمرين:

الأول: الخلاف في: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، فمن قال به جعل الضمان على العامل، ورجح قول رب المال؛ لأنه يقتضي الأخذ بهذا الأصل، ومن لم يقل به جعل قول العامل هو المقدم؛ لأن الأصل عدم الضمان.

الثاني: أن دعوى رب المال القرض هل تتضمن الإذن في التصرف إذناً مسقطاً للضمان أم لا، فمن قال: إن الإذن الذي تضمنته دعوى رب المال القرض مسقط للضمان جعل القول المقدم قول المضارب، ومن قال: إن الإذن الذي تضمنته دعوى رب المال القرض مسقط للضمان قبل العمل دون ما بعده قال بتقديم قول العامل قبل العمل دون ما بعده، ومن قال: إنها لا تتضمن الإذن جعل المقدم قول رب المال مطلقاً.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذه المسألة



إن لقرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) أثراً ظاهراً على هذه المسألة؛ وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها أهم دليل استدل به من ذهب إلى تقديم قول رب المال، وهو جمهور الفقهاء، فأثرها على هذه المسألة لم يقتصر على مذهب واحد، بل كانت قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، هي الدافع لجمهور الفقهاء للقول بتقديم قول رب المال.

الوجه الثاني: أن الخلاف في اعتبار قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) أثر تأثيراً ظاهراً على هذه المسألة، فإن من قال باعتبارها قال بتقديم قول رب المال، ومن لم يقل باعتبارها قال بتقديم قول العامل، وهذا هو مقتضى الخلاف في اعتبارها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول، وظواهر:

فمن الأصول:

(الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، (الأصل عدم الضمان)،
 (الأصل براءة الذمة)، (الأصل في الأمور العارضة عدم)، (أن العمل في مال غير العامل موجب للضمان).

ومن الظواهر:

(أن دفع المال للعامل وتسليطه عليه دليل على إذن رب المال بتصرف
العامل فيه)، (أن من كان الإذن مستفاداً من جهته كان القول المقدم في
صفته قوله).

المبحث الثاني
اختلاف المالك والساكن بين التأجير
والاستئجار^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٤٠).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

مضت مدة على السكن في الدار، ثم اختلف الساكن مع رب الدار، فقال رب الدار: «آجرتك الدار سنة بدينار»، وقال الساكن: «بل استأجرتني على حفظها بدينار»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنهما يتحالفان، ولا يقبل قول أي منهما، وهو مذهب

الحنفية^(١).

(١) وذلك بالتخريج على مسألتين لا فرق بين المسألة محل البحث وبينهما، وهما: المسألة الأولى: ما نص عليه بقوله: «رجل ادعى على إجارته استأجرتني لأمسك السكان في سفيتك، من ترمذ إلى أمل بعشرة دراهم، وادعى عليه رب السفينة أني حملتك في سفيتي من ترمذ إلى أمل بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، والبداية بيمينتي أحدهما ليست بأولى من البداية بيمين الآخر، لاستواء حالهما في الدعوى والإنكار، فللقاضي أن يبدأ بأحدهما، وإن أقرع نفيًا للتهمة فحسن ولا أجر لكل واحد منهما على صاحبه». المحيط البرهاني: (٦١٢/٧). المسألة الثانية: ما نص عليه: «ولو ادعى رجل على آخر أني أكريتك، بغلاً من ترمذ إلى بلخ بعشرة دراهم، وادعى عليه الأجر أنك استأجرتني لأبلغه إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، =

واستدلوا: بأن حال المتداعين مستوية في الدعوى والإنكار، فرب الدار يدعي الأجرة في ذمة الساكن، والساكن ينكرها، والساكن يدعي الاستئجار والأجرة على رب الدار، ورب الدار ينكرها، وليست دعوى أحدهما بأولى من الأخرى فتحالفا^(١).

القول الثاني: أن القول قول رب الدار بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الساكن قد استوفى منفعة الدار، وهي مملوكة لربها، فكان القول المقدم قوله في ملكه^(٣).

٢- أن استئجار رب الدار الساكن، أمر عارض، والأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه، وهو قول رب الدار^(٤).

٣- أن الساكن قد قبض الدار، واستوفى المنفعة، والأصل في القابض لمال غيره الضمان، فكان القول قول من يشهد له هذا الأصل، وهو رب الدار^(٥).

= ولا أجر». المحيط البرهاني: (٦١٢/٧)، فتكون مساوية لهما، فتأخذ حكمهما. ينظر:

التخريج عند الفقهاء والأصوليين: (ص ٢٠٠)، تحرير المقال: (ص ٢٣، ٢٤).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٦١٢/٧).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٥٠٣/١٥)، كشاف القناع: (٤٠/٤).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (٥٠٣/١٥-٥٠٤).

(٤) ينظر: المرجع السابق: (٥٠٤/١٥).

(٥) ينظر: كشاف القناع: (٤٠/٤)، وفي أدلة هذا القول ملحظان: الملحظ الأول: عدم

تكرار الأدلة بين المرجعين اللذين تم التوثيق منهما، وهذا بخلاف غالب المسائل المذكورة

سابقا. الملحظ الثاني: أن نص المسألة في الكشاف: «(وإن قال) رب الدار (آجرتك الدار

سنة بدينار فقال الساكن: بل استأجرتني على حفظها بدينار فقول رب الدار) بيمينه =

وأما المالكية، والشافعية، فلم أجد لهم نصًا فيه هذه المسألة:

فأما المالكية، فأقرب ما وجدته: اختلاف المستأجر على البناء مع ربه في الأجرة، فالمستأجر يقول: «بنيت بدينار»، وره يدعي أقل من ذلك، فالقول المقدم عندهم قول ربه بيمينه إلا أن يدعي ما لا يشبهه، لأنه حائز للبناء^(١)، وعليه فلعل الأقرب لمذهب المالكية هو تقديم قول رب الدار بيمينه، لأنه حائز للعين المختلف في أجرتها أو الاستئجار لحفظها، فتلحق بالمسألة المنصوص عليها، وطردًا لقولهم بأن: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

وأما الشافعية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، وما وجدته من مسائل يبعد تخريج هذه المسألة عليها^(٢)؛ خصوصًا أن ساكن العقار يدعي الأجرة لنفسه، والأصل أن منافعه مضمونة، وعليه فلم أجد ما يمكن تخريج هذه المسألة عليه.

= إلا أن يكون للساكن بيئته، لأن الأصل براءته، والأصل في القابض لمال غيره الضمان...»، فيلاحظ هنا ذكر الاستدلال بقريضة: (الأصل براءة الذمة)، ولكن عند تأملها يتبين أن هذه القريضة استدلت بها على تقديم بيئته الساكن لا على تقديم قول رب الدار كما في صورة المسألة، وذلك لأن الساكن أقرب مذكور، وإن كان يصلح أن يكون دليلًا لتقديم قول رب الدار.

(١) ونصه: «بخلاف البناء يقول بنيت هذا البناء بدينار ويقول ربه بأقل فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه حائز لذلك إلا أن يدعي ما لا يشبهه» منح الجليل: (٤٧/٨).

(٢) ينظر مثلاً: الحاوي الكبير: (٣١٧/١٧) نص فيه على التحالف، تحفة المحتاج: (٥/٤٣٥-٤٣٦) نص فيه على تقديم قول رب الأرض، المعتمد في الفقه الشافعي:

(٣/٢٤١-٢٤٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في الظاهر وقرائن الأحوال، فإن دلت على ترجيح قول أحدهما، كما لو كانت الدار غير صالحة للسكنى إلا لمن يعمرها وكان الساكن ممن عرف بعمارة المساكن والدور، أو كان الأمن مختلاً وكان الساكن ممن يعرف بالعمل على حفظ المساكن، فيكون القول المرجح فيهما للسكنى بيمينه أنه استؤجر لعمارة الدار في الأولى، وأنه استؤجر لحفظها في الثانية، وأما في غيرها من الأحوال، فيكون القول المرجح قول رب الدار بيمينه؛ وذلك لأن الساكن استوفى منفعة الدار مدة سكناه، وقبضها، و(الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، وادعى على ربها أمراً عارضاً الأصل عدمه وبراءة ذمته منه، فلا يقبل قول إلا بينة.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة هي: أن من قال بالتحالف، فإنه لا يثبت الأجرة لرب الدار، ولا الأجر لسكانها^(١)، وأما من قال بتقديم قول رب الدار بيمينه، فإنه يغرم الساكن أجره المثل لرب الدار للمدة التي قضاه، بعد أن يحلف كل منهما على نفي دعوى الآخر^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف في هذه المسألة - والله أعلم - هو الخلاف في حجية قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، فمن قال بحجيتها رجح جانب رب الدار بيمينه، ومن لم يقل بحجيتها رأى أن كلا من المتداعين مدع

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٦١٢/٧). (٢) ينظر: كشف القناع: (٤٠/٤).

ومدعى عليه منكر دعوى الآخر، فلم يكن قول أحدهما بأولى من الآخر، فقال بتحالفهما.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) لها أثر بارز على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها عمدة تضمين المستأجر أجره المثل لرب الدار، وتقديم قول رب الدار المتضمن اعتبار هذه القرينة والأخذ بها؛ خاصة أنه استوفى المنفعة، فكان عليه ضمانها؛ لأن (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

الوجه الثاني: انعكاس الخلاف في حجية قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذه المسألة -في الجملة-، وذلك أن من لم يقل بحجيتها قال بالتحالف في هذه المسألة، وأما من قال بحجيتها فرجح القول الذي تعضده هذه القرينة.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فمن الأصول: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، (الإنكار).

ومن الظواهر:

تقديم قول المالك في ملكه وكيفية خروجه منه).

فمن رأى ترجيح جانب رب الدار بما عضد جانبه قدم قوله، ومن لم ير ذلك مرجحاً لجانب قول رب الدار قال بالتحالف.

المبحث الثالث

اختلاف المالك والقابض بين العارية، أو الإجارة، أو الغصب بعد تلف العين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف المالك والقابض بين العارية والإجارة.
المطلب الثاني: اختلاف المالك والقابض بين العارية والإجارة،
أو الغصب.

المطلب الأول

اختلاف المالك والقباض بين العارية والإجارة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا تلفت العين، فقال قابضها لمالكها: «أجر تنيها»، فقال مالكها: «بل أعرتكها»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن المقدم قول المالك يمينه إذا كان الاختلاف بعد القبض وقبل مضي مدة لها أجر وهو مذهب الشافعية، وأما إن كان هلاكها بعد مضي مدة لها أجر، فالصحيح من مذهب الشافعية: تقديم قول المالك بلا يمين إن كان الأجر والقيمة متساويان أو كانت القيمة أقل، وأما إن كانت القيمة أكثر، فيقدم قول المالك يمينه على الزائد من القيمة على الأجرة^(٢)، وهو قول بعض الحنابلة^(٣).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٧٥ / ٤).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٤ / ٥)، أسنى المطالب: (٣٣٥ / ٢).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٠٥ / ١٥ - ١٠٦).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المال تلف تحت يد القابض، ويدعي أن مالكة أذن في هذا الإتلاف، والمالك ينكره، والأصل عدم هذا الإذن؛ لأنه عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم، فيكون القول قول المالك لتمسكه بهذا الأصل^(١).

٢- أن المالك والقابض اختلفا في صفة القبض، والأصل في القابض لمال غيره الضمان، فيكون القول قول المالك يمينه لتمسكه بهذا الأصل^(٢).

٣- أن القيمة والأجرة إذا تساويا أو كانت القيمة أقل، فإن اختلاف جهة إقرار القابض عن جهة دعوى المالك لا تؤثر، وعليه يقبل قول المالك بلا يمين لعدم الحاجة إليها وعدم الفائدة منها لوجود إقرار القابض^(٣).

القول الثاني: أن المقدم قول القابض إذا كان الاختلاف بعد القبض وقبل مضي مدة لها أجر، وهو قول عند الشافعية^(٤).

واستدلوا: بأن المالك يدعي على القابض شغل ذمته بضمان هذه العين التالفة، والقابض يتمسك بأصل براءة ذمته، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل براءة الذمة^(٥).

القول الثالث: أنه إن كان هلاكها بعد مضي مدة لها أجر، فيقدم قول المالك يمينه مطلقاً، وهو قول عند الشافعية^(٦)، واحتمال عند الحنابلة^(٧).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٤ / ٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٠٦ / ١٥).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٤ / ٥)، الشرح الكبير: (١٠٦ / ١٥).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٤ / ٥).

(٥) ينظر: المرجع السابق. (٦) ينظر: المرجع السابق.

(٧) ينظر: الشرح الكبير: (١٠٦ / ١٥).

واستدلوا: بأن جهة إقرار القابض مختلفة عن جهة دعوى المالك، فإن المالك يدعي القيمة والقابض يقر بالأجرة، فيكون هذه الاختلاف مانعاً من اعتبار إقرار القابض، وعليه فيلزم يمين المالك ليحكم له بما يدعي^(١).

القول الرابع: أن القول المقدم قول المالك بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن المالك يتمسك بأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان، والقابض يدعي سقوطه، فيكون القول قول المالك بيمينه لتمسكه بهذا الأصل^(٣).

وأما الحنفية، والمالكية، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة:

فأما الحنفية، فلعل ذلك يرجع إلى عدم وجود ثمرة لهذا الخلاف عندهم، فهم لا يقولون بضمان العارية، فإن العارية عندهم أمانة غير مضمونة إلا بالتعدي أو التفريط^(٤)، فيكون عندهم قول القابض مقدم لأنه أمين.

وأما المالكية، فأقرب ما وجدته هو: عكس هذه المسألة، وهي: ما إذا ادعى القابض العارية، والمالك الإجارة، وتلفت بيد مدعي العارية، فإن كان لم يركبها لم يضمن العين ولا أجرتها، وإن كان ركبها ضمن أجرتها بيمين ربه، وعللوا ذلك بأن الأصل المعاوضة^(٥)، وعليه فلعل الأقرب لمذهب

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٤/٥)، الشرح الكبير: (١٠٦/١٥).

(٢) ينظر: الإنصاف: (١٠٥/١٥)، كشاف القناع: (٧٥/٤)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (١١٧/٤).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٧٥/٤)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (١١٧/٤).

(٤) ينظر: البناية: (١٤٢/١٠).

(٥) ونصها: «وإذا قال أعرنتها وقال ربه أكرمتها منك وتلفت بيد مدعي العارية فإن لم يركبها فلا يضمن قيمتها ولا كراءها وإن ركبها ضمن الكراء إلى الموضع بعد يمين ربه ولا يضمنها». النوادر والزيادات: (٢٣٧/٩)، وينظر: منح الجليل: (٦٩/٧).

المالكية ترجيح قول المالك حيث قيل عندهم بضمان المستعير العارية^(١)؛ لأنه الأقرب للمعاوضة، وتقديم قول المستعير حيث قيل عندهم بعدم ضمان العارية.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة: أن من قال بتقديم قول المالك فإنه يجعل ضمان العين التالفة على القابض، وأما من قال بتقديم قول القابض، فإنه لا يلزمه بضمان العين للمالك، وإنما يلزمه ضمان الأجرة له إن تلفت بعد مدة لها أجر.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: أن اختلاف جهة إقرار القابض عن جهة دعوى المالك هل هي مؤثرة، وعليه فمن قال بعدم تأثيرها جعل القول للمالك بلا يمين لعدم الحاجة إليها وعدم الفائدة منها؛ لوجود إقرار القابض، وأما من قال بتأثيرها لم يقبل قول المالك إلا بيمينه^(٢).

الأمر الثاني: تعارض قرينتين من القرائن الفقهية، وهي: قرينة (الأصل براءة الذمة)، وقرينة (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، فمن قال بترجيح قرينة الأصل براءة الذمة جعل القول المقدم للقابض، ومن قال بترجيح الأصل في القابض لمال غيره الضمان جعل القول المقدم للمالك.

(١) ينظر: في تفصيل ضمان المستعير العارية: منح الجليل: (٧ / ٥٥) وما بعدها.

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥ / ٣٩٤).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذه المسألة:

إن لقرينة: **(الأصل في القابض لمال غيره الضمان)** أثراً ظاهراً على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن قولين من الأقوال الواردة في هذه المسألة - وهما: القول الأول والقول الرابع - استدل لهما بها واعتبروها مثبتة لقولهم ومؤيدة له، كما أنها عمدة القائلين بتضمين قابض العارية، وعليه فثمره الخلاف في هذه المسألة نتيجة مباشرة للأخذ بهذه القرينة؛ وذلك أن القابض أخذ مال غيره، فيكون الأصل ضمانه لما قبضه، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا ببينة.

الوجه الثاني: أن كل من نص على هذه المسألة - فيما اطلعت عليه - قائلون بحجية قرينة: **(الأصل في القابض لمال غيره الضمان)**، مما يدل على ظهور تأثيرها وقوته على الأقوال في هذه المسألة.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول، وهي:

(الأصل براءة الذمة)، (الأصل في الأمور العارضة العدم)، (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

فمن رأى رجحان بعضها قال بمقتضاه في هذه المسألة، فنتج عن ذلك الخلاف السابق.

المطلب الثاني

اختلاف المالك والقابض بين العارية والإجارة، أو الغصب^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا تلفت العين، ومضت مدة لها أجرة، فقال مالکها لقابضها: «غصبتنيها»، وقال القابض: «بل أعرتني هذه العين» أو «أجرتنيها»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟
حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القابض إن كان استعمل العين، فالقول قول مالکها، وإن كان لم يستعملها، فالقول قول القابض، وهو مذهب الحنفية^(٢).

واستدلوا: بأن القابض إذا لم يستعمل العين، فإنه أقر بفعل المالك في ملكه، وهذا غير موجب للضمان، والمالك يدعي عليه الضمان بالغصب، والقابض ينكره، فكان القول قوله، وأما إن كان القابض استعمل العين فقد

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٧٥).

(٢) ينظر: المبسوط: (١١/١٤٩)، المحيط البرهاني: (٥/٥٦٧).

أقر بسبب الضمان وهو استعمال مال غيره بغير إذنه، وادعى الإذن في هذا الاستعمال، والمالك ينكره، فكان القول قوله^(١).

القول الثاني: أن القول المقدم قول مالك العين بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٢)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن القابض يدعي انتقال ملك منافع العين من قبل المالك، والمالك ينكر هذا الانتقال، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدم الانتقال؛ لأنه عارض والأصل في الأمور العارضة العدم^(٤).

٢- أن القابض بدعواه العارية يدعي عدم ضمان المنافع، وفي دعواه الإجارة يدعي عدم ضمان العين، والمالك يدعي الضمان، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان^(٥).

القول الثالث: أن القول المقدم قول المالك، ولكن يكون القول قول المالك بلا يمين إن كان ما يدعيه من قيمة العين التالفة أو أجرتها أقل أو مساو

(١) ينظر: المبسوط: (١١/١٤٩).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٨/٤٨٠).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/١٠٧-١٠٩)، كشف القناع: (٤/٧٥)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٤/١١٦-١١٧).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/١٠٨).

(٥) ينظر: كشف القناع: (٤/٧٥)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٤/١١٦-١١٧).

لما يضمنه القابض وفق ما أقر به، وأما إن كان ما يدعيه المالك أكثر، فيحلف للزيادة، وهو مذهب الشافعية^(١)، ووجه عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المالك يقبل قوله في أصل الإذن فكان قوله مقبولاً في صفة؛ لأن من كان القول قوله في أصل الإذن كان القول قوله في صفة^(٣).

٢- أن القابض ينكر الضمان ويدعي إذن المالك، والمالك ينكره، فيكون القول قوله؛ لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان، والأصل في الإذن عدمه؛ لأنه عارض والأصل في الأمور العارضة العدم^(٤).

٣- أن قول المالك قبل بلا يمين فيما أقر به القابض، لإقراره به، فلم يحتاج إلى يمين^(٥).

القول الرابع: أن القول المقدم قول القابض، وهو قول عند الحنابلة^(٦).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٩٢-٣٩٣/٥)، نهاية المحتاج: (١٤٢/٥-١٤٣)، تحفة المحتاج: (٤٣٦-٤٣٧/٥)، أسنى المطالب: (٣٣٥/٢)، وذلك لأن ضمان العارية يختلف عن ضمان الغصب عند الشافعية؛ ف ضمان العارية عندهم يوم تلفها، وأما العين المغصوبة فتضمن بأقصى القيم إلى يوم التلف، كما أن ضمان أجرة العين المغصوبة تكون بأجرة المثل بخلاف العين المؤجرة، فأجرتها المسمى. ينظر: تحفة المحتاج: (٤٣٦/٥-٤٣٧)، أسنى المطالب: (٣٣٥/٢).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٠٨/١٥-١٠٩).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (١٤٢/٥-١٤٣).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج: (١٤٢/٥-١٤٣)، تحفة المحتاج: (٤٣٦-٤٣٧/٥).

(٥) ينظر: أسنى المطالب: (٣٣٥/٢).

(٦) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٠٧/١٥-١٠٩).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المالك يدعي القابض عوضاً تشغل فيه ذمته، والأصل براءة الذمة فيكون القول قول القابض؛ لتمسكه بهذا الأصل^(١).

٢- أن يد القابض على العين، والظاهر أن وضعها بحق فكان القول قول صاحبها^(٢).

الترجيح:

لعل الراجح -والله أعلم- الأخذ بما دل عليه ظاهر الحال، كما لو كان المالك يرى القابض يستعمل عينه دون أن ينكر عليه ومضت على ذلك مدة طويلة تدل على الإذن للقابض باستعمال هذه العين، أو كان بينهما قرابة أو صداقة ونحوها تجعل القابض يتوسع في مال المالك، أو كان المالك من عليّة القوم وقادتهم أو ممن له سلطان، مما يستبعد معه أن يقوم القابض بغصب العين منه، ونحو ذلك مما يصدق قول القابض، فيكون حينئذ القول قول القابض بيمينه، وأما إن خلا النزاع مما ذكر، فيكون القول قول المالك وفق ما ذكره الشافعية.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من وجهين:

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/١٠٧-١٠٨).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (١٥/١٠٨).

الوجه الأول: أن من قال بتقديم قول القابض، فإنه ينفي عنه ضمان منفعة العين المعارة، وينفي عنه أيضًا ضمان العين المؤجرة، أما من قال بتقديم قول المالك فيضمن القابض العين المقبوضة ومنفعتها في الجملة^(١).

الوجه الثاني: أن من قال بتقديم قول القابض، فإنه يضمنه قيمة العين وقت تلفها في العارية، ويضمنه الأجرة المسماة في العقد، وأما من قال بتقديم قول المالك، فيضمن القابض العين وقت تلفها أو أقصى القيم من القبض إلى التلف - على خلاف بينهم -، ويضمنه أيضًا أجرة المثل للعين المغصوبة^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: الاختلاف في القبض هل هو موجب للضمان أم لا، فمن قال بأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان جعل القول المقدم لمن يدعيه، وهو المالك، وأما من لم يأخذ بهذا الأصل، فإنه يجعل الضمان مترتبًا على غير القبض من التصرف ونحوه، ويجعل قوله بالتفصيل بتقديم قول المالك عند وجود السبب الذي يراه موجبًا للضمان، وينفي الضمان عند عدم وجود هذا السبب، ويقدم قول القابض، ومن لم ير في التصرف والقبض سببًا للضمان تمسك بأصل براءة الذمة، وجعل القول للقابض وعضده بأن وضع اليد يظهر منه أنها بحق.

(١) ينظر: الإنصاف: (١٥/١٠٧-١٠٨).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج: (٥/٤٣٦-٤٣٧)، الإنصاف: (١٥/١٠٧-١٠٨).

الأمر الثاني: الاختلاف في ضمان العين المغصوبة هل يختلف عن ضمان العين المعارة، فمن جعل ضمان العين المغصوبة مختلفاً عن ضمان العين المعارة ورد عليه احتمال زيادة أحدهما عن الآخر، فجعل على المالك اليمين عند زيادة ضمان قيمة العين المغصوبة على العين المعارة، ولم يجعل عليه اليمين عند عدم زيادتها، وذلك بخلاف من لم يفرق بينهما، فلم يقل بهذا التفصيل^(١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) ظاهر جلي على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الخلاف في حجيتها واعتبارها ملق بظلاله وتأثيره على هذه المسألة، فمن قال باعتبارها رجح قول المالك؛ لأن دعواه تتضمن تضمين القابض، فيرجح قوله؛ (لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، وأما من لم يقل باعتبارها، فإنه يرجح قول القابض، أو يرجح قول المالك لوجود سبب آخر للضمان غير القبض.

الوجه الثاني: أن الأخذ بها واعتبار تأثيرها على هذه المسألة لم يقتصر على القول به مذهب واحد، بل نص عليه الشافعية والحنابلة كما يظهر ذلك من أدلتهم، وبذلك يكون كثير ممن نص على المسألة محل البحث نص على هذه القرينة دليلاً ومؤثراً عليها.

(١) ينظر: تحفة المحتاج: (٥/٤٣٦-٤٣٧)، الإنصاف: (١٥/١٠٧-١٠٩).

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فمن الأصول:

(الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، (الأصل في الأمور العارضة
العدم)، (الأصل براءة الذمة).

ومن الظواهر:

أن يد القابض على العين تدل على أن وضعها بحق.

المبحث الرابع
**اختلاف المالك والقابض
بين الوديعة والعارية^(١)**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/ ٧٥-٧٦).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا اختلف القابض والمالك، بعد انتفاع القابض بالعين المقبوضة، فقال القابض: «أعرتني هذه العين»، فقال المالك: «بل أودعتك»، أو كان بالعكس بأن قال المالك: «أعرتك هذه العين»، فقال القابض: «بل أودعتني»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) إلى أن القول المقدم قول المالك يمينه. واستدلوا: بأن القابض يدعي قبضه مال غيره على وجه يسقط الضمان عنه، والمالك يدعي القبض على وجه الضمان، فيقدم قول المالك؛ لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان^(٣).

(١) فقد ذهبوا في الاختلاف بين المالك والقابض بين الغصب والوديعة بأن ادعى المالك الغصب والقابض الوديعة بأن القول المقدم قول المالك يمينه (ينظر: مغني المحتاج: (٣/٣٣٣)، أسنى المطالب: (٢/٣٣٥))، فما دونه من دعوى المالك العارية أو الوديعة أولى بالقبول عندهم، وما نص عليه الشافعية هو قياس قول الحنابلة. ينظر: شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/١١٧).

(٢) ينظر: الإنصاف: (١٥/١٠٩)، كشف القناع: (٤/٧٥-٧٦)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/١١٧).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٤/٧٥-٧٦)، شرح منتهى الإرادات؛ للبهوتي: (٤/١١٧).

وأما الحنفية والمالكية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة:
فأما الحنفية، فلعل ذلك يرجع إلى عدم اختلاف آثار عقد العارية عن
عقد الوديعة - في الجملة -، فهما من عقود الأمانة يقبل فيهما قول القابض،
ولا يضمن فيهما القابض إلا إذا تعدى أو فرط إلا أنه يرد على ما ذكر أن
الحنفية - كما يظهر من المسألتين السابقتين - ضمنوا القابض إذا كان التلف
بعد استعماله، وعليه فلعله يقال باستثناء ما يتفرع عن ذلك، فيقدم قول المالك
إذا ادعى الوديعة وادعى القابض العارية وكان الهالك بعد استعماله العين
المقبوضة.

وأما المالكية فطرد أصلهم، وما ذكر لهم من أقوال في المسائل السابقة،
وما نصوا عليه من أن الأصل في القابض لمال غيره الضمان، وأن خروج
العين من يد مالكها لا على وجه الضمان خلاف الأصل^(١): هو تقديم قول من
يقتضي قوله ضمان القابض، فيقدم قول المالك، فلعله أن يكون الأقرب
لمذهب المالكية.

(١) ينظر: الذخيرة: (١٤٨/٩).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) بين الظهور قوي الأثر؛ فهو الدليل الوحيد الذي وجدت من نص على هذه المسألة استدل به، فإن مقتضى تقديم قول المالك تضمين القابض العين أو منفعتها^(١)، فكان قوله مقدماً أخذاً بهذه القرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

(١) ولكن يرد هنا إشكال، وهو أن دعوى المالك ليست دائماً هي الأكثر ضماناً، وذلك لأن دعواه العارية تقتضي تضمين القابض العين فقط، بخلاف دعوى الوديعة فهي تتضمن تضمين القابض المنفعة والعين؛ لأنه بمخالفته الأمانة أصبح في حكم الغاصب، فلو قيل بتقديم قول مدعي الوديعة مطلقاً، لكان الأخذ بهذه القرينة أوسع وأكثر اطراداً. ينظر في أثر دعوى الوديعة والعارية: كشاف القناع: (٤/ ٧٥-٧٦).

المبحث الخامس

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على التطبيق القضائي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



وردت بصيغة تقاربها في نظام المعاملات المدنية، فقد نصت المادة العشرون بعد السبعمئة على أنه: «دون الإخلال بما تقضي به المادة (الأولى) من هذا النظام، تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تعارض فيه مع النصوص النظامية مع مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، وهي: ... القاعدة الثالثة والثلاثون: على اليد ما أخذت حتى تؤديه» مما يدل على أهميتها وتأثيرها وسعة تطبيقها؛ إذ إنها مما يغطي بعمومها ما لم تتناوله النصوص النظامية الأخرى في نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على التطبيق

القضائي في الأحكام القضائية



الحكم الأول^(١):

الدعوى:

الحمد لله وحده وبعد، فلدي أنا (...) القاضي في المحكمة العامة بمحافظة جدة، وبناء على المعاملة المحالة إلينا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة/ المساعد برقم: ٣٣٦٨١٣٠٤ وتاريخ: ٢٩ / ١١ / ١٤٣٣ هـ، المقيدة بالمحكمة برقم: ٣٣٢١٣٩٩٥٨ وتاريخ: ٢٩ / ١١ / ١٤٣٣ هـ، وفي يوم الثلاثاء الموافق: ٠٩ / ٠٤ / ١٤٣٤ هـ افتتحت الجلسة الساعة (١٠:٠٠)، وفيها حضر المدعي (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...) بصفته وكيلًا عن (...) وذلك حسب الوكالة الصادرة من كتابة العدل الثانية بمكة المكرمة برقم: ٣٣٤٠٨٩٩٢، وتاريخ: ٢٣ / ١١ / ١٤٣٣ هـ، وباطلاعي عليها وجدتها تخوله إقامة الدعوى وحق المرافعة والمدافعة وسماع الدعوى والرد عليها أ.هـ ولم يحضر المدعى عليه (...) ولا من يمثله شرعًا، وقد جرت الكتابة لمحافظ محافظة جدة للبحث والتحري بخطابي رقم: ٣٣٢٢٣٧٨٦، وتاريخ: ٠٥ / ٠١ / ١٤٣٤ هـ، فورد الجواب برقم: ٣٣٠٤، وتاريخ: ١٧ / ٠٢ / ١٤٣٤ هـ

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام: ١٤٣٥ هـ: (٢/٤٢٣-٤٢٦).

والمتضمن ما يلي: أنه تم البحث والتحري عن المذكور إلا أنه لم يتم العثور عليه حتى تاريخه، كما تم الاتصال على جواله في أكثر من مرة إلا أنه لم يتم الرد من قبله. هـ وطلب المدعي وكالة السير في الدعوى، وادعى قائلاً: بأنه بتاريخ ١٣/ شعبان/ ١٤٣٣ هـ الموافق ٣/ ٧/ ٢٠١٢ م قام موكلي بدفع مبلغ (٣٤٠٠٠ ريال) أربعة وثلاثين ألف ريال للمدعى عليه ليقوم بشراء سيارة (...). موديل (٢٠١٠) لموكلي، وذلك بموجب الحوالة التي بعثها موكلي عن طريق المدعو: (...). وقد طلب منه تحويلها على حساب المدعى عليه في البنك: (...). رقم: (...). وقد طلب المدعي عليه من موكلي بعث هويته الوطنية لتسجيل السيارة باسم موكلي فقام على هذا الأساس بسداد جميع مخالفاته المرورية تمهيداً لنقل السيارة التي ذكر لموكلي، كما أن السيارة وصلت إلى جدة من المستودعات في حائل إلى اسم موكلي، إلا أن المدعى عليه لم يرد على جواله وأخذ في المماطلة وتجاهل كافة اتصالات موكلي المتكررة له، ولم يرقم بتوفير سيارة ولا إعادة المبلغ المالي له، لذا فإني أطلب ما يلي: ١ - إلزام المدعى عليه بإعادة كامل المبلغ المشار إليه. ٢ - تعويضي عما خسرتة من مبالغ مالية لقاء مطالبتي للمدعى عليه مبلغ (١٥٠٠٠ ريال) خمسة عشر ألف ريال، هذه دعواي.

المرافعة:

وبطلب البينة من المدعي وكالة قال كان الاتفاق شفهيًا ولكن يوجد من حول المبلغ ثم حضر المدعو (...). (...). الجنسية بموجب الإقامة رقم (...). وبسؤاله عما لديه قال: أنا حولت مبلغًا وقدره: ٣٤ ألف ريال استلمتها من المدعي أصالة وطلب مني إيداعها لحساب المدعى عليه من البنك (...). للمدعى عليه ثم قدم ورقة إيداع صادرة من البنك (...). برقم: ٦٩٩٦٧٣،

وتاريخ: ٢٠١٢/٠٧/٠٣م نقدي بمبلغ أربعة وثلاثين ألف ريال لحساب (...). أ. هـ، عليه ولا انتهاء وقت الجلسة جرى تحديد موعد يوم الأربعاء ٢٩/٠٥/١٤٣٤ هـ الساعة التاسعة. ثم في الموعد المحدد افتتحت الجلسة الثانية الساعة التاسعة، وفيها حضر المدعي أصالة (...). سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...).، وقدم الإعلان عن خصمه في جريدة (...). الصادرة برقم: ٢٠٤٥٢ بتاريخ ١١ ربيع الآخر ١٤٣٤ هـ وطلب الحكم الغيابي.

الأسباب:

فبناء على ما جاء في الدعوى والإجابة، ولقول النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»^(١).

الحكم:

فقد قررت ما يلي: إلزام المدعى عليه بإعادة المبلغ الذي استلمه وقدره أربعة وثلاثون ألف ريال وبه قضيت، ثم قرر المدعي القناعة واحتفظ بحقه في المطالبة في الأضرار بدعوى أخرى، والمدعى عليه على دعواه متى شاء وحضر بخصوص ما ذكر، وقررت بعث نسخة من صك الحكم بعد تسجيله للمدعى عليه ليقدم اعتراضه خلال المدة المقررة نظاماً وهي ثلاثون يوماً من تاريخ تبلغه بالحكم، وإذا مضت مدة الاعتراض ولم يقدم اعتراضه فيكتسب الحكم القطعية ويعد غيابياً في حق المدعى عليه حسب المواد ١/٥٥، و٤/١٧٦، و١٧٨ من نظام المرافعات ولوائحه التنفيذية.

(١) سبق تخريجه.

الاستئناف:

وفي يوم الخميس الموافق: ١١ / ٠١ / ١٤٣٥ هـ افتتحت الجلسة الساعة الثامنة والربع وكانت المعاملة قد عادت من محكمة الاستئناف بقرارها رقم: ٣٤٢٥٧٨٧٢، في: ٠٣ / ٠٧ / ١٤٣٤ هـ والمتضمن بعد المقدمة ما نصه: وبدراسة الصك وصورة ضبطه تقرر إعادتها لفضيلة حاكمها لملاحظة أن فضيلته قرر بعث نسخة من الحكم بعد تسجيله للمدعى عليه ليقدم اعتراضه، ولم يبين فضيلته ماذا تم في ذلك فعلى فضيلته ملاحظة ما ذكر. قاضي استئناف ختم وتوقيع (...) قاضي استئناف ختم وتوقيع (...) قاضي استئناف ختم وتوقيع (...) وعليه أجيب أصحاب الفضيلة بأنه قد وردنا خطاب شرطة جدة برقم: ١١ / ٢٢٢٩٢ في ٢٤ / ١٢ / ١٤٣٤ هـ، والمتضمن أنه بالرجوع إلى الحاسب الآلي طرفنا اتضح أن عنوان المذكور جدة حي (...) وبالبحث والتحري عنه ميدانياً لم يتم العثور عليه حتى تاريخه كما جرى الاتصال على جواله رقم (...) واتضح أنه مقفل أ.هـ، وعليه فقد قررت إعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف، وعليه جرى التوقيع، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في ١١ / ٠١ / ١٤٣٥ هـ.

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد: فقد جرى منّا نحن رئيس وأعضاء الدائرة الحقوقية السادسة في محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة الاطلاع على هذا الحكم الصادر من فضيلة الشيخ (...) القاضي بالمحكمة العامة بمحافظة جدة، والمسجل بعدد ٣٤٢٣٦١٩٩ وتاريخ ١٠ / ٦ / ١٤٣٤ هـ، المتضمن دعوى (...) ضد (...)، المحكوم فيه بما دون باطنه، وبدراسة الحكم وصورة ضبطه تقرر بالأكثرية الموافقة على الحكم بعد الإجراء الأخير جواباً على قرار الدائرة رقم ٣٤٢٥٧٨٧٢ تاريخ

٣/٧/١٤٣٤ هـ، والله الموفق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أثر القرينة على الحكم القضائي:

إن أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) على هذا الحكم يظهر من خلال استدلال فضيلته على تضمين المدعى عليه بحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١)، وهي إحدى صيغ قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)، وأحد القواعد الفقهية التي تندرج هذه القرينة تحتها؛ وجعلها مستنداً للحكم على المدعى عليه بطلب المدعي ومرجحة جانبه.

الحكم الثاني^(٢):

الدعوى:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وبعد: ففي يوم الثلاثاء: ٧ رمضان ١٤٣٩ هـ عقدت الدائرة التجارية الحادية والعشرون جلستها في مقر المحكمة التجارية بالرياض بتشكيلها التالي: القاضي حبيب بن مجري القحطاني رئيساً، القاضي محمد بن علي السلطان عضواً، القاضي أحمد بن محمد العبود عضواً، وبحضور عبد الله بن عبد الرحمن الناصر أميناً للسفر، وذلك لنظر هذه القضية المحالة للدائرة بتاريخ: ٢٤ ذو القعدة ١٤٣٨ هـ، وبعد الاطلاع على أوراق القضية، وسماع الدعوى، والإجابة، والمداولة، أصدرت الدائرة الحكم الآتي: (الوقائع) تتلخص

(١) سبق تخريجه.

(٢) حكم منشور في البوابة القضائية العلمية التابعة لوزارة العدل برابط:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/14979>.

وقائع هذه القضية بالقدر اللازم للحكم فيها أن المدعي أصالة تقدم بصحيفة دعوى للدوائر التجارية بالمحكمة الإدارية بالرياض: تلخصت في أنه سلم المدعى عليه مبلغاً وقدره (٣٠٠٠, ٠٠٠) ريال ليستثمرها له، إلا أنه لم يقم بشيء من ذلك، ويطلب إلزامه بإعادته له، وبعد أن تم قيد الأوراق قضية بالرقم الوارد في مستهل هذا الحكم أحيلت لهذه الدائرة، فباشرت نظرها على النحو المثبت في محاضر الضبط، ففي الجلسة المنعقدة في: ٢٢ ذو الحجة ١٤٣٨ هـ استمعت الدائرة للدعوى والتي لم تخرج عما ورد في صحيفتها، ثم سألت المدعي عن نصيب كل طرف من الأرباح فقال: إنه لم يتم تحديده، فقررت رفع الجلسة للمداولة، وأصدرت حكمها القاضي: بعدم اختصاص ديوان المظالم ولائياً بنظر هذه الدعوى، فقدم المدعي اعتراضه على الحكم أمام محكمة الاستئناف فقررت دائرة الاستئناف التجارية الثانية في محكمة الاستئناف بالرياض قبول الاعتراض شكلاً، وإلغاء حكم الدائرة الحادية والعشرون بالمحكمة الإدارية بالرياض المؤرخ في: ٢٢/١٢/١٤٣٨ هـ وإعادة القضية للدائرة مصدرة الحكم للنظر في موضوعها. وذلك لأن الحكم مبني على تعليمات أصبحت منسوخة بما صدر عن المجلس الأعلى للقضاء من تعليمات ثم أعيدت القضية إلى هذه الدائرة بتاريخ: ٢٥ جمادى الأولى ١٤٣٩ هـ فجرى نظرها حسبما هو مبين في محاضر الضبط، حيث حددت الدائرة لها جلسة يوم: ١٧ رجب ١٤٣٩ هـ للنظر فيها، وفيها حضر أطراف الدعوى أصالة، واستمعت الدائرة للدعوى فلم تخرج عما ورد في صحيفتها.

الإجابة:

وبتسليم صورة من الصحيفة ومرفقاتها للمدعى عليه طلب مهلة للرد. وفي الجلسة المنعقدة في ٢٤ رجب ١٤٣٩ هـ قدم المدعى عليه مذكرة جوابية تتلخص في أن ما ادعاه المدعي من أنه استلم المبلغ لكي يستثمره غير صحيح، وأنه استلم المبلغ لكي يسلمه بطلب من المدعي إلى (...)، وليس له علاقة فيما تم بين الطرفين، وطلب في ختام مذكرته رد الدعوى لعدم وجاهتها.

المرافعة:

وفي الجلسة المنعقدة في ١٥ شعبان ١٤٣٩ هـ قدم المدعي مذكرتين تتلخص في أنه لا علم لديه بالأشخاص الذين ذكرهم المدعى عليه في مذكرته، وأن المدعى عليه هو من استلم المبلغ وطلب إلزامه بإعادته، كما تلخصت المذكرة الثانية في أنه لم يوقع ولم يفوض بالتوقيع على العقد الذي أحضره المدعى عليه في هذه القضية. وبعرض المذكرات على المدعى عليه قال: ما ذكره المدعي غير صحيح وأطلب إحضار الشاهد والذي يشهد بأن (...). ذهب إليه وطلب تسليم المبلغ الذي معه إلى (...). ثم قدم مذكرة من صفحة واحدة دفع فيها بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى، فقررت الدائرة تأجيل نظر القضية لدراستها. وفي جلسة اليوم استوضحت الدائرة من المدعى عليه عن الوقائع التي يريد إثباتها بالشهادة فقال: إن الواقعة المراد إثباتها هو أن المدعي قبل أن يأتيني ذهب (...). وطلب منه استلام المبلغ وتسليمه لـ (...). لاستثماره، فأفهمته الدائرة بأن له يمين المدعي على نفي ما دفع به، فقط أطلب يمينه، فجرى عرض اليمين على المدعى عليه فاستعد

بأدائها، فحلف بالله قائلاً: بعد إذن الدائرة له (والله العظيم إنني سلمت المدعى عليه مبلغاً وقدره ٣٠٠,٠٠٠ ريال لكي يستثمرها هو شخصياً وليس ليسلمها إلى (...)) ليستثمرها) ثم قرر الأطراف اكتفاءهم بما تقدم، وعليه قررت الدائرة: رفع الجلسة للمداولة، وصدر عنها هذا الحكم مبنياً على ما يلي:

الأسباب:

وحيث طلب المدعي إعادة رأس المال المقدم إلى المدعى عليه لكي يستثمره، وحيث قررت محكمة الاستئناف إعادة القضية إلى هذه الدائرة للنظر في موضوعها؛ فإن الدائرة وبناءً على المادة (الخامسة والثلاثين) و(الثانية والتسعين بعد المائة) من نظام المرافعات الشرعية، وما استقرت عليه أحكام القضاء التجاري في نهاية الأمر على اختصاص المحاكم التجارية بنظر قضايا الشراكات وإن كانت فاسدة؛ فإنها تقرر السير في الدعوى والنظر في موضوعها باعتبار أن المحكمة التجارية مختصة بنظرها. وعن موضوع الدعوى: وحيث أنكر المدعى عليه استلامه المبلغ ليستثمره للمدعي، وإنما كان استلامه له ليسلمه لـ (...). بعد أن طلب المدعي ذلك منه، وحيث أنكر المدعي هذا الدفع، وبما أن الأصل في القابض لمال غيره الضمان، وكان القول هو قول دافع المال فيما دُفع به في حين عدم البينة، وبما أن المدعى عليه لا بينة له على هذا الدفع، وحيث كانت الوقائع التي يريد إثباتها بالشهادة غير منتجة في الدعوى، وحيث نصت المادة (الأولى بعد المائة) من نظام المرافعات الشرعية على وجوب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها؛ وبناءً على المادة (الحادية والعشرون بعد المائة) من نظام المرافعات الشرعية تقرر عدم سماع شهادة الشاهد؛ لعدم تأثيرها في

الدعوى نفيًا أو إثباتًا. وحيث توجهت اليمين على المدعي على نفي هذا الدفع، وطلب المدعى عليه تحليفه، وحيث أدى المدعي اليمين طبقًا لما طُلب منه؛ فإن الدائرة تلزم المدعى عليه بأداء مبلغ المطالبة على نحو ما سيرد في المنطوق. (ولهذه الأسباب)

الحكم:

حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليه (...) سجل مدني رقم (...) بأن يدفع للمدعي (...) سجل مدني رقم: (...) مبلغًا وقدره (٣٠٠٠, ٠٠٠) ثلاثمائة ألف ريال. وبالله التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين. أمين السر: عبد الله الناصر، عضو: أحمد بن محمد العبود، عضو: محمد بن علي السلطان: رئيس الدائرة: حبيب بن مجري القحطاني.

الاستئناف:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد: فإنه في يوم الاثنين ١١ / ٠٧ / ١٤٤٠ هـ وبمقر محكمة الاستئناف بالرياض عقدت الدائرة التجارية الثانية جلستها بتشكيلها التالي: القاضي محمد بن ناصر الجربوع رئيسًا، القاضي هزاع بن عيسى بن هزاع العيسى عضوًا، القاضي حجاب بن عائض العتيبي عضوًا، وبحضور محمد بن عبيد آل فهاد أمينًا للسر، وذلك للنظر في القضية المشار إليها أعلاه المحالة للدائرة في ٠١ / ٠١ / ١٤٤٠ هـ، وفيها بعد المداولة أصدرت الدائرة هذا الحكم.

(الوقائع):

بما أن الوقائع قد أوردتها الحكم الصادر في القضية فإن دائرة الاستئناف تحيل إليه منعًا للتكرار والذي قضت فيه الدائرة بإلزام المدعى عليه (...) بأن

يدفع للمدعي (...) مبلغاً وقدره (٣٠٠, ٠٠٠) ريال، للأسباب الواردة فيه، وقد حددت الدائرة يوم الأربعاء ٢٢/٠٩/١٤٣٩ هـ موعداً لتسليم نسخة إعلام الحكم، ثم أجلت الدائرة موعد تسليم الحكم إلى تاريخ ١٠/١٠/١٤٣٩ هـ وتم تسليم المعارض نسخة إعلام الحكم بنفس التاريخ، ثم قدم اعتراضه عليه بتاريخ ٠٦/١١/١٤٣٩ هـ.

(الأسباب):

وحيث تبين لدائرة الاستئناف أنه جرى تقديم الاعتراض خلال المدة المحددة نظاماً فإنه مقبول شكلاً، أما عن الموضوع؛ فإنه لم يظهر لدائرة الاستئناف من خلال الاعتراض على الحكم ملاحظات تحول دون تأييده لذلك فإنها تؤيده محمولاً على أسبابه.

(لذلك):

حكمت الدائرة بقبول الاعتراض شكلاً ورفضه موضوعاً، وتأييد حكم الدائرة الحادية والعشرون بالمحكمة التجارية بالرياض المؤرخ في ٠٧/٠٩/١٤٣٩ هـ الصادر في القضية رقم ١٣١٦٩/١/ق لعام ١٤٣٨ هـ، القاضي بإلزام المدعى عليه (...) سجل مدني رقم (...) بأن يدفع للمدعي (...) سجل مدني رقم (...) مبلغاً وقدره (٣٠٠, ٠٠٠) ريال، محمولاً على أسبابه. أمين السر: محمد بن عبيد آل فهاد، عضو: حجاب بن عائض العتيبي، عضو: هزاع بن عيسى بن هزاع العيسى، رئيس الدائرة: محمد بن ناصر الجربوع.

أثر القرينة على الحكم القضائي:

إن أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان) يظهر من خلال ما ورد في أسباب الحكم، فقد جرى النص عليها صراحة، والاعتماد عليه في الحكم، فإن الدائرة مصدرية الحكم جعلتها فيما اعتمدت عليه لترجيح قول المدعي أنه يتمسك بهذه القرينة، وأما المدعى عليه فهو يدعي الأمانة وأن قبضه لا يترتب عليه الضمان، فكان القول المرجح قول المدعي؛ لأن (الأصل في القابض لمال غيره الضمان).

الفصل الخامس أثر قرينة: (الإنكار)

وفيه تمهيد، وخمسة مباحث:

المبحث الأول: أثر قرينة: (الإنكار) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب البيع.

المبحث الثاني: أثر قرينة: (الإنكار) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الرهن.

المبحث الثالث: أثر قرينة: (الإنكار) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الشركة.

المبحث الرابع: أثر قرينة: (الإنكار) في ترجيح قول أحد المتداعين في بابي الإجارة والغصب.

المبحث الخامس: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالأصل.

المطلب الأول

معنى القرينة



لغة: قال ابن فارس: «النون والكاف والراء أصل صحيح يدل على خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب، ونكّر الشيء وأنكره: لم يقبله قلبه، ولم يعترف به لسانه... والإنكار خلاف الاعتراف»^(١).

ولـ(الإنكار) في اللغة معان^(٢):

١- الجحود.

٢- الاستفهام عما ينكره.

٣- ضد المعروف.

والمقصود من هذه المعاني المعنى الأول.

اصطلاحاً: لم أجد لدى الفقهاء تعريفاً للإنكار، ولكن وجدتهم يعرفونه بالمثل؛ كما ورد في شرح المنتهى: «(وإن أنكر) مدعى عليه الدعوى؛ (بأن قال) مدعى عليه (لمدع قرضاً أو) لمدع (ثمناً: ما أقرضني، أو) قال: (ما باعني، أو) قال: (ما يستحق علي ما ادعاه، ولا شيئاً منه أو) قال: (لا حق له

(١) مقياس اللغة؛ مادة: (نكر): (٤٧٦/٥).

(٢) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (نكر): (١٤/٣٥٢-٣٥٣)، النهاية؛ مادة: (نكر):

(٢/٧٩٤).

علي، صح الجواب) لئفيه عين ما ادعي به عليه؛ لأن قوله: لا حق له نكرة في سياق النفي، فتعم كل حق...»^(١).

وأما عند من بعدهم والمعاصرين، وجدت أن له تعاريف منها:

التعريف الأول: أنه «ضد العرفان، وأصله أن يرد على القلب ما لا يتصوره وذلك ضرب من الجهل، وربما ينكر الإنسان الشيء مع حصول صورته في القلب فيكون كاذباً»^(٢).

ولعله تعريف للإنكار ببيان كلفيته وحقيقته النفسية، فيصح أن يكون هذا التعريف للإنكار لدى علماء النفس ونحوهم ممن يبحث في غوائل النفس البشرية وأعماقها وأسباب ردود أفعالها.

التعريف الثاني: «أن ينفي المدعى عليه استحقاق المدعى لما يدعيه عليه»^(٣).

التعريف الثالث: «قول أو ما في معناه يصدر من المدعى عليه لدى القاضي في مجلس القضاء ردًا على دعوى المدعي بجحوده لما ادعى به المدعي»^(٤).

وكلا التعريفين متقاربان، ويوضحان المقصود، فإذا اختلف المتدعيان، وكان أحدهما منكرًا وخت دعواهما من بينة من نحو إقرار ونكول، فيقدم قول من أنكر الدعوى.

(١) شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٦/٥٢٣)، وينظر: دليل الحكام في الوصول إلى دار السلام؛ لمربي الكرمي: (ص ٧٥).

(٢) التوقيف على مهمات التعاريف: (ص ٦٦).

(٣) الدعوى القضائية: (ص ٤٢٧). (٤) أحكام الدعوى القضائية: (ص ٣٥٧).

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقريئة



إن قريئة: (الإنكار) في حقيقتها لا تخلو إما أن تكون فرعاً لقريئة: (الأصل براءة الذمة)^(١)، أو قريئة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، أو قريئة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، وعليه فما استدل لهما به يصح الاستدلال به على مشروعية الأخذ بقريئة: (الإنكار)، ولكن لها بخصوصها دليان عليها، وهما:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل قول المنكر مقدماً بيمينه، فدل ذلك على أن وصف الإنكار مؤثر في تقديم قول أحد المتداعين، فمن تمسك بهذا الوصف أو كان بجانبه فقوله مقدم وجانبه راجح بيمينه^(٣).

الإجماع:

فقد حكي الإجماع على أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(٤).

(١) ينظر: سبيل السلام: (٤/٤١٢)، توضيح الأحكام: (٧/٢١٤).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: بهجة قلوب الأبرار وقررة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار؛ للسعدي: (ص ١٠٥).

(٤) ينظر: الإجماع؛ لابن المنذر: (ص ٨١)، القواعد والأصول الجامعة؛ للسعدي: (٧/٨٥)، توضيح الأحكام: (٧/٢١٥).

المطلب الثالث

وجه كون هذه القريئة من القرائن المتعلقة بالأصل



إن قريئة: (الإنكار) وثيقة الصلة ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالأصل، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها متفرعة عن بعض القرائن المتعلقة بالأصل، وهي: قريئة: (الأصل براءة الذمة)، وقريئة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، وقريئة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)؛ وذلك أن المنكر ينفي دعوى المدعي، ويتمسك ببراءة ذمته، أو أن المنكر يتمسك ببقاء الحال على ما كان قبل دعوى المدعي وينكر وجود الأمر العارض الذي يدعيه المدعي، ولذلك يصح الاستدلال بقريئة: (الإنكار) مكان كل واحدة من هذه القرائن.

الوجه الثاني: أن قريئة: (الإنكار) تكاد أن تكون مرادفة لمعنى الأصل في الاصطلاح، وهو القاعدة المستمرة؛ وذلك لأن المنكر يتمسك بالقاعدة الثابتة واستمرارها، وينفي ما هو خلافها، وعليه فهو أوثق بالأصل وأقوى علاقة به من بقية القرائن الواردة في هذا الباب، ولذلك أتى عاماً وشاملاً لها، ويصح الاستدلال به في غالبها.

المبحث الأول
أثر قرينة: (الإنكار) في باب البيع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في تعيين المبيع المعين
المردود.

المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في تعيين الثمن المعين
المردود.

المطلب الثالث: اختلاف البائع والمشتري في قيمة السلعة التالفة.

المطلب الأول

اختلاف البائع والمشتري في تعيين المبيع المعين المردود^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

تم العقد على بيع معين، ثم أتى المشتري طالبًا رد عين بيده لعيب على البائع مدعيًا أن البيع وقع عليها، ولم يقر البائع بسبب رد المشتري، ولم يشترط المشتري الخيار، فقال البائع: «إن المردود ليس المبيع»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدًا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول البائع بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)،

والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) ينظر: الإنصاف: (٤٢٧/١١)، كشف القناع: (٢٢٧/٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (٤٨/١٣)، المحيط البرهاني: (١٦٢/٧)، (٥٤٤) (٥٨٦/٦)، حاشية ابن عابدين: (١٦٤/٧)، الفتاوى الهندية: (٩٦/٣).

(٣) ينظر: روضة الطالبين: (٥٧٩/٣)، نهاية المحتاج: (١٦٩/٤)، تحفة المحتاج: (٤٨٤-٤٨٥)، مغني المحتاج: (٥١٤/٢)، أسنى المطالب: (١١٨/٢).

(٤) ينظر: الإنصاف: (٤٢٧/١١)، كشف القناع: (٢٢٧/٣)، شرح المنتهى: (٢١٤/٣).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن المشتري يدعي على البائع حق الرد بالعيب، والبائع ينكر استحقاقه ما يدعي، فكان القول قوله بيمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة^(١).
- ٢- أن الأصل السلامة من العيب، والبائع يتمسك بهذا الأصل، والمشتري يدعي خلافه، فكان القول المقبول قول البائع بيمينه^(٢).
- ٣- أن الأصل بقاء العقد وصحته ولزومه، والبائع يتمسك بهذا الأصل، والمشتري يدعي ما ينقضه، فيكون القول قول البائع بيمينه^(٣).
- ٤- أن البائع ينكر أن المردود سلعته، والمشتري يدعيه، فكان القول قول البائع بيمينه؛ لأنه منكر^(٤).

القول الثاني: أن القول المقدم قول البائع ما لم يكن المردود يشبه الثمن فيكون القول المقدم للمشتري، وهو مذهب المالكية^(٥).

ويستدل لهم: على تقديم قول البائع بأدلة القول الأول، وأما على تقديم قول المشتري إذا أشبه المردود الثمن؛ بأن مشابهة المردود للثمن ظاهر في

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (١٦٢/٧)، حاشية ابن عابدين: (١٦٤/٧)، الإنصاف: (٤٢٧/١١)، كشف القناع: (٢٢٧/٣)، شرح المنتهى: (٢١٤/٣)، أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٩١).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٥٧٩/٣)، نهاية المحتاج: (١٦٩/٤)، تحفة المحتاج: (٤٨٤-٤٨٥/٤)، مغني المحتاج: (٥١٤/٢)، أسنى المطالب: (١١٨/٢).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (١٦٩/٤)، تحفة المحتاج: (٤٨٤-٤٨٥/٤)، مغني المحتاج: (٥١٤/٢).

(٤) ينظر: الإنصاف: (٤٢٧/١١)، كشف القناع: (٢٢٧/٣)، شرح المنتهى: (٢١٤/٣).

(٥) ينظر: النوادر والزيادات: (٤٢٤/٦)، الذخيرة: (٨٨/٥).

الدلالة على أنه المبيع؛ وذلك لجريان العادة بأن لا تباع السلع إلا بما يشابهها من الثمن؛ وذلك لأن المشتري لا تطيب نفسه ببذل الثمن والبائع لا تطيب نفسه ببذل السلعة إلا بما يشابهها من الثمن.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن يقال: أنه إما أن يشبه ما ادعاه كل واحد منهما الثمن المعقود عليه أو لا، فإن أشبه أحدهما دون الآخر؛ بأن كانت السلعة معيبة بالعيب الذي ادعاه المشتري تكون عادة بالثمن المعقود عليه، فيقدم قول المشتري بيمينه، وأما إن كان الثمن المعقود عليه عادة لا يكون إلا للسليمة فالمقدم قول البائع بيمينه، وأما إن أشبه جميعاً، أو لم يشبهها، فالقول المقدم قول البائع بيمينه؛ لما استدل به أصحاب القول الأول^(١).

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف في هذه المسألة - والله تعالى أعلم - هو في استحقاق المشتري رد السلعة المعيبة التي يدعي أنها المبيع، فمن قال بتقديم قول البائع لم يجعل للمشتري هذا الحق وحكم بلزوم البيع واستمراره، ومن قال بتقديم قول المشتري جعل له الحق في فسخ البيع ورد المبيع بالعيب.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله تعالى أعلم - هو قوة الظاهر عند الناظرين في هذه المسألة، فمن رأى أن الظاهر الذي يعضد جانب المشتري إذا أشبه

(١) وقد يكون هذا القول بالتفصيل هو تحصيل قول المالكية ومقصدهم، ولكن لم أجد من نص عليه عندهم، كما أن عموم قولهم يشمل تقديم قول المشتري إذا أشبه جميعاً، وهو خلاف ما ذكرته.

يصلح أن يكون مرجحاً، قال بمقتضاه، ومن لم ير قوة لهذا الظاهر جعل قول البائع مقدماً في كل الأحوال.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الإنكار) ظاهر بين على هذه المسألة، وذلك من أوجه:

الوجه الأول: أن أغلب من قال بتقديم قول البائع نص على هذه القرينة؛ فقد نص عليها الحنفية والحنابلة كما في الدليل الأول للقول الأول، ونص عليها الحنابلة كما في الدليل الرابع.

الوجه الثاني: أن أغلب أدلة المسألة متأثرة بها كما في أدلة القول الأول، فقد ورد في الدليل الأول للقول الأول على أن البائع منكر انشغال ذمته بحق المشتري بالرد بالعيب فكان القول قوله، واكتفي بها دليلاً على ترجيح قول البائع؛ بأنه منكر أن المردود سلعته، فكان القول المقدم قوله؛ لأنه منكر؛ كما الدليل الرابع.

الوجه الثالث: أن الدليل الثالث والرابع يمكن أن يكون الإنكار جزءاً منها، وذلك لأن البائع منكر العيب - الذي يدعيه المشتري - في السلعة، فيكون القول قوله، وهو كذلك منكر نقض البيع وظهور ما يكون سبب لفسخه فكان القول قوله، فبان بذلك أن أدلة تقديم قول البائع لا تخلو من الاستدلال بقرينة: (الإنكار).

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظاهر:

فأما الأصول:

(الإنكار)، (الأصل براءة الذمة)، (الأصل بقاء العقد)، (الأصل السلامة

من العيوب).

وأما الظاهر:

فهو مشابهة السلعة المرودة الثمن الذي وقع عليه العقد.

المطلب الثاني

اختلاف البائع والمشتري في تعيين الثمن المعين المردود^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

تم البيع بثمن معين، ثم أتى البائع طالبًا رد عين بيده لعيب على المشتري مدعيًا أنها الثمن في البيع، ولم يشترط البائع الخيار، فقال المشتري: «إن المردود ليس الثمن الذي دفعته»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(٢) رَجَهُمُ اللهُ أن القول المقدم هو قول المشتري بيمينه.

(١) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٧)، كشف القناع: (٣/٢٢٧).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٧/٥٤٤)، النوادر والزيادات: (٦/٤٢٤)، روضة الطالبين: (٣/٥٨٠)، نهاية المحتاج: (٤/١٧٠)، تحفة المحتاج: (٤/٤٨٥)، الإنصاف: (١١/٤٢٧)، كشف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح المنتهى: (٣/٢١٤)، وذكر بعض الشافعية استثناء، وهو ما نص عليه في روضة الطالبين: (٣/٥٨٠) «قال في التهذيب»: لكن لو كان المعين نحاسًا لا قيمة له، فالقول قول الراد».

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن البائع يدعي على المشتري حق الرد بالعيب، والمشتري ينكر استحقاقه ما يدعي، ويمسك ببراءة ذمته، فكان القول قوله بيمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة^(١).
- ٢- أن الأصل عدم وقوع العقد على الثمن المعيب، فيكون القول قول المشتري لتمسكه بهذا الأصل^(٢).
- ٣- أن المشتري ينكر أن الثمن -الذي دفعه- هو ما عينه البائع، فيكون القول قوله لأنه منكر^(٣).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الإنكار) أثراً ظاهراً وبيناً على هذه المسألة، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن أغلب أدلة المسألة متأثرة بها كما في الدليل الأول بأن المشتري منكر انشغال ذمته بحق البائع بالرد بالعيب فكان القول قوله، واكتفي بها دليلاً على ترجيح قول المشتري؛ بأنه منكر أن المردود سلعته، فكان القول المقدم قوله؛ لأنه منكر؛ كما الدليل الثالث.

الوجه الثاني: أن الدليل الثاني يمكن أن يكون الإنكار جزءاً منه، وذلك لأن المشتري منكر وقوع العقد بالثمن المعيب الذي يدعيه البائع، فيكون

(١) ينظر: الإنصاف: (٤٢٧/١١)، كشف القناع: (٢٢٧/٣)، شرح المنتهى: (٢١٤/٣).

(٢) ينظر: الإنصاف: (٤٢٧/١١).

(٣) كشف القناع: (٢٢٧/٣)، شرح المنتهى: (٢١٤/٣).

القول قوله، فبان بذلك أن أدلة تقديم قول المشتري لا تخلو من الاستدلال بقرينة: (الإنكار).

المطلب الثالث

اختلاف البائع والمشتري في قيمة السلعة التالفة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اشترى عينين - لا تتصل منفعة إحداهما بالأخرى - صفقة واحدة، ثم وجد فيهما عيبًا بعد القبض، فتلفت إحداهما، وأراد المشتري رد الباقي بقسطه من الثمن، فاختلف هو والبائع في قيمة التالف، فادعى قيمة وادعى البائع أكثر منها، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدًا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

(١) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٠)، كشف القناع: (٣/٢٢٥).

القول الأول: أن القول المقدم قول المشتري بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(١) والصحيح من مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المشتري غارم الثمن الذي دفعه لهذه العين التالفة، وكلما زادت القيمة زاد ما يغرمه، فيكون القول في قيمتها قوله^(٣).

٢- أن الأصل براءة ذمة المشتري من غرم الزيادة التي يدعيها البائع، فكان القول قوله^(٤).

٣- أن المشتري منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمة التالف، فلم يقبل قوله إلا بينة، وكان القول المقبول قول المشتري؛ لأنه منكر^(٥).

٤- أن قول المشتري كان مقدماً بيمينه؛ وذلك لاحتمال صدق البائع، فلزمت اليمين في مقابل هذا الاحتمال^(٦).

القول الثاني: أن القول المقدم قول البائع، وهو قول في مذهب الحنابلة^(٧).

(١) ينظر: الوسيط في المذهب: (٣/٩٤)، وقول الشافعية في هذه المسألة مفرع على القول بجواز تفريق الصفقة في هذه المسألة، وهو خلاف الصحيح من مذهب الشافعية، ولعل ذلك سبب عدم النص على هذه المسألة في مراجع الشافعية المعتمدة عند المتأخرين منهم. ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٢٧٢)، نهاية المحتاج: (٤/٦٢).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٢٠)، كشف القناع: (٣/٢٢٥)، شرح المنتهى: (٣/٢١٢-٢١٣).

(٣) ينظر: الوسيط في المذهب: (٣/٩٤)، الشرح الكبير: (١١/٤٢٠).

(٤) ينظر: الوسيط في المذهب: (٣/٩٤).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١١/٤٢٠)، كشف القناع: (٣/٢٢٥)، شرح المنتهى:

(٣/٢١٢-٢١٣). ينظر: كشف القناع: (٣/٢٢٥).

(٧) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢١).

ويستدل لهم: بأن البائع غارم للمشتري قيمة العين المردودة عليه، وهذا الغرم متأثر بقيمة العين التالفة، فإن زادت قل غرمه، وإن قلت زاد غرمه، فيكون القول المقدم قوله.

وأما الحنفية والمالكية، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته هو:

فأما الحنفية: فهو ما إذا اختلفا - كما في صورة المسألة -، ولكن التالف ليس معيباً، وإنما المعيب هو الباقي، فعندهم أن القول المقدم قول البائع^(١)، والفارق بين المسألتين لا يكاد يؤثر.

وأما المالكية، فأقرب ما وجدته هو ما إذا اختلفا - كما في صورة المسألة - ولكن التالف ليس معيباً، وإنما المعيب هو الباقي، فعندهم يصفه البائع والمشتري، وقومت الصفة، فإن اختلفا في الصفة، فإنه يصدق البائع بيمينه إذا انتقد، وإلا يصدق المشتري بيمينه^(٢)، والفارق بين المسألتين لا يكاد يؤثر.

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٦/٥٨٣)، ونصه: «ولو مات أحدهما والآخر قائم ووجد بالقائم عيباً واختلفا في قيمة القائم، وفي قيمة الميت ولا بينة لهما، فالقول قول البائع في قيمة الهالك»، ولم يظهر لي وجه اختلاف مؤثر - سوى أن التالف ليس معيباً - بين هذه المسألة، وبين المسألة محل البحث.

(٢) ينظر: الذخيرة: (٥/١٠٩)، ونصه: «إذا اشترى عبدان في صفقة بذهب فوجد أحدهما معيباً وهلك الآخر رد العيب وأخذ حصته من الثمن لاستدراك الظلامة فإن اختلفا في قيمة الهالك وصفاه وقومت الصفة فإن اختلفا في الصفة يصدق البائع مع يمينه إن انتقد لأنه حينئذ مدعى عليه الرد وإلا يصدق المتبايع لأنه مطالب بالثمن» وينظر: منح الجليل: (٥/٢٠٣-٢٠٤).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - النظر إلى ما يحتف بالنزاع من قرائن، فإذا كان ما يدعيه أحدهما هو الأشبه بقيمة السلعة التالفة ونصيبتها من ثمن العينين المبيعتين؛ بأن كان هو قيمتها في الأسواق أو هو المساوي لنسبة قيمتها - في الأسواق - من الثمن، فيكون قوله هو المقدم المرجح بيمينه، وأما إن تساويا، فالراجح هو: القول الأول لقوة ما استدلوا به، ولأن خسارة المشتري وغرمه واضح ومتحقق بخلاف غرم البائع، فإن أقصى ما يكون عليه أن يعود إلى حاله الأولى قبل عقد البيع من رجوع سلعته إليه؛ ولاعضاد جانب المشتري بأصول أكثر تجعل قوله أولى بالتقديم.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة: أنه يترتب عليه ما يغرمه كل واحد من البائع والمشتري، فيوزع الثمن عليهما، فمن قيل بتقديم قوله سقط عن البائع ما ذكره قيمة للسلعة التالفة، ولزمه إرجاع المتبقي من الثمن وهو ما يقابل السلعة المردودة.

سبب الخلاف:

لم يظهر لي ما يكون سبباً واضحاً في الخلاف بين القولين خصوصاً أن دليل القول الثاني مستنبط ولم ينص عليه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الإنكار) أثراً ظاهراً على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها أحد الأدلة التي ذكرها من نص على المسألة، فقد اتفقت المراجع الحنبلية التي نصت على هذه المسألة على أن قول المشتري مرجح بيمينه؛ لأنه منكر الزيادة التي يدعيها البائع.

الوجه الثاني: أن اثنين من أدلة القول الأول تأثرت بقريضة: (الإنكار)، وهما الثاني والثالث، فأما الثالث فهو نص الاستدلال بالقريضة وتأثيرها، وأما الثاني فهو استدلال بأحد القرائن التي تشملها قريضة: (الإنكار) بعمومها، ويصح أن يستدل بها بدلها.

المبحث الثاني
أثر قرينة: (الإنكار) في باب الرهن

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف الراهن والمالك في مقدار الدين المأذون
أخذه بالرهن المعين.

المطلب الثاني: اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن للمرتهن بأخذ
العين المرهونة.

المطلب الأول

اختلاف الراهن والمالك في مقدار الدين المأذون أخذه

بالرهن المعين^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الراهن ومالك العين المرهونة في مقدار الدين المأذون الرهن به، فقال الراهن: «أذنت لي في رهنه بعشرة»، فقال المالك: «بل أذنت لك في رهنه بخمسة»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(٢) على أن القول المقدم قول المالك يمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٢٤).

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١/١٦٠)، تبيين الحقائق: (٦/٨٩)، البناية: (١٣/٣٣)، حاشية ابن عابدين: (١٠/١٣٦)، التبصرة: (١٠/٤٦٥٩)، الذخيرة: (٨/١٥٣)، الشرح الكبير: (١٢/٤٠٢)، كشاف القناع: (٣/٣٢٤)، وأما الشافعية فقد عزا إليهم هذا القول صاحب الشرح الكبير: (١٢/٤٠٢)، ولم أجد عندهم النص عليه، ولكن ما وجدته هو ما نُصَّ عليه في العزيز شرح الوجيز من أنه إذا: «دفع متاعًا إلى رجل، وأرسله إلى غيره ليستقرض منه للدافع، ويرهن المتاع به ففعل، ثم اختلفا فقال المرسل إليه: استقرض مائة، ورهن المتاع بها بإذنك، وقال المرسل: لم آذن له إلا في خمسين، نظر إن صدق الرسول المرسل فالمرسل إليه مدَّع عليهما على المرسل بالإذن، وعلى الرسول بالأخذ، =

واستدلوا بالتالي:

١- أن المالك لو أنكر أصل عقد العارية والإذن فيها لكان القول قوله، فكذا إذا أنكر وصفه كان القول قوله - ومنه قدر ما أذن للراهن أن يرهن به العين المعارة - وذلك لأنه منكر في كليهما، فكان القول قوله^(١).

٢- أن المالك محسن واهب، فكان القول قوله أنه لم يتبرع إلا بما أقر به^(٢).

٣- أن المالك منكر الزيادة التي يدعيها الراهن فكان القول قوله لأنه منكر^(٣).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة واضح بيّن، ويتضح ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن استدلال الفقهاء بها تنوع، فقد استدل بها الحنفية على أنها علة في القياس، وتعدية الحكم من الفرع إلى الأصل، بأن قول المالك إذا كان مقبولاً في نفي أصل العارية والإذن بها؛ لأنه منكر، فكذلك يقدم قوله في إنكار ما يدعيه الراهن؛ لأنه منكر، وأما الحنابلة، فاستدلوا بها بأنها دليل وعلّة

= فالقول قولهما في نفي ما يدعيه، وإن صدق المرسل إليه، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل، فهنا جعل القول المقدم قول المالك وهو راهن على قول المرتهن الذي تعلق حقه بالعين، فتقديم قول المالك الذي ليس راهنًا على قول الراهن الذي لم يتعلق حقه بالعين من باب أولى.

(١) ينظر: المبسوط: (١٦٠/٢١)، تبين الحقائق: (٨٩/٦)، البناية: (٣٣/١٣).

(٢) ينظر: التبصرة: (٤٦٥٩/١٠)، الذخيرة: (١٥٣/٨).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (٤٠٢/١٢)، كشف القناع: (٣٢٤/٣).

قائمة بنفسها توفرت في جانب المالك بأنه منكر الزيادة التي يدعيها الراهن، فكان القول المقدم قوله.

الوجه الثاني: أن اعتبارها مؤثرة على ترجيح قول المالك لم يقتصر اعتباره على مذهب واحد، بل اعتبرها مؤثرة على ترجيح قول المالك الحنفية والحنابلة.

المطلب الثاني

اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن للمرتهن بأخذ العين

المرهونة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

قبض المرتهن العين المرهونة ثم اختلف مع الراهن، فقال الراهن: «أخذتها بغير إذني»، وقال المرتهن: «بل أخذتها بإذني»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول الراهن، وهو مذهب الشافعية^(٢)

والحنابلة^(٣).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٣٤).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٥٥)، حاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب: (٢/١٥٥).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٣٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المرتهن يدعي إذن الراهن له، والراهن ينكر دعوى المرتهن، فكان القول قول الراهن؛ وذلك لأنه منكر الإذن^(١).

٢- أن المرتهن يدعي إذن الرهن له، والراهن ينفيه، فكان القول قوله؛ لأن الإذن عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم، فكان القول قوله^(٢).

القول الثاني: أن القول المقدم قول المرتهن، وهو وجه عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بأن الظاهر يعضد جانب المرتهن؛ فإن عقد الرهن على العين المقبوضة وجد، ووجود العين المرهونة بيده يدل على أنه بحق^(٤).

فأما الحنفية، والمالكية، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة:

فأما الحنفية في هذه المسألة، فأقرب ما وجدته هو: جمع من مسائل اختلاف الراهن والمرتهن^(٥) اختلف فيها المقدم قوله بين الراهن والمرتهن، وذلك تبعاً لمن كان قوله يتضمن الإنكار، فيطبق على هذه المسألة نحو ما ذكر بأن يقال: اختلفا في الإذن، فيكون القول قول المنكر، وهو الراهن وقريب منه ما سبق فيما إذا اختلف القابض مع المالك فقال القابض: «رهنتها»، وقال المالك الراهن: «بل غصبتنيها»، فيكون القول المقدم عندهم قول الراهن^(٦)؛ فقدم عندهم قول الراهن مع ادعائه، فتقديمهم قول

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/ ٣٣٤)، الشرح الكبير: (١٢/ ٤١٠).

(٢) ينظر: المرجع السابق. (٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: المرجع السابق.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع: (٨/ ٢٥٦-٢٥٧)، حاشية ابن عابدين: (١٠/ ١٣١).

(٦) ينظر: المبسوط: (٢١/ ١٣٠)، روضة القضاة: (١/ ٤٢٦).

الراهن بالإنكار المجرد من باب أولى، لكن يضعف هذه الأولوية اتفاقهما - في المسألة محل البحث - على أن العين المقبوضة رهن، وهذا بخلاف المسألة المذكورة، وبناء على ما سبق، فلعله أن يقال: إن الأقرب لمذهب الحنفية هو تقديم قول الراهن، ويؤيد ذلك ما سبق من تكاثر المسائل التي نص فيها الحنفية على تقديم قول أحد المتداعين لإنكاره.

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصًا على هذه المسألة، ولعل ذلك يرجع إلى عدم اشتراط القبض عندهم في انعقاد الرهن ولا في لزومه، فالرهن ينعقد ويلزم عندهم بالقول^(١)، وعليه فلا أثر للخلاف المذكور - بين الراهن والمرتهن - على اللزوم^(٢)؛ لأن الرهن لازم عندهم بدون القبض، ويلزم الراهن بإقباض المرتهن العين المرهونة.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن من عضد الظاهر جانبه فقوله المقدم؛ كما لو كان الراهن يرى المرتهن يقبض العين والمرهونة وتركها عنده مدة طويلة ثم جاء بعدها يدعي عدم الإذن، أو لو رأى الراهن أو علم أن المرتهن قبض العين المرهونة ثم أرجعها ثم قبضها مرة أخرى، فلم ينكر أو يدع عدم الإذن

(١) ينظر: الذخيرة: (٨/ ١٠٠-١٠١)، التوضيح: (٦/ ١٠٤)، واللزوم أو عدمه هو ثمرة الخلاف التي نص عليها من بحث المسألة؛ كما سيأتي - إن شاء الله تعالى -.

(٢) وأما غير هذا الأثر من عموم الخلاف في الإذن، فقد ذكروا أن المرتهن لا يكون أولى من الغرماء إلا أن يكون قبضه بإذن الراهن وتسليمه له، ولا يقبل قول المرتهن إنه بإذن الراهن إلا ببينة، فإن لم يثبت ذلك لم تكن له أولوية وحاص الغرماء - على خلاف وتفصيل عندهم -. ينظر: البيان والتحصيل: (١١/ ٨٠)، منح الجليل: (٥/ ٤٦٠-٤٦١).

رغم مضي مدة يستطع أن يدعي فيها، ففي ما سبق يكون القول المقدم قول المرتهن يمينه، وكذلك لو كان المرتهن ممن عرف بالغصب أو ثبت واقعة أخذه العين المرهونة بالقوة، فهنا يكون القول المقدم قول الراهن يمينه، وأما إن خلت الواقعة مما يعضد جانب أحدهما، فيكون القول المقدم قول الراهن يمينه؛ لما ذكر في أدلة القول الأول، ووجود العين في يد المرتهن لا يدل بالضرورة على الإذن.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة تظهر في لزوم الرهن، فعلى القول بتقديم قول الراهن، فإن الرهن لا يكون لازماً، ويكون للراهن أن يتصرف بالعين المرهونة، وأما على القول بتقديم قول المرتهن، فيكون الرهن لازماً ويمنع الراهن من التصرف في العين المرهونة إلا بإذن المرتهن^(١).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو أن وجود عقد الرهن على العين المرهونة وقبض المرتهن له، هل يدل على أن القبض بإذن أم لا؟ فمن رأى أنه يدل على الإذن رجح جانب المرتهن، ومن لم ير ذلك تمسك بأن الأصل عدم الإذن وبأن الراهن منكر، فكان القول قوله.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة بين ظاهر، وذلك من وجهين:

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٣٤).

الوجه الأول: ما نص عليه في الدليل الأول للقول الأول، وذلك أن جانب الرهن إنما رجح لأنه منكرٌ دعوى المرتهن، وهذا أثر ظاهر لهذه القريئة.

الوجه الثاني: أن أدلة القول الأول كلها تأثرت بقريئة: (الإنكار)، فأما الأول فهو نص الاستدلال بالقريئة وتأثيرها، وأما الثاني فهو استدلال بأحد القرائن التي تشملها قريئة: (الإنكار) بعمومها، ويصح أن يستدل بها بدلها. وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر.

فأما الأصول:

(الأصل في الأمور العارضة العدم).

(الإنكار).

وأما الظاهر:

(وجود عقد الرهن على العين المقبوضة).

(وجود العين المرهونة بين المرتهن).

فمن رجح الأصول قال بتقديم قول الرهن، ومن قال بترجيح الظواهر رجح جانب المرتهن.

المبحث الثالث
أثر قرينة: (الإنكار) في باب الشركة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف رب المال والعامل في رد رأس المال.

المطلب الثاني: اختلاف رب المال والعامل في الجزء
المشروط للعامل.

المطلب الأول

اختلاف رب المال والعامل في رد رأس المال^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف رب المال والمضارب في رد المال، فقال المضارب: «رددت إليك رأس المال»، فأنكر رب المال ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول قول المالك رب المال يمينه، وهو مذهب الحنيفة^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، وقول عند المالكية^(٤) والمذهب عند الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٥٢٣/٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٠٧/٢٢-١٠٨)، بدائع الصنائع: (٧٠/٨).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٢٤٣/٥)، مغني المحتاج: (٤١٩/٣).

(٤) ينظر: التبصرة: (٥٣٠١/١١).

(٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤٠/١٤)، كشاف القناع: (٥٢٣/٣)، شرح

المنتهى: (٥٨٧/٣).

واستدلوا بالتالي:

١- القياس على المرتهن والمستأجر والمستعير، فكما لا يقبل قول المستأجر والمرتهن في رد العين إلى ربها، فكذلك لا يقبل قول العامل في المضاربة بجامع أن كلا واحد منهم قبض العين لمنفعته^(١).

ونوقش: بالفرق بين العامل في المضاربة وبين من ذكر: بأن العامل إنما أخذ رأس المال لمنفعة المالك، وانتفاعه هو بالعمل في رأس المال لا به، وهذا بخلاف من ذكر، فهم ينتفعون بالعين نفسها^(٢).

٢- أن رب المال منكر رد المضارب رأس المال، فيكون القول المقدم قول رب المال؛ لأنه منكر^(٣).

القول الثاني: المقدم قول العامل بيمينه إذا كان دفع رأس المال إليه بغير بينة، وأما إن كان دفع المال إليه بينة فيكون المقدم قول رب المال، وهو المشهور من مذهب المالكية^(٤).

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣)، مغني المحتاج: (٣/٤١٩).

(٢) ينظر: المرجعان السابقان.

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/١٤٠).

(٤) ينظر: التبصرة: (١١/٥٣٠٠)، التوضيح: (٧/٨٧)، منح الجليل: (٧/٣٧٧-٣٧٨)،

وفي المرجع الأخير تفصيل في التفريق بين ادعاء الرد مع وجود الربح وادعائه مع عدمه لم أجده في غيره، فيراجع.

أما على تقديم قول العامل بيمينه إن كان دفع رأس المال إليه بغير بيعة، فاستدلوا: بأن رب المال حقق^(١) على المضارب عدم رد رأس المال، فيكون القول للمضارب بيمينه^(٢).

وأما إن كان الدفع بيعة، فيستدل لهم بما استدل به أصحاب القول الأول.

القول الثالث: المقدم قول العامل بيمينه، وهو قول عند المالكية^(٣)، والصحيح من مذهب الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥).

واستدلوا بالتالي:

١- أن مالك المال أئتمن العامل، فيكون أميناً يقبل قوله في الرد بيمينه قياساً على الوكيل^(٦)؛ لأن كل من قبل قوله في التلف قبل قوله في الرد^(٧).

(١) لعل المقصود من هذا المصطلح: (حقق) أو: (التحقيق) هو احتمال صدق المدعي وعدم القطع بكذبه. ينظر: التبصرة: (١١/٥٣٠٠).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: النوادر والزيادات: (٧/٢٩٠)، التبصرة: (١١/٥٣٠٠-٥٣٠٢)، التوضيح: (٨٧/٧).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٦)، روضة الطالبين: (٥/١٤٥)، نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣)، تحفة المحتاج: (٦/١٠٦)، مغني المحتاج: (٣/٤١٩)، أسنى المطالب: (٢/٣٩١).

(٥) ينظر: الإنصاف: (١٤٠-١٤١).

(٦) نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣)، تحفة المحتاج: (٦/١٠٦)، مغني المحتاج: (٣/٤١٩)، أسنى المطالب: (٢/٣٩١)، الشرح الكبير: (١٤/١٤٠).

(٧) ينظر: النوادر والزيادات: (٧/٢٩٠).

ونوقش: أن قول المضارب باعتباره أميناً يكون مقبولاً في براءته عن الضمان، وليس في وصول المال إلى ربه، بل القول المقدم في ذلك قول رب المال بيمينه^(١).

٢- أن معظم النفع من المضاربة لرب المال، فيكون العامل كالمودع، فيكون قوله مقبولاً في الرد كما أن قول المودع مقبول فيه^(٢).

ونوقش من وجهين^(٣):

الوجه الأول: عدم التسليم بأن معظم النفع لرب المال.

الوجه الثاني: أنه لو سلم أن معظم النفع لرب المال، فإن المضارب لم يقبضه لينفع رب المال، وإنما أخذه لينفع نفسه.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى ما يعتضد بالواقعة من ظواهر تقوي جانب أحد المتداعين، كما لو كان العامل في مال المضاربة يغلب على تعامله مع رب المال الائتمان، واعتاد رب المال إيداع المال لديه أو كان أجيراً خاصاً أو نحو ذلك مما يدل على ائتمان رب المال للمضارب وثقته المتكررة به، مما يغلب على الظن أن رب المال يأتّمه على ماله، وكان معروفاً بالصدق والأمانة، أو كانت نسبة العامل قليلة يظهر فيها عدم النظر إلى منفعته، وأنها بمقدار ما قام به وتكلفه في عمل المضاربة ليس أكثر، فيكون ما سبق مقويّاً جانب العامل، فيكون القول المقدم في الرد قوله بيمينه، وأما إن خلا التداعي عن مثل هذه الظواهر، فيكون القول المقدم قول رب المال بيمينه؛

(١) ينظر: المبسوط: (١٠٨/٢٢). (٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٤٠/١٤).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

لما ذكر في أدلة القول الأول؛ خصوصاً في مثل هذا الزمن الذي لا يعرف فيه رب المال في كثير من الأحيان المضارب بل يكون رب المال فرداً من مساهمة في عدد كبير من المساهمين ونحو ذلك؛ مما يجعل المبالغة في اعتبار الائتمان محل نظر، كما أنه في كثير من الأحيان تكون نسبة المضارب أكبر من نسبة رب المال، فيكون اعتبار أنه قبض المال لمنفعته ظاهراً، والتفريق بين قبضه العين للعمل فيها أو للانتفاع بها غير ظاهر خصوصاً إذا كانت منفعة المضارب من المضاربة كبيراً يكاد الناظر فيها يجزم بأن انتفاعه منها أكبر من انتفاع المستأجر والمرتهن بما قبضه، ويزداد جانب رب المال رجحاناً إذا نتج ربح عن المضاربة؛ لأن المضارب - علاوة على ما سبق - يريد استيفاء نصيبه من الربح قبل سداد رأس المال لربه.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال ما إذا نتج عن المضاربة ربح، فعلى القول بتقديم قول رب المال فلا يقسم الربح بين رب المال والعامل، وإنما يرد إلى رب المال لحين سداد خسارة ونقص رأس مال المضاربة^(١) ثم يقسم بعدها الربح، وأما على القول بتقديم قول العامل، فيقسم الربح بين رب المال والمضارب.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو أن وصف العامل بالأمانة في المضاربة هل هو مؤثر في قبول قوله في الرد، فيقدم على الأصل أم لا، فمن قال بأن وصف المضارب بالأمانة مؤثر ومقدم على الأصل قال بتقديم قول

(١) ينظر: المبسوط: (١٠٨/٢٢).

العامل، ومن قال بأن وصف الأمانة هنا غير مؤثر وغير راجح على الأصل أخذ بمقتضى الأصل، وهو عدم الرد وجعل القول رب المال يمينه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الإنكار) على هذا المسألة واضح ظاهر، ويظهر من خلال ما نص عليه في الدليل الثاني للقول الأول، وذلك أن جانب رب المال إنما رجح لأنه منكرٌ دعوى المضارب، وهذا أثر ظاهر لهذه القرينة.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر.

فأما ما استدل به من الأصول:

(الإنكار).

وأما الظواهر:

(كل من قبل قوله في التلف قبل قوله في الرد).

(الأمانة).

فمن رجح بعضها قال بمقتضاه، ومن رجح غيرها قال بمقتضى ما رجحه.

المطلب الثاني

اختلاف رب المال والعامل في الجزء المشروط للعامل^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف رب المال والعامل في الجزء المشروط للعامل بعد ظهور الربح، فقال العامل: «شرطت لي نصف الربح»، وقال رب المال: «بل ثلثه»^(٢) ونحو ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول المقدم قول رب المال بيمينه، وهو مذهب

الحنفية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٥٢٣/٣).

(٢) من عجيب الاتفاقات في هذه المسألة أن المذاهب الأربعة نصت على هذه المسألة بهذا القدر والكيفية من الاختلاف بين الثلث والنصف. ينظر: المبسوط: (١٩/٢٢)، التبصرة: (١١/٥٢٤٤)، العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٧)، كشاف القناع: (٥٢٣/٣).

(٣) المبسوط: (٨٩/٢٢)، بدائع الصنائع: (٧٧، ٧٣/٨).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤١/١٤)، كشاف القناع: (٥٢٣/٣)، شرح

المنتهى: (٥٨٨/٣).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «ولكن اليمين على المدعى عليه»^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** جعل اليمين في جانب المدعى عليه، ومالك المال مدعى عليه الزيادة التي يدعيها العامل، فكانت اليمين في جانبه دون غيره^(٢).

٢- أن الربح بما ملك رب المال، وإنما يستحقه العامل بالشرط، فهو يدعي الزيادة فيما شرط له، ورب المال ينكرها، فكان القول قوله؛ لأنه منكر^(٣).

٣- أن شرط الربح يستفاد من قبل رب المال، فكان القول قوله في مقداره، فلو أنكر رب المال أصل اشتراط الربح، وقال: «إنما دفعته إليك بضاعة» لكان القول قوله، وكذلك إذا أقر ببعض شرط الربح دون بعضه^(٤).

القول الثاني: أن القول المقدم قول العامل بيمينه إن أشبه^(٥) وكان المال بيده أو كان ودیعة ولو عند ربه، فإذا لم يشبه قدم قول رب المال بيمينه إن أشبه، فإن لم يشبه أحدهما فيتحالفان، وهو مذهب المالكية^(٦).

(١) سبق تخريجه. (٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٤١/١٤).

(٣) ينظر: المبسوط: (٨٩/٢٢)، الشرح الكبير: (١٤١/١٤)، كشاف القناع: (٥٢٣/٣)،

شرح المنتهى: (٥٨٨/٣). (٤) ينظر: بدائع الصنائع: (٧٣/٨).

(٥) أي: مماثلاً لما يشترط لمثله في بلده. ينظر: منح الجليل: (٣٧٩/٧).

(٦) ينظر: البيان والتحصيل: (٣٩٠/١٢)، التبصرة: (٥٢٤٤/١١)، الذخيرة: (٤٦/٦)،

التوضيح: (٨٨/٧)، منح الجليل: (٣٧٩-٣٨٠)، وإذا لم يكن المال بيد العامل أو كان عند رب المال على غير وجه الوديعة فقد ذكر بعض المالكية أنه إن كان العامل سلم المال لربه ليتصرف فيه ويكون جزء الربح سلفاً عنده، أو ليأخذ رب المال رأس ماله ونصيبه من الربح، بل لو كان الربح بيد العامل ورأس المال عند ربه، فيكون القول المقدم -عندئذ- قول رب المال (ينظر: التبصرة: (٥٢٤٤/١١)، التوضيح: (٨٩/٧))، =

واستدلوا: بأن الربح ناتج عمل العامل، فكان القول قوله بمنزلة الصانع يكون القول قوله في الإجارة إذا ادعى ما يشبه؛ لأنه البائع لعمل يده وما أدخله من صنعة^(١).

ونوقش: بأنه لم يكن القول قول الصانع فيما يدعي من الأجرة إلا إذا أشبه قوله من أجل أنه بائع لعمله، ولما أدخله من الصنعة؛ إذ لو صحت هذه العلة لوجب أن يكون القول قول بائع الثوب في ثمنه إذا أشبه قوله، وهذا ما لا يصح، وإنما كان القول قول الصانع في مبلغ الأجرة من أجل أن الشيء المصنوع كالرهن في يده بما يدعي من الأجرة في عمله، ولو اختلفا في الأجرة بعد دفع الشيء المصنوع إلى ربه لكان القول قول رب الثوب؛ إذ لم يبق بيد الصانع ما يشهد له على ما يدعي من الأجرة^(٢).

ويستدل لهم على تقديم قول رب المال بما استدل به أصحاب القول الرابع على ذلك.

= وأما غيرهم، فلم أجد لهم نصًا على المفهوم المذكور، ولكن جعل خليل في مختصره (ينظر: منح الجليل: (٧/ ٣٧٩-٣٨٠)) تقديم قول رب المال مقصورًا إن أشبه وحده، وعليه إن أشبه العامل ولم يكن المال بالصفة المذكورة سابقًا فلا يقدم قول رب المال، فيكون اشتراط الصفة في المال المذكورة ليست مؤثرة، ولعل ذلك هو سبب عدم اشتراط هذا الشرط عند من قبل اللخمي كما ورد ذلك في البيان والتحصيل والنقل الذي أورده صاحب الذخيرة - كما في المراجع السابقة -، وبذلك يقرب قول المالكية مع القول الرابع والرواية الثانية للحنابلة، وعلى كل فالله **عَزَّوَجَلَّ** أعلم بحقيقة مفهوم ما اشترط في المال وتحقيق قول المالكية فيه.

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (١٢/ ٣٨٩).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

القول الثالث: أنهما يتحالفان، وهو مذهب الشافعية^(١).

واستدلوا: بأنهما اختلفا في عوض العقد مع اتفاقهما على صحته، فأشبهه اختلاف المتبايعين في الثمن^(٢).

ونوقش من أوجه^(٣):

الوجه الأول: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** كما في الحديث السابق - جعل اليمين في جانب المدعى عليه، ومالك المال مدعى عليه الزيادة التي يدعيها العامل، والعامل ليس مدعى عليه، فكانت اليمين في جانب رب المال دون غيره، فلا وجه لتحليف العامل؛ لمخالفته الحديث.

الوجه الثاني: أنه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر الاختلافات المذكورة سابقاً.

الوجه الثالث: الفرق بين اختلاف المتبايعين وبين اختلاف المضارب ورب المال، فإن المتبايعين يرجعان إلى رؤوس أموالهما بخلاف المضارب ورب المال.

القول الرابع: أن القول قول العامل إذا ادعى أجره مثله أو ما يتغابن به الناس، وإن ادعى أكثر فالقول قول رب المال، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤٧/٦)، نهاية المحتاج: (٢٤٤/٥)، تحفة المحتاج:

(١٠٦/٦)، مغني المحتاج: (٤١٩/٣)، أسنى الطالب: (٣٩٢/٢).

(٢) العزيز شرح الوجيز: (٤٧/٦)، نهاية المحتاج: (٢٤٤/٥)، تحفة المحتاج: (١٠٦/٦)،

مغني المحتاج: (٤١٩/٣)، أسنى الطالب: (٣٩٢/٢).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٤١/١٤).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤١/١٤).

واستدلوا على تقديم قول العامل إذا ادعى أجره مثله أو ما يتغابن به الناس: بأن الظاهر يصدقه ويرجح جانبه^(١).

واستدلوا على تقديم قول رب المال إذا ادعى العامل أكثر من أجره المثل أو ما يتغابن به الناس: بالقياس على اختلاف الزوجين في قدر الصداق، فيكون القول قول الزوج في إنكار ما زاد على ما ادعته المرأة^(٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى الأ شبه من كلا الجانبين، فإن كان الأ شبه العامل وحده قدم قوله، وإن كان رب المال هو الأ شبه وحده قدم قوله، وإن أشبها جميعاً أو لم يشبه أي منهما، فيقدم قول رب المال، فأما تقديم قول الأ شبه فلما استدل به أصحاب القول الثاني والقول الرابع، وأما تقديم قول رب المال عند اتفاقهما في الإ شباه وعدمه، فلما استدل به أصحاب القول الأول.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة من وجهين:

الوجه الأول: فيما إذا تلف الربح في يد العامل، فعلى القول بتقديم قول رب المال، يكون عليه ضمان السدس لرب المال؛ لأن رب المال جعل للمضارب الثلث، ولكن المضارب ادعى لنفسه السدس زيادة عليه فيضمن ما لم يقر به رب المال؛ لأن دعواه تتضمن الادعاء بآئتمان رب المال له على هذا السدس، فيضمنه^(٣)، وأما على القول بتقديم قول العامل فيقتضي ألا

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٤١/١٤). (٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٧٧/٨).

ضمان عليه لهذا النصيب، وكذلك على القول بالتحالف، فإن الربح والخسارة يختص بهما رب المال دون العامل^(١)، وهذا في غير التعدي والتفريط.

الوجه الثاني: أن من قال بتقديم قول رب المال، فإنه يجعل للعامل ما ادعاه رب المال، ومن قال بتقديم قول العامل، فإنه يجعل له ما ادعاه، وأما من قال بالتحالف، فإنه يجعل للعامل نصيب مثله من الربح، أو أجره مثله وللمالك الربح كله على خلاف بينهم^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى الخلاف في تأثير ظاهر الحال أو الأصل أو عدم تأثيرهما في تقديم قول أحد المتداعين، فمن قال بأن ظاهر الحال له تأثير رجح قول من ادعاه، ومن قال بأن الأصل هو القوي في المسألة ولا تأثير للظاهر جعل القول قول رب المال، وأما من رأى تعارضهما أو قاسهما على اختلاف المتبايعين في الثمن جعل التحالف بينهما، وكان للعامل أجره مثله أو نصيبه من مضاربة مثله.

- (١) ينظر: أسنى الطالب: (٢/٣٩٢)، ويرد احتمال بضمن العامل في التحالف وفق ما ذكر في تقديم قول رب المال؛ لأن مؤدى التحالف مع القول بأن ثمرته أن يكون للعامل أجره المثل لتقديم قول رب المال في الربح، فيكون ما ذكر في تقديم قول رب المال وارداً هنا.
- (٢) ينظر: الذخيرة: (٦/٤٦)، التوضيح: (٧/٨٨)، منح الجليل: (٧/٣٧٩-٣٨٠)، العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٧)، نهاية المحتاج: (٥/٢٤٤)، تحفة المحتاج: (٦/١٠٦)، مغني المحتاج: (٣/٤١٩)، أسنى الطالب: (٢/٣٩٢) على تفصيل وخلاف عند الشافعية فيما إذا كانت أجره المثل أكثر مما ادعاه العامل أو أقل.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الإنكار) أثرًا على ظاهرًا على هذه المسألة، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: اتفاق القائلين بتقديم قول رب المال على الاستدلال بهذه القرينة، وتأثيرها على هذه المسألة بتقديم قول رب المال، فلم يقتصر الاستدلال بها على الحنابلة بل استدل بها الحنفية أيضًا - كما يظهر ذلك من أدلة القول الأول -.

الوجه الثاني: تأثير قرينة: (الإنكار) على تقديم قول رب المال، فإن قول رب المال قدم؛ لأنه ينكر قول العامل ودعواه الزيادة على ما ذكره، وبذلك يظهر أثر قرينة: (الإنكار) واضحًا جليًا.

وقد تعارض في هذه المسألة أصل وظاهر.

فالأصل: (الإنكار).

والظاهر: تصديق الواقع والعرف قول العامل.

المبحث الرابع
أثر قرينة: (الإنكار) في بابي
الإجارة، والغصب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف المؤجر والمستأجر في مدة الإجارة.

المطلب الثاني: اختلاف الغاصب والمالك في زيادة قيمة المغصوب
أو قدره أو صناعة فيه.

المطلب الأول

اختلاف المؤجر والمستأجر في مدة الإجارة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف المستأجر والمالك في المدة، فقال المالك: «أجرتك سنة بدينار»، وقال المستأجر: «بل سنتين بدينارين» ونحو ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: أنهما إن اختلفا قبل استيفاء المنفعة، فإنهما يتحالفان، وأما إن اختلفا بعد استيفائها، فالقول المقدم قول المستأجر بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣٩/٤).

(٢) ينظر: البناية: (٣٧٠-٣٧٢)، تبيين الحقائق: (٣١١/٤)، حاشية ابن عابدين: (٣١٤-٣١٥/٨).

استدلوا على التحالف: بالقياس على الاختلاف في البيع قبل القبض، فكما يتحالفان في الاختلاف في البيع قبل القبض فكذلك يتحالفان في الاختلاف في المدة قبل القبض؛ لأن الإجارة نظير البيع^(١).

واستدلوا على تقديم قول المستأجر في المستوفى من المنفعة: أن المعقود عليه في الإجارة المنافع، وهي غير متقومة، وباستيفائها تكون هلكة، وعليه لو قيل بالتحالف، فيفسخ العقد، وبه يتبين عدم العقد الوارد عليها؛ وهو سبب تقومها، فلا يرد عليها الفسخ؛ لعدم وجود العقد من أصله بما اتضح من الفسخ، فإذا تعذر التحالف، فيقدم قول المستأجر لأنه المدعى عليه استحقاق الأجرة للمؤجر، وهو ينكره^(٢).

القول الثاني: أنهما إن اختلفا قبل استيفاء المنفعة، فإنهما يتحالفان، وأما إن اختلفا بعد استيفائها، فالقول المقدم قول المالك بيمينه إن أشبه، وهو مذهب المالكية^(٣).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٣١٥ / ٨).

(٢) ينظر: البناية: (٣٧١ / ٩)، تبين الحقائق: (٣١١ / ٤)، ويظهر من هذا الدليل أن المقصود به وبالقول الذي بني عليه غير المسألة المذكورة في التصوير؛ وذلك لأن صورة المسألة: المؤجر هو الذي ادعى عليه استحقاق سنة أخرى بخلاف المستأجر فلم يدعى عليه بزيادة على ما ادعاه بل إن ما ادعاه أكثر مما ادعاه المؤجر، ولكن لعموم ما ذكر في المراجع المذكورة في التوثيق من اختلاف المؤجر والمستأجر في المبدل منه أو المدة جعلت قول الحنفية ما ذكر، فالله أعلم بتحقيق مذهبهم في هذه المسألة.

(٣) ينظر: النوار والزيادات: (١٤٥-١٤٦ / ٧)، منح الجليل: (٥٧ / ٨)، وما ذكرته هو ما ورد في النوار والزيادات، وأما منح الجليل فذكر اختلاف المالكية: بأن بعضهم قدم قول المالك مطلقاً، وبعضهم فصل، وذكر من جمع بينهما: بأن قول المالك مقدم إذا أشبه، وأما إذا لم يشبه، وأشبه المستأجر، فيكون القول قوله، وإذا لم يشبه جميعاً فيتحالفان، وعلى كل فالله أعلم بتحقيق قول المالكية في هذه المسألة.

ويستدل لهم على تقديم قول المالك بأدلة القول الرابع، وعلى التحالف بأدلة القول الرابع.

القول الثالث: أنهما يتحالفان ولا يقدم قول أحدهما، وهو مذهب الشافعية^(١).

واستدلوا: بالقياس على المتبايعين إذا اختلفا، فكما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا يتحالف المالك والمستأجر في هذه المسألة^(٢).

القول الرابع: أن القول المقدم قول المالك، وهو مذهب الحنابلة^(٣).
واستدلوا بالتالي:

١- أن المالك منكر الزيادة التي يدعيها المستأجر، والقول قول المنكر، فكان القول المقدم قوله فيما أنكره^(٤).

٢- القياس على ما إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع، فكما يقدم قول المالك فيه، قدم هنا قول المالك أيضاً؛ لأن المدة في الإجارة بمنزلة المبيع في البيع^(٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - إعمال الظاهر وقرائن الأحوال إذا توفرت، كما لو كان العين المؤجرة لا تؤجر غالباً إلا بالمدة التي يدعيها المستأجر؛

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٧١)، نهاية المحتاج: (٥/٣١٥)، أسنى المطالب: (٢/٤٢٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٧١).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٣)، كشف القناع: (٤/٣٩).

(٤) المرجعان السابقان.

(٥) ينظر: كشف القناع: (٤/٣٩).

كما لو كانت أرضًا زراعيًا لا ينتج محصولها إلا في المدة التي يدعيها المستأجر، أو كانت الأجرة قليلة لا يقبل بها غالبًا إلى إذا كانت وفق ما ادعاه المستأجر، ونحو ذلك من جريان العادة والعرف بما يعضد قول أحد المتداعين، فيكون القول من عضد جانبه قرائن الأحوال المذكورة ونحوها يمينه، وأما إن خلا التداعي من هذه القرائن فيكون القول المقدم قول المالك يمينه، وذلك لظهور ما استدل به أصحاب القول الرابع وملاقته لخصوص هذه المسألة بخلاف ما ذكر في أدلة الأقوال الأخرى، فهي عمومات، والخاص مقدم على العام كما هو مقرر في الأصول.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة: بأن من قال بالتحالف، فإنه يقول بفسخ العقد - إما بالتحالف نفسه أو بفسخ بعده - وإرجاع الأجرة للمستأجر، والعين للمؤجر إذا لم تمض مدة لها أجرة، وأما إذا مضت مدة لها أجر، فيكون على المستأجر أجرة مثلها^(١)، وأما إذا قيل بتقديم قول أحد المتداعين فيلزم غيره بما ادعاه المقبول قوله.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو الخلاف في أي قول المتداعين يقدم عند الاختلاف في قدر المبيع^(٢)، فمن قال بتحالفهما فيها قال بتحالفهما

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٢).

(٢) سبق بفضل الله عزَّوجلَّ تناول الخلاف في المطلب الثالث من المبحث الأول من الباب الثالث.

في هذه المسألة، ومن قال بتقديم قول البائع في تلك المسألة قال بتقديم قول بائع المنفعة - المالك - في هذه المسألة.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة ظاهر، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الاستدلال بهذه القرينة في هذه المسألة لم يقتصر على الحنابلة بل استدل بها الحنفية كما يظهر ذلك من دليلهم على تقديم قول المستأجر عند الاختلاف بعد استيفاء المنفعة.

الوجه الثاني: أن لهذه القرينة أثراً ظاهراً على تقديم قول المالك، فإنه منكر زيادة المدة التي يدعيها المستأجر، فلذلك قدم قوله.

المطلب الثاني

اختلاف الغاصب والمالك في زيادة قيمة المغصوب أو قدره أو

صناعة فيه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الغاصب ومالك العين المغصوبة، فادعى المالك زيادة قيمة العين المغصوبة قبل تلفها، وأنكر الغاصب، أو اختلفا في قدرها: بأن قال المالك: «غصبتني مئة»، وقال الغاصب: «بل خمسين» أو صناعة فيها: بأن قال المالك: «كان العبد كاتبًا» أو «له صناعة»، وأنكر الغاصب ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٢٩١ / ١٥)، كشف القناع: (٤ / ١١٤).

القول الأول: أن القول المقدم قول الغاصب بيمينه، وهو مذهب

الحنفية^(١)، والمذهب عند الشافعية^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المالك يدعي على الغاصب ضمان الصفة التي يدعيها، والغاصب

ينكرها وينكر ضمانها، فكان القول المقدم قوله؛ لأنه المنكر^(٤).

٢- أن الغاصب غارم بضمان العين المغصوبة بصفاتها فكان القول

المقدم قوله فيما يغرمه^(٥).

٣- أن المالك يدعي شغل ذمة الغاصب بما ادعاه من الزيادة، والغاصب

يتمسك بأصل براءة ذمته، فكان القول المقدم قول الغاصب؛ لأن الأصل

براءة الذمة^(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (١٠/٤٤، ٦٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/١٧٧، ١٧٨، ٢٢٤)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٤٣٣-

٤٣٨، ٤٣٥)، نهاية المحتاج: (٥/١٧٤)، مغني المحتاج: (٣/٣٥٦)، أسنى المطالب:

(٢/٣٥٠) وكونه المذهب هو في الاختلاف في الصناعة كما يظهر من القول الرابع.

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/٢٩١)، كشف القناع: (٤/١١٤)، شرح

المنتهى: (٤/١٦٧).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: (١٠/٦٨)، الحاوي الكبير: (٧/١٧٨)، كشف القناع:

(٤/١١٤)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/١٧٨)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٤٣٨)، نهاية المحتاج:

(٥/١٧٤)، مغني المحتاج: (٣/٣٥٦)، أسنى المطالب: (٢/٣٥٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٢٢٤)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٤٣٣)، الشرح الكبير:

(١٥/٢٩١)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).

٤- أن المالك يدعي في العين المغصوبة صفة طارئة - بادعائه الصناعة -
توجد العين المغصوبة بدونها، فكان القول قول من ينفيها؛ لأن الأصل في
الأمور العارضة العدم^(١).

القول الثاني: أن القول المقدم قول الغاصب يمينه إن أشبه، وأما إذا لم
يشبه فيكون القول المقدم قول المالك يمينه إن أشبه، وهو مذهب المالكية^(٢).
واستدلوا بالتالي:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»**^(٣).
وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** جعل قول المنكر مقدماً بيمينه،
والغاصب في هذه المسألة منكر، فكان القول المقدم قوله^(٤).

٢- بالقياس على ما إذا اختلف المالك مع مشتري العين المغصوبة من
الغاصب، فيقبل قول المشتري بيمينه، فكذلك الغاصب هنا يقبل قوله
بيمينه^(٥).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/ ٤٣٤)، شرح المنتهى: (٤/ ١٦٧).
(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/ ٢٣٢)، النوادر والزيادات: (١٠/ ٣٥٧-٣٥٨)،
التبصرة: (١٢/ ٥٨٠٥-٥٨٠٦)، التوضيح: (٦/ ٥٢١، ٥٢٢)، منح الجليل:
(٧/ ١٣٠، ١٣١)، وإن لم يشبها فإنها يحلفان ويقضى بينهما بأوسط القيم. ينظر: منح
الجليل: (٧/ ١٣٠، ١٣١)، وفيه مزيد تفصيل فليراجع، ولم أجد لدى المالكية إلا النص
على الاختلاف في القدر، وأما غيره فوجدت الاختلاف في صفة العين المغصوبة، فرأيت
دخول الاختلاف المذكور فيه لعمومه، فإن كان الأمر كما رأيته، وإلا فيني لم أجد غير ما
ذكرته.

(٣) سبق تخريجه. (٤) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/ ٢٣٢).

(٥) ينظر: منح الجليل: (٧/ ١٣١-١٣٢).

القول الثالث: أن القول المقدم في القدر قول رب المال إلا أن يدعي ما لا يشبهه، فيكون القول المقدم الغاصب إن ادعى ما يشبهه، وإن لم يشبهه، فإنه يحبس، فإن طال حبسه ولم ينتقل عن قوله قبل قوله بيمينه^(١)، وأما في غيره فيقدم قول الغاصب مطلقاً بيمينه، وهو قول بعض المالكية^(٢).

واستدلوا على تقديم قول رب المال في القدر: بأنه يغلب على من غصب مال غيره ألا يقر بالحق ولا يعترف بجميع ما أخذ، فيكون كمن كتم ولم يقر بشيء، فلا يقبل قوله^(٣).

ونوقش هذا القول بتقديم قول الغاصب مطلقاً: بأنه لا يكاد أحد يرغب بغصب العين المذكورة مع وجود صفات النقص والتي لا تلائم ولا تشبه أن تصدق قول الغاصب مما يضعف قوله^(٤).

القول الرابع: أن القول المقدم في الصناعة قول المالك، وهو وجه عند الشافعية^(٥).

واستدلوا: بأن المالك أعرف بصفته مملوكه، فكان القول المقدم قوله^(٦).

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٢٣٢-٢٣٣)، النوادر والزيادات: (١٠/٣٥٧-٣٥٨)، التبصرة: (١٢/٥٨٠٥-٥٨٠٦)، التوضيح: (٦/٥٢١، ٥٢٢)، منح الجليل: (٧/١٣٠، ١٣١)، واشترك في هذا القول: مطرف وابن كنانة وأشهب، كما في المراجع السابقة، وفي التوضيح: (٦/٥٢٢) مزيد تفصيل فليراجع.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (١١/٢٣٢-٢٣٣)، النوادر والزيادات: (١٠/٣٥٧-٣٥٨)، التبصرة: (١٢/٥٨٠٥-٥٨٠٦)، التوضيح: (٦/٥٢١، ٥٢٢)، منح الجليل: (٧/١٣٠، ١٣١)، وانفرد بهذه الزيادة أشهب كما في المراجع السابقة.

(٣) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٨٠٦). (٤) ينظر: المرجع السابق.

(٥) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٤٣٤). (٦) ينظر: المرجع السابق.

الترجيح:

لعل الرجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لأن فيه جمعاً بين الأدلة وإعمال الأصول والظواهر الموجودة في المسألة - محل الدراسة -، وذلك لأن الأصول التي استدل بها أصحاب القول الأول تكون محل إعمال بتقديم قول الغاصب إن أشبه، وأما إذا لم يشبه، وأشبه المالك، فيكون الظاهر مصدقاً له وعاضداً جانبه فيكون القول المقدم قوله؛ ولأن القول الثالث جعل القول المقدم - في حال عدم إشباه أي من المتداعين - قول الغاصب مما يجعل جانب الغاصب أقوى عند أغلب من تناول هذه المسألة.

ثمرة الخلاف:

أن من رجح جانب أحد المتداعين، فإنه يلزم خصمه بمقتضاه، فمن رجح جانب الغاصب لم يحكم للمالك إلا بما أقر به الغاصب، ومن رجح جانب المالك حكم له بما ادعاه بيمينه، ومن قال بالتحالف: جعل للمالك أوسط القيم^(١).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى أمور:

الأول: هو أن اتصاف الغاصب بهذه الصفة هل هو مانع من قبول قوله ودال على كتمانته وجحدته حق مالك العين المغصوبة أم لا، فمن رآه مؤثراً ومانعاً من قبول قوله جعل القول المقدم قول المالك، ومن لم يره مؤثراً أعمل الأصل، وقدم قول الغاصب.

(١) ينظر: منح الجليل: (٧/١٣٠).

الثاني: هو أن المالك هل هو أعلم بصفة العين التي يملكها أم لا، فمن رآه مؤثراً جعل القول المقدم قول المالك، ومن لم يره مؤثراً أعمل الأصل، وقدم قول الغاصب.

الثالث: أن الظاهر والشبه هل لهما دور وتأثير في ترجيح قول أحد المتداعين، فمن رآه مؤثراً جعل القول المقدم قول من يشهد له الظاهر والشبه، ومن لم يره مؤثراً أعمل الأصل، وقدم قول الغاصب.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الإنكار) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الإنكار) أثراً ظاهراً بيناً على هذه المسألة، بل لو قيل: إنها أكثر مسألة لقرينة: (الإنكار) أثر عليها في هذا الفصل لم يكن بعيداً، ويظهر هذا الأثر من وجهين:

الوجه الأول: أن كل من قال بتقديم قول الغاصب نص على هذه القرينة؛ فقد نص عليها الحنفية والشافعية والحنابلة كما في الدليل الأول للقول الأول، بل لم يقتصر ذلك على أصحاب هذا القول فإن القول الثاني تأثر بها، وذلك بالاستدلال بالنص الدال عليها.

الوجه الثاني: أن أغلب أدلة المسألة متأثرة بها، بل أثرها متنوع، ويظهر ذلك بعدة أمور:

الأمر الأول: الاستدلال بنصها: وهو ما ورد في الدليل الأول للقول الأول أن الغاصب منكر الصفة والزيادة والضمان التي يدعيها المالك، فكان القول قوله، واكتفي بها دليلاً على ترجيح قول الغاصب؛ بأنه منكر.

الأمر الثاني: الاستدلال بقرينتين أخص من قرينة الإنكار - كما في أدلة القول الأول-، وهما: (الأصل براءة الذمة)، و(الأصل في الأمور العارضة العدم)، ولذا يصح الاستدلال بقرينة الإنكار مكانهما.

الأمر الثالث: الاستدلال بالحديث الذي نص عليها - كما في أدلة القول الثاني -، وهو استدلال صريح بها لا ينزل عن رتبة الاستدلال بنص القرينة. وبما سبق يظهر أن المسألة محل الدراسة أثرت قرينة: (الإنكار) على القائلين فيها، وعلى الأدلة التي استدلوا بها فلم يخلو دليل من أثر قرينة: (الإنكار) سوى ثلاثة أدلة.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فأما الأصول:

(الإنكار)، (الأصل في الأمور العارضة العدم)، (الأصل براءة الذمة)، (الغرم).

وأما الظواهر:

تقديم قول من أشبهه، يغلب على من غضب مال غيره ألا يقر بالحق ولا يعترف بجميع ما أخذ.

المبحث الخامس أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثالث: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

(١) ويضاف إلى ما ذكر في هذا المبحث ما سبق من أثر القرائن التي تشملها قرينة: (الإنكار)، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

المطلب الأول

أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ القضائية يجد أثر قرينة: (الإنكار) على ترجيح قول أحد المتداعين واضحًا، ومن ذلك:

١- المبدأ الصادر من المجلس الأعلى للقضاء بهيئته الدائمة برقم: (٥/٢٤)، وتاريخ: ١٤٠٧/٠٢/٠٨هـ، والذي ينص على أن: «إقرار من يجر لنفسه نفعًا بإقراره لا يعتد به في مواجهة من ينكره»^(١).

٢- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣/٣/٧)، وتاريخ: ١٤٣٧/٠٣/٠٣هـ، وهو المبدأ الصادر أيضًا منها برقم: (١/١/٢٥٨)، وتاريخ: ١٤٣٧/١١/١٥هـ، والذي ينص على أن: «اليمين تشرع في جانب أقوى المتداعين، فإن لم يتقو جانبه لتطرق الاحتمال إلى ما استدل به، كانت اليمين في غير محلها فيرجع إلى الأصل بأن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢).

ويظهر من هذين المبدأين أمران:

الأول: أن اعتبار قرينة: (الإنكار) تنوع؛ ففي المبدأ الأول اعتبر ضد من يتمسك به غير معتبر، ويتضمن هذا ترجيح جانب المنكر على صاحب

(١) المبدأ ذو الرقم: (٢٢٧١) من المبادئ والقرارات: (ص ٥٦٢).

(٢) المبدأ ذو الرقم: (٢٢٥٥) من المبادئ والقرارات: (ص ٥٥٧).

الإقرار، وأما المبدأ الثاني فنص على مستند قرينة: (الإنكار) صراحة، وذلك بتقديمه على الأدلة المحتملة التي يقدمها خصمه.

الثاني: الاحتجاج بهذه القرينة في فترات متفاوتة، فالمبدأ الأول كان عام: ١٤٠٨هـ، والثاني كان في عام: ١٤٣٧هـ، مما يدل على استقرار العمل القضائي في المملكة واستمراره على اعتبار هذه القرينة.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



إن الباحث في الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية يجد لقرينة: (الإنكار) تطبيقات، ومن ذلك:

١- النص على مستندها الشرعي: وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من نظام الإثبات: «١- البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

٢- يوضح دلالة أخذ نظام الإثبات بالترجيح بقرينة الإنكار أنه جعل عبء إثبات صدور المحرر العادي من منكره على خصم هذا المنكر؛ كما نصت على ذلك المادة التاسعة والثلاثون من نظام الإثبات.

٣- جعلها شرطاً لأمر المحكمة بالتحقيق الذي يكون لتقوية جانب أحد المتداعين، وهو ما نصت عليه المادة الحادية والأربعون من نظام الإثبات، ونصها: «إذا أنكر من احتج عليه بالمحرر العادي خطه أو إمضاه أو ختمه أو بصمته أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه أو نفى علمه به، وظل الخصم الآخر متمسكاً بالمحرر، وكان المحرر منتجاً في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتهما في إقناع المحكمة بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة، فتأمر المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما، وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في النظام، ولا تسمع الشهادة إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو البصمة على المحرر».

المطلب الثالث

أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية^(١)



الدعوى:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى الدائرة التجارية الأولى وبناءً على القضية رقم ١٣٤٣ لعام ١٤٤٠ هـ المقامة من / (... هوية وطنية (... ضد / (... هوية وطنية (... ضد / (... هوية وطنية (...)، [المشكلة من:] القاضي (... رئيساً، القاضي (... عضواً، القاضي (... عضواً.

(الوقائع)

تتحصل واقعات هذه الدعوى في أن المدعي تقدم إلى هذه المحكمة بلائحة دعوى ذكر فيها وفي مرافعته أنه يطلب الحكم بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ قدره سبعمئة ألف ريال، والتي تمثل المتبقي من رأس ماله المسلم للمدعى عليه للمضاربة به وتشغيله في مجال الاتصالات، والذي تبين أن المدعى عليه لم يشغله، ثم التزم برد رأس المال وقام برد مبلغ قدره مليون ريال، ولم يرد المتبقي من رأس المال، وبقيت الدعوى وإحالتها إلى هذه الدائرة باشرت نظرها وفقاً للوارد بمحاضر الضبط، حيث كرر وكيل المدعي دعوى موكله أمام الدائرة، مستنداً على العقد المبرم بتاريخ ١٢ / ٦ / ١٤٢٦ هـ،

(١) حكم منشور في البوابة القضائية العلمية برابط:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/27110>.

والشيك الصادر من المدعي لصالح المدعو (...)، والذي جبره للمدعي عليه والمؤرخ ١١/٢/١٤٢٦هـ، إضافة إلى الكمبيالة التي يلتزم فيها المدعي عليه بدفع مبلغ قدره خمسمئة ألف ريال للمدعو (...).

الإجابة:

وبعرض الدعوى على المدعي عليه أقرّ باستلام المبلغ محل الدعوى، ودفع بأنه بعد الاتفاق بعشرين يوماً تم القبض على المدعي، وأنه استدعي من قبل اللجنة المشكلة لدراسة قضايا المدعي في شرطة (...)، وطُلب منه رد المبالغ، وعليه أعاد مبلغ قدره مليون ومئة وعشرون ألف ريال، إلى حساب المدعو (...). وبعد ثلاثة أشهر طلبت اللجنة إيداع المتبقي من المبالغ في حساب المدعي، فتم تحويل مبلغ قدره سبعمئة ألف ريال، إضافة إلى تسليم مبلغ قدره خمسون ألف ريال لأخ المدعي، المدعو (...). حسب طلب المدعي، إضافة إلى مبلغ قدره خمسون ألف ريال، سُلم للمدعي في السجن، وقدم لإثبات دفعه عدداً من الحوالات الصادرة منه إلى حساب (...).

المرافعة:

وبعرض ذلك على المدعي وكالة أجب بأن موكله ينكر استلام المبالغ التي ذكر المدعي عليه، وذكر بأنه يتمسك بما ورد في لائحته، وأنه قد استلم من المدعي عليه مبلغ قدره ستمئة وخمسون ألف ريال عن طريق التحويل على حسابه، إضافة إلى ما تسلمه عن طريق المدعو (...). وأجاب عن الحوالات التي أرفقها المدعي عليه والمتضمنة تحويل مبالغ للمدعو (...). أنه لا علاقة لموكله بها وأن التعامل بين المدعي عليه وبين (...) كبير، ثم قررت الدائرة إدخال المدعو (...) وبعرض الدعوى وجواب المدعي عليه،

أجاب بأنه منكر لما ذكره المدعى عليه، وذكر أنه لم يستلم من المدعى عليه لصالح المدعي سوى مبلغ قدره ثلاثمئة وخمسون ألف ريال، وفي جلسة الحكم حضر طرفا الدعوى، وطلبت الدائرة من المدعي اليمين على أنه لم يستلم المبلغ الذي يطالب به، وأنه ما زال في ذمة المدعى عليه (...). فحلف قائلاً: (والله العظيم الذي لا إله غيره أنني لم أستلم مبلغ ستمئة وخمسون ألف ريال، من المدعى عليه (...). ولم أفوض أي طرف آخر على تسلمها من المدعى عليه وأنها ما زالت بحوزته وفي ذمته والله العظيم والله العظيم والله العظيم). وبعرض هذه اليمين على وكيل المدعى عليه ذكر بأن موكله لا يقبل اليمين ويتمسك في أنه قد سلم كامل المبالغ للمدعي، وبتهيؤ الدعوى للفصل فيها أصدرت الدائرة حكمها مؤسساً على ما يلي:

الأسباب:

ولما كان المدعي يتبغي من دعواه الحكم بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ قدره ستمئة وخمسون ألف ريال، والذي يمثل المتبقي من رأس ماله المسلم له وفق التفصيل الوارد بواقعات الحكم، ولما كان المدعى عليه قد أقرَّ باستلام المبلغ محل العقد، إلا أنه دفع بدعوى سداد كامل ما للمدعي في ذمته، ولما كان المدعي قد أنكر تلك الدعوى، وحيث عجز المدعى عليه عن تقديم ما يثبت دعوى السداد، وقدّم مستندات قاصرة عن إثباتها، وحيث إن المتقرر شرعاً ونظاماً أن اليمين تتوجه على المنكر في حال عجز المدعي عن إثبات دعواه، وحيث أدى المدعي اليمين على نفي دعوى المدعى عليه السداد، وفق الصيغة الواردة بواقعات الحكم، فإن الدائرة تنتهي إلى حكمها الوارد بمنطوقه، وبه تقضي.

الحكم:

حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليه (...) سجل مدني رقم: (...) بأن يدفع للمدعي (...) سجل مدني رقم: (...) مبلغا قدره (٦٥٠, ٠٠٠) ستمئة وخمسون ألف ريال، والله الموفق. وصلى الله وسلّم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. عضو: (...). عضو: (...). رئيس الدائرة: (...).

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى دائرة الاستئناف الأولى وبناءً على القضية رقم ١٦٠ لعام ١٤٤٢ هـ المقامة من/ (... هوية وطنية (... ضد/ (... هوية وطنية ضد/ (... هوية وطنية (...)، [والمشكلة من:] القاضي (... رئيسا، والقاضي (... عضوا، القاضي (... عضواً.

(الوقائع)

وبعد الاطلاع ودراسة أوراق القضية والحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه، وحيث إن وقائع هذه القضية قد أوردتها الحكم محل الاستئناف المشار إليه أعلاه، وتتلخص دعوى المدعي في طلب الحكم بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغا قدره (٦٥٠, ٠٠٠) ستمئة وخمسون ألف ريال، والتي تمثل المتبقي من رأس ماله المسلّم للمدعى عليه للمضاربة به وتشغيله في مجال الاتصالات، حيث أن المدعي سلم للمدعى عليه مبلغاً قدره (١, ٧٠٠, ٠٠٠) مليون وسبعمائة ألف من أجل المتاجرة فيه على سبيل المضاربة إلا أن المدعى عليه لم يقوم بتشغيله وقد أعاد جزءاً منه وتبقى منه مبلغاً قدره (٦٥٠, ٠٠٠) ستمئة وخمسون ألف ريال لم يقوم المدعى عليه بإعادته له

حتى الآن، وبإحالة الدعوى للدائرة ناظرة القضية أصدرت بشأنها حكمها محل الاعتراض المنتهي بإلزام المدعى عليه (...) سجل مدني رقم: (...) بأن يدفع للمدعي (...) سجل مدني رقم: (...) مبلغا قدره (٦٥٠,٠٠٠) ستمئة وخمسون ألف ريال، وتسليم المدعى عليه نسخة من الحكم اعتراض عليه، وطلب استئنافه، وبجلسة ١٨/٨/١٤٤٢هـ ذكر وكيل المستأنف ضده بأنه موكله سلم المدعى عليه (...) (المستأنف) مبلغ مالية قدرها (١,٧٠٠,٠٠٠) ريال وقد أعاد المدعى عليه (المستأنف) جزء من المبلغ المسلم له كما هو موضح في المذكرات السابقة وتبقى في ذمته مبلغاً قدره (٦٥٠,٠٠٠) ريال، بينما ذكر وكيل المستأنف بأن موكله يقر باستلام مبلغ قدره (١,٧٠٠,٠٠٠) من المدعي (المستأنف ضده) لكن قام المستأنف بإعادته حسب ما هو موضح في مذكراته المودعة في ملف القضية، ثم قرر الطرفان الاكتفاء وطلبا الفصل في القضية، وبجلسة ٢٥/٨/١٤٤٢هـ حضر أطراف الدعوى، وقد اطلعت الدائرة على الحكم الصادر من الدائرة الابتدائية وعلى لائحة الاعتراض، وعليه خلت الدائرة للمداولة.

(الأسباب)

وحيث اطلعت الدائرة على أوراق القضية والحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه ظهر لها أن الاعتراض قد قدم خلال المدة المحددة نظاماً ومن ثم فهو مقبول شكلاً، وأما من حيث الموضوع فلم يظهر للدائرة من خلال الاعتراض على الحكم ما يوجب الملاحظة عليه مما تنتهي معه الدائرة إلى تأييده محمولاً على أسبابه.

(منطوق الحكم)

حكمت الدائرة: بقبول الاعتراض شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم الصادر عن الدائرة التجارية الأولى بتاريخ ١٢ / ٠٢ / ١٤٤٢ هـ في القضية رقم (١٣٤٣) لعام ١٤٤٠ هـ القاضي: بإلزام المدعى عليه (...) سجل مدني رقم: (...) بأن يدفع للمدعي (...) سجل مدني رقم: (...) مبلغا قدره (٦٥٠,٠٠٠) ستمائة وخمسون ألف ريال، لما هو موضح بالأسباب. عضو: (...) عضو: (...) رئيس الدائرة: (...).

أثر قرينة: (الإنكار) على الحكم القضائي:

إن الحكم القضائي المذكور أخذ بقرينة: **(الإنكار)**، ورجح بها جانب المدعي بعدم استلامه ما ادعى المدعى عليه سداده له، وذلك لخلو جانب المدعى عليه عن البينة الموصلة التي تدفع قرينة الإنكار، فلما خلا الجانبان من البينة رجح جانب المنكر، ووجهت اليمين عليه، فأداها وحكم له بدعواه.

الفصل السادس

أثر قرينة: (الغرم)

وفيه تمهيد، وأربعة مباحث:

المبحث الأول: أثر قرينة: (الغرم) في ترجيح قول أحد المتداعين في كتاب البيع والسلم.

المبحث الثاني: أثر قرينة: (الغرم) في ترجيح قول أحد المتداعين في أبواب الرهن، والإجارة، والعارية.

المبحث الثالث: أثر قرينة: (الغرم) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الغصب.

المبحث الرابع: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالأصل.

المطلب الأول

معنى القرينة



لغةً: قال ابن فارس: «الغين والراء والميم أصل صحيح يدل على ملازمة وملازمة، ومن ذلك الغريم، سمي غريمًا للزومه وإلحاحه... وغُرم المال من هذا أيضًا، سمي لأنه مال الغريم»^(١)، «والغريم: الذي له الدين والذي عليه الدين جميعًا، والجمع غرماء»^(٢).

ويطلق: (الغرم) في اللغة على معان^(٣):

١- الدَّين.

٢- أداء شيء لازم، ومنه: قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «الزعيم غارم»^(٤)؛ أي:

يلتزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه.

٣- الوُلوع، ومنه: رجل مُغْرَمٌ: مولع بعشق النساء وغيرهن.

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (غرم): (٤/٤١٩).

(٢) لسان العرب؛ مادة: (غرم): (١١/٤١).

(٣) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (غرم): (١١/٤١-٤٢)، النهاية؛ مادة: (غرم): (٢/٣٠٣-٣٠٤).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده - واللفظ له - في تنمة مسند الأنصار، حديث أبي أمامة الباهلي: (٢/٦٨٩)، برقم: (٢٢٦٥١) (٢٢٢٩٥)، والترمذي في سننه في كتاب البيوع عن رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، (ص ٣٠١)، برقم: (١٢٦٥)، وابن ماجه في سننه في كتاب الصدقات، باب الكفالة، (ص ٤١٠)، برقم: (٢٤٠٥)، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه: (٢/٢٧٦)، وحسنه الأرئوط في تحقيقه للمسند: (٣٦/٦٣٣).

٤ - الابتلاء، ومنه: فلان مُغْرَمٌ بكذا أي مبتلىً به.

والمعاني المذكورة بينها شيء من التقارب، وأقرب هذه المعاني للمقصود هو المعنى الأول، ثم المعنى الثاني، والمقصود من الغريمين هو الذي عليه الدين.

اصطلاحًا: عرف بعدة تعريفات، وهي:

- «ما ينوب الإنسان في ماله من ضرر، ومن غير جناية منه أو حد»^(١).
- «الخسارة، وهو الضمان»^(٢).
- «المضرة التي قد تكون خسارة أو ضيعة أو تلفاً أو جائحة أو غير ذلك»^(٣).
- «ما يلزم أداؤه، وما يصيب الإنسان من ضرر بغير جناية»^(٤).
- «ما وجب أداؤه»^(٥).
- «ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس»^(٦).
- «ما يلزم المرء من تعويض أو تحمل للتبعة»^(٧).
- «ما يتحمله الغريم في ماله تعويضاً عن ضرر بغير جناية ولا خيانة»^(٨).
- «ما يلزم المرء من مال لقاء ما يحصل له من منافع»^(٩).

(١) التوقيف على مهمات التعاريف: (ص ٢٥١).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية؛ للبورنو: (٦/٥٠٢).

(٣) موسوعة القواعد المنظمة: (ص ٤٦٣). (٤) الفصل في القواعد: (ص ٥٦٢).

(٥) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: (ص ٣٤٠).

(٦) شرح القواعد الفقهية: (ص ٤٣٧). (٧) المتع في القواعد: (ص ٣٦١).

(٨) القواعد الكلية والضوابط الفقهية: (ص ٣١٦).

(٩) القواعد الفقهية؛ ل: د. عبد العزيز عزام: (ص ٥٠٩).

وبتأمل هذه التعريفات يتبين أن من عرّف: (الغرم): اختلفوا في تعريفه، فبعضهم نظر إلى حقيقته، فعرفه بأنه نقص أو خسارة، وبعضهم عرفه بأنه ما يلزم الإنسان أو يتحمّله أو يجب عليه، واختلفوا مرة أخرى في النظر إلى مقابل هذا النقص واللزوم وسببه، فبعضهم جعله ما يكون في مقابل غير الجنائية أو الحد أو الخيانة^(١)، وبعضهم جعله عامًا لذلك وغيره، وهو الأقرب لتعريف قرينة: (الغرم) هنا، فإن الناظر إلى استعمال الفقهاء واستدلالهم بهذه القرينة على تقديم قول الغارم يجد أنهم لم يخصصوه بما ذكر من أن يكون في مقابل غير الجنائية أو الحد أو الخيانة بل جعلوه أعم من ذلك، فقدموا قول الغاصب في مسائل؛ لأنه غارم رغم جنائته بالغصب.

وعليه لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فإن المقصود بقرينة: (الغرم) التي تكون بجانب أحد المتداعين فترجح جانبه: هي أنه مدين ويلزمه أداء هذا الحق الذي ادعى عليه به.

(١) ولعل من خصه بذلك أراد تعريف الغرم على أنه جزء من القاعدة الفقهية: (الغنم بالغرم).

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقرينة



تنوعت الأدلة الدالة على تقديم قول المدين الغارم، وترجح جانبه لما عضده من قرينة: (الغرم)، وذلك من الكتاب والإجماع والمعقول:

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَخْسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الله عَزَّوَجَلَّ أمر الذي عليه الحق - ومنه الغارم - أن يملئ الحق الذي عليه، ويعترف به، وحذره من البخس وخوفه من عقابه الذي يتقيه بامتنال هذا الأمر، ولولا أن قوله مقبول في بيان الحق لم يكن ما ذكر^(٢).

ومن الإجماع:

أن الفقهاء أجمعوا أنه إذا لزم المرتهن ضمان العين المرهونة بعد تلفها، فاختلف هو والراهن في قيمتها، فادعى الراهن قيمة، وادعى المرتهن أقل

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

(٢) ينظر: تفسير القرآن الكريم (سورة البقرة)؛ لابن عثيمين: (٣/ ٤١٤).

منها، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، أن المقدم قول المرتهن بيمينه؛ وذلك لأنه غارم^(١).

فهنا كانت قرينة: **(الغرم)** مستنداً لإجماعهم، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - في مسائل هذا الفصل ما يبين اتفاق الفقهاء على الأخذ بقرينة **(الغرم)**.

ومن المعقول:

١- أن الأصل براءة ذمة الغارم من الزيادة التي يدعيها خصمه، فكان القول قوله؛ لأن الأصل براءة الذمة^(٢).

٢- أنه لو كان القول المقبول قول الدائن خصم الغارم، لكان ربما يزيد، فكان القول قول الغارم^(٣).

ونوقش: بأن هذا يرد على قبول قول الغارم، فإنه ربما ينقص^(٤).

وأجيب: بأن الله عَزَّوَجَلَّ حذره من ذلك في الآية السابقة^(٥).

(١) ينظر: المبسوط: (١٢٥/٢١)، منح الجليل: (٤٩٢/٥)، الحاوي الكبير: (١٩٦/٦)، الشرح الكبير على المقنع: (٤٨٠/١٢)، كشاف القناع: (٣٥٢/٣)، الفقه الإسلامي وأدلته: (٤٣٢٨/٦)، موسوعة الإجماع؛ قسم الدكتور: فيصل الوعلان: (٢٨٤/٤) - (٢٨٥).

(٢) ينظر: المثور في القواعد: (٦٨/١).

(٣) ينظر: تفسير القرآن الكريم (سورة البقرة)؛ لابن عثيمين: (٤١٤/٣).

(٤) ينظر: المرجع السابق. (٥) ينظر: المرجع السابق.

المطلب الثالث

وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالأصل



يظهر وجه تعلق قرينة: (الغرم) بالأصل من جهتين:

الجهة الأولى: أن الأخذ بقرينة (الغرم) فرع عن الأخذ بقرينة: (الأصل براءة الذمة)، فإن قول الغارم إنما قبل لأن الأصل براءة ذمته مما يدعيه خصمه، وهي - أي: قرينة: (الأصل براءة الذمة) -، وثيقة الصلة بالأصل وإحدى القرائن المتعلقة به؛ كما سبق ذلك.

الجهة الثانية: أن الغارم منكر ما يدعيه الدائن من الزيادة، فقدم قوله لإنكاره، فالأخذ بقرينة: (الغرم) لا يعدو أخذاً بقرينة: (الإنكار) لكن في نطاق أضيق، وعليه فما قيل في قرينة: (الإنكار) من تعلق بالأصل يقال هنا.

المبحث الأول

أثر قرينة: (الغرم) في كتاب البيع والسلم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في قدر السلعة التالفة.

المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في عين المبيع.

المطلب الثالث: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قيمة رأس مال السلم.

المطلب الأول

اختلاف البائع والمشتري في قدر السلعة التالفة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف البائع والمشتري في قدر ثمن السلعة المباعة التالفة بعد انتقال ضمانها للمشتري، فتحالفا، وتفاسخا، ثم اختلفا في قدرها، فقال البائع: «كان المبيع صاعين»، وقال المشتري: «بل صاع واحد»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٣٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٣٠٥)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٧٨)، والنص فيهما على الاختلاف في القيمة، والذي يظهر أن مذهب الشافعية في المسألة محل الدراسة مثل مذهبهم في الاختلاف في القيمة، وذلك لأمر:

الأول: أنه لا يكاد يوجد فرق بين الاختلاف في القدر والاختلاف في القيمة، فإن الاختلاف في القدر لا يخرج عن الاختلاف في القيمة إلا إذا كان المبيع مثليًا، وليس فرقًا مؤثرًا، بل إن الصحيح من مذهب الشافعية - عند بعضهم - عدم ضمان المثلي بمثله في هذه المسألة بل يضمن بالقيمة أيضًا. ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٣٠٥). =

.....والحنابلة^(١) إلى أن المقدم قول المشتري بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١- أن المشتري غارم لهذا القدر فكان القول المقدم قوله؛ لأن القول قول الغارم^(٢).

٢- أن الأصل براءة ذمة المشتري من الزيادة التي يدعيها البائع، فكان القول المقدم قول المشتري لتمسكه بهذا الأصل^(٣).

وأما الحنفية والمالكية، فلم أجد لهم نصًا على هذه المسألة:

فأما الحنفية، فلعل ذلك يرجع إلى أن التحالف لا يرد في الاختلاف في الثمن عند هلاك المبيع^(٤) بل يكون القول قول المشتري عند أبي حنيفة وأبي

= الثاني: أن تأثير القدر على القيمة ظاهر، فإنه يغلب على القيمة أنها لا تتفاوت تفاوتًا ظاهرًا إلا إذا كان هناك تفاوت في القدر.

الثالث: أن ما علل به ترجيح جانب المشتري في الاختلاف في القيمة هو ما علل به جانب ترجيح المشتري في الاختلاف في القدر، فقد استدلت لترجيح جانب المشتري في الاختلاف في القيمة بأن المشتري غارم وبأن الأصل براءة ذمته، وهو ما استدلت به على ترجيح جانب المشتري في القدر؛ بأنه غارم، ومما استدلت به على تقديم قول الغارم أن الأصل براءة ذمته، ولذا فقد قال الحنابلة بترجيح قول المشتري في القدر والقيمة لأنه غارم. ينظر: كشاف القناع: (٢٣٧/٣).

(١) ينظر: الإنصاف: (٤٧١/١١)، كشاف القناع: (٢٣٧/٣)، شرح المنتهى: (٢٢٧/٣).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٢٣٧/٣)، شرح المنتهى: (٢٢٧/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٣٠٥/٥).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (٤٥٥/٦)، البناية: (٣٦٠/٩)، الاختيار لتعليل المختار:

(٢/١١٩، ١٢١)، حاشية ابن عابدين: (٥/٥٦١)، وفي البناية والحاشية من المراجع

السابقة الفرق بين أن يكون الثمن مقبوضًا وبين أن يكون دينًا، فجعل الخلاف المذكور

فيما لو كان الثمن دينًا، وأما إن كان مقبوضًا فيتحالفان إجماعًا.

يوسف، وهذا بخلاف قول محمد، ولو كانت هناك مسألة قريبة من المسألة محل البحث لكانت اختلاف المتبايعين في الثمن مع تلف بعض المبيع وفسخ البيع لأجل ذلك بعد التحالف، ثم اختلافهما في قيمة الهالك، فعند بعض الحنفية القول المقدم قول البائع^(١)، وعليه فلعل الأقرب لمذهب بعضهم المذكور تقديم قول البائع، وذلك أن الحنفية اختلفوا في اختلاف المتبايعين في الثمن مع تلف بعض المبيع على ثلاثة أقوال^(٢): أبو حنيفة يقول بعدم التحالف إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك، ويكون القول المقدم قول المشتري في قيمة الهالك، وأبو يوسف يقول بالتحالف في الباقي ويكون القول المقدم قول المشتري في قيمة الهالك، ومحمد يقول بالتحالف فيها، وعليه فما ذكر من التخريج يكون على قول محمد دون غيره، ولعل الخلاف في هذه المسألة أدى إلى عدم التوسع في التفريع عليها.

وكذا المالكية^(٣)، فقد ذهبوا إلى أن المشتري إذا قبض السلعة وكذا إذا فاتت، فإنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول المشتري بيمينه ما لم يدع ما لا يشبهه، وعليه فما قيل عن مذهب الحنفية يقال هنا.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الغرم) أثراً ظاهراً على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

- (١) ينظر: البناية: (٩/٣٦٤-٣٦٥)، تبين الحقائق: (٤/٣٠٩).
- (٢) ينظر: البناية: (٩/٣٦٣-٣٦٠)، تبين الحقائق: (٤/٣٠٨).
- (٣) ينظر: النوادر والزيادات: (٦/٤٠٨، ٤١٠، ٤١٤)، منح الجليل: (٥/٣١٥) وقد اختلفت المالكية في هذه المسألة على أقوال تزيد على أربعة تراجع في: الذخيرة: (٥/٣٢٢)، التوضيح: (٥/٥٨٢-٥٨٥).

الوجه الأول: أن المشتري قدم قوله؛ لأنه سيغرم مثل المبيع أو قيمته بعد تلفه إكمالاً للتفاسخ الناتج عن التحالف، لصالح البائع، فقدم قوله لأنه غارم.

الوجه الثاني: أن اعتبار تأثير قرينة: (الغرم) على هذه المسألة لم يقتصر على مذهب الحنابلة بل اعتبرها الشافعية أيضاً مما يجلي ويوضح قوة تأثير قرينة: (الغرم) على هذه المسألة.

المطلب الثاني

اختلاف البائع والمشتري في عين المبيع^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف البائع والمشتري في عين المبيع، فقال المشتري: «بعثني هذه السيارة»، فقال البائع: «بل بعثك هذه السيارة»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو جدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنهما يتحالفان، وهو مذهب الحنفية^(٢)،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٣٩)، شرح المنتهى: (٣/٢٢٨-٢٢٩).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٣/٣٧)، وقد اختلف الباحثون في قول الحنفية هنا، فمنهم من جعل لهم قولين في هذه المسألة: الأول: أنهما يتحالفان، والثاني: أن المقدم قول البائع، ولعل ذلك يرجع إلى مسائل نصوا فيها على ترجيح قول أحد المتداعين أو تحالفهما عند التعيين، وبالرجوع إلى ما تمكنت من الاطلاع عليه من المراجع وجدت أنهم نصوا على الاختلاف في تعيين المبيع عند رده بالعيب سواء اختلفا في أن المبيع بثمن مؤجل أو حال هو المردود أم لا، فنصوا على تقديم قول البائع فيه: (ينظر: حاشية ابن عابدين: (٥/٣٦، ٣٧))، أو اختلفا في تعيين المبيع المردود بخيار شرط أو خيار رؤية، فيكون القول المقدم قول المشتري: (ينظر: المحيط البرهاني: (٦/٥٢٨)، حاشية ابن عابدين: (٥/٣٧))، أو اختلفا في تعيين المبيع الهالك، فقال الإمام أولاً بالتحالف ثم رجح إلى تقديم قول =

..... والمالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اِخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ، فَهُوَ مَا

يَقُولُ رَبُّ السَّلْعَةِ أَوْ يَتَارَكَانِ»^(٤).

وجه الاستدلال: أن معنى التتارك في الحديث أن يترك كل منهما ما

يدعيه، وذلك بالفسخ، ولا يمكن إلا بالتحالف، فتعين طريقاً لحل النزاع بين

المتداعين^(٥).

= المشتري: (ينظر: البحر الرائق: (٣٥-٣٦/٦))، فكل نص يرجع إلى صورة اختلاف

خاصة بخلاف ما ذكرته، فهو ما ظهر لي أكثر مطابقة لصورة المسألة، والنص الذي وجدته في الاختلاف بعد القبض. راجع: أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٣٥).

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (٧/٢٥٥-٢٥٦)، ووافق الباحث على هذه النسبة صاحب

كتاب أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٣)، وبالرجوع إلى مصادره لم أجد ذلك.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٣٠٦)، نهاية المحتاج: (٤/١٦١)، تحفة المحتاج: (٤/٤٧٧)،

مغني المحتاج: (٢/٥٠٩)، أسنى المطالب: (٢/١١٤-١١٥)، وقد ذكر في المراجع

السابقة سوى الأول والمغني قول آخر للشافعية فيما إذا كان الثمن في الذمة وهو أنهما لا

يتحالفان، وإنما يحلف كل منهما على نفسي ما ادعى عليه ولا فسخ، ولم يظهر لي الفرق

بينهما سوى الفسخ فيكون مع التحالف دون الحلف المذكور، وأن التحالف يجمع فيه

كل منهما نفي دعوى خصمه مع إثبات دعواه بخلاف الحلف المذكور فهو على النفي

فقط وعليه لم أفرد كل واحد منهما بقول.

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٨٣-٤٨٤).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١١٤)، أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٤).

ونوقش: بأن الحديث المذكور ليس فيه ذكر للتحالف، فلا دلالة فيه على هذا القول، وإنما في بعض ألفاظه: تحليف البائع، ثم تخيير المشتري بين الأخذ والترك - كما سيأتي إن شاء الله تعالى -^(١).

٢- أن كلاً منهما يدعي العقد على عين ينكرها الآخر، واليمين على المنكر، فكانت اليمين عليهما^(٢).

ونوقش^(٣): بأن أصل تقديم قول المنكر في هذه المسألة معارض بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان»^(٤)، وفي لفظ: «إِذَا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك»^(٥).

٣- أنهما اتفقا على الثمن واختلفا في المثلن، فيتحالفان قياساً على ما اختلفا في الثمن واتفقا في المثلن؛ لأن العقد واحد^(٦).

القول الثاني: أن القول المقدم قول البائع بيمينه، وهو المذهب عند الحنابلة^(٧).

- (١) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٥).
- (٢) ينظر: المبسوط: (٣٧/١٣)، الشرح الكبير: (٤٨٤/١١).
- (٣) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين: (٥٤).
- (٤) سبق تخريجه. (٥) سبق تخريجه.
- (٦) ينظر: الحاوي الكبير: (٣٠٦/٥).
- (٧) ينظر: كشف القناع: (٢٣٩/٣)، شرح المنتهى: (٢٢٨-٢٢٩).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان»^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** جعل قول البائع مقدماً عند اختلاف المتبايعين، ومنه هذه المسألة، فيكون القول المقدم فيها قول البائع^(٢).

٢- أن البائع كالغارم؛ لأنهما اتفقا على وجوب الثمن وعينه، واختلفا في تعيين المبيع، فيكون البائع كالغارم لما يدعيه المشتري؛ لأنه سيؤخذ منه المبيع، فاختلفا فيما سيغرمه، وعليه فلا يغرم غير ما أقر به، ويكون غارماً حقيقة فيما لو كان ما ادعاه المشتري أجود أو أكثر ثمناً، فيقدم قول البائع؛ لأنه غارم أو كالغارم^(٣).

ونوقش من وجهين^(٤):

الوجه الأول: أن ما ذكر معارض بالحديث الذي استدل به أصحاب القول الأول، وليس فيه تقديم لقول البائع.

ويجاب عنه: بورود ما نصه: «**فهو ما يقول رب السلعة**»^(٥)، وهو يدل على تقديم قول البائع، فهو رب السلعة، كما ورد في الروايات الأخرى تفسيره.

(١) سبق تخريجه. (٢) ينظر: الشرح الممتع: (٣٥٧/٨).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٢٣٩/٣)، شرح المنتهى: (٢٢٨-٢٢٩)، حاشية ابن قاسم على الروض: (٤/٤٧٠)، الشرح الممتع: (٣٥٧/٨)، أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٥)، ولعله لا يكون غارماً إذا اتفقت العينان في الجودة والثمن، ولعل هذا هو الفرق بين ما كان فيه غارماً أو كان كالغارم.

(٤) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٥). (٥) سبق تخريجه.

الوجه الثاني: أنه لا يسلم أن البائع وحده كالغارم، فإن المشتري كالغارم من جهة البائع يريد أن يعطيه الأردأ فيكون غارماً.

ويجاب عنه: بأن هذا يصح في بعض الأحوال دون بعض، فهو خاص فيما لو كان ما عينه البائع الأردأ، ولا يرد فيما لو كانتا متساويتين في الجودة، أو كان ما عينه المشتري هو الأردأ.

٣- أن الأصل بقاء ملك البائع على العين التي يدعي المشتري وقوع العقد عليها، فلا يترك هذا الأصل لدعوى المشتري، ويكون القول المقدم قول البائع؛ لاعتضاده بهذا الأصل^(١).

ونوقش من وجهين^(٢):

الوجه الأول: أن البائع والمشتري اتفقا على العقد على عين واختلفا في عين المعقود عليه، فتقديم قول البائع لا يتناسب مع هذا التعليل، بل فيه إلزام للآخر بتملك عين قد لا يكون العقد وقع عليها.

الوجه الثاني: أن المخالف لا يلزم البائع بإخراج العين عن ملكه حتى يقال: إن الأصل بقاء ملكه على ملكه، بل يلزمهما بالتحالف، فإن تحالفا فسخ البيع، وبقيت العين عند مالكيها.

الترجيح:

لعل الراجح - والله تعالى أعلم - أن من شهد له الظاهر؛ كما لو كان الثمن الذي اتفقا عليه أقرب إلى أن يكون ثمناً لإحدى العينين دون الأخرى^(٣)،

(١) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٥).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (ص ٥٦).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

فإنه يرجح قول من يدعي ما يكون أقرب إلى المذكور، ونحو ذلك مما يكون مرجحاً لقول أحد المتداعين، وأما إن خلا قول كل منهما عما يرجحه، فلعل الراجح تقديم قول البائع إن رضيه المشتري، وإلا فإنهما يتحالفان؛ كما ورد ذلك في الحديث.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة: بأن من قال بالتحالف، بأنه إن تم، فيفسخ البيع إما بطلبهما أو بالتحالف نفسه - على خلاف -، ويسترد كل من المتبايعين ما دفعه^(١)، وأما من قال بتقديم قول البائع، فيقتضي ذلك بأن يلزم المشتري بقول البائع، ويمضى العقد على ما ادعاه، ولا يفسخ^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى تأثير اتصاف البائع بأنه غارم أو كالغارم، هل هو مؤثر وموجود أم لا، فمن جعله مؤثراً جعل القول قول البائع، ومن لم يره كذلك رأى أن كلاً من المتداعين أنكر دعوى صاحبه، فيتحالفان؛ لأن اليمين على من أنكر.

(١) ينظر: المبسوط: (٣٧/١٣)، البيان والتحصيل: (٢٥٥-٢٥٦/٧)، الحاوي الكبير: (٣٠٦/٥)، نهاية المحتاج: (١٦١/٤)، تحفة المحتاج: (٤٧٧/٤)، مغني المحتاج: (٥٠٩/٢)، أسنى المطالب: (١١٤-١١٥/٢)، الشرح الكبير والإيضاح: (٤٨٣-٤٨٤).

(٢) وهذا من ظاهر القول، وإلا فقد قال ابن عثيمين **رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى** بعد أن ذكر القول الثاني ورجحه: «وعلى هذا فنقول للمشتري إما أن تأخذ السلعة التي عينها البائع، وإما أن تترك البيع». الشرح الممتع: (٣٥٧/٨).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة (الغرم) ظاهر على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها سبب الخلاف - فيما ظهر للباحث-، فمن اعتبر تأثيرها جعل قول البائع مرجحاً، ومن لم ير ذلك أجرى الاختلاف على الأصل بتقديم قول المنكر، ولما كان كل منهما منكرًا تحالفاً.

الوجه الثاني: أنها عمدة من قال بتقديم قول البائع، وذلك أنه غارم للعين المعقود عليها للمشتري أو كالغارم، فيكون القول قوله في تعيينها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصلان:

الأصل الأول: (الإنكار).

الأصل الثاني: (الغرم).

المطلب الثالث

اختلاف المسلم والمسلم إليه في قيمة رأس مال السلم^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

قبض المسلم إليه رأس المال، ثم بان بطلان عقد السلم؛ لعدم العلم بصفة رأس المال أو قدره، فاختلف المسلم والمسلم إليه في قيمة رأس المال أو قدره، فادعى المسلم وادعى المسلم إليه أقل منه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟ حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول المسلم إليه بيمينه، وهو مذهب

الحنفية^(٢)،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٠٥).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٢/١٥٨)، بدائع الصنائع: (٥/٢٠١-٢٠٢)، المحيط البرهاني: (٧/٧٣-٧٤)، البناءة: (٨/٣٤٧)، تبيين الحقائق: (٤/٣١٠) ويجدر التنبيه هنا إلى أن اشتراط تحديد قدر رأس المال في السلم فيه تفصيل عند الحنفية وخلاف بينهم، ينظر ذلك في: بدائع الصنائع: (٥/٢٠١-٢٠٢)، المحيط البرهاني: (٧/٧٣-٧٤)، البناءة: (٨/٣٤٧-٣٤٩).

..... والحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المسلم إليه ينكر الزيادة التي يدعيها المسلم، فيكون القول المقدم قوله بيمينه؛ لأن القول قول المنكر^(٢).

٢- أن المسلم إليه غارم لرأس المال الذي قبضه؛ للزوم رده عليه، فكان المقدم قوله بيمينه^(٣).

القول الثاني: أن القول قول المسلم إليه إن أشبه، فإن لم يشبه فيقدم قول المسلم إن أشبه، فإن لم يشبه رد إلى الوسط مما يشبه، وهو مذهب المالكية^(٤).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٢٨٤/١٢)، كشف القناع: (٣٠٥/٣)، شرح المنتهى: (٣/٣١٢-٣١٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٥٨/١٢)، تبين الحقائق: (٤/٣١٠).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (٢٨٤/١٢)، كشف القناع: (٣٠٥/٣)، شرح المنتهى: (٣/٣١٢-٣١٣).

(٤) ينظر: النوادر والزيادات: (٤١٧/٦)، التبصرة: (٢٩٧٠/٧)، ويشكل على القول المذكور أن المالكية يميزون أن يكون رأس مال السلم جزافاً - على خلاف عندهم - بشروط بيعه (ينظر: الذخيرة: (٥/٢٢٩)، التوضيح: (٨/٦) منح الجليل: (٥/٣٣٥))، وبذلك لا يكون معلوم القدر ولا الصفة، وعليه قد لا ترد هذه المسألة عليهم في رأس المال المذكور؛ لأن السلم عندهم صحيح إذن، ولكن يرد على ما ذكر بأن الجزاف عند المالكية هو: ما يمكن علم قدره دون أن يعلم، كما أن من شروط بيع الجزاف ألا يكثر كثرة مانعة من حزر قدره بالكيل أو الوزن أو العد، فإن كثر جدا منع بيعه جزافاً لعدم حزره، وإن قل جدا فإن كان موزوناً أو مكيلاً جاز بيعه جزافاً، وإن كان معدوداً فلا يجوز بيعه جزافاً (ينظر شروط البيع الجزاف وتفصيلها: منح الجليل: (٤/٤٧٦) - (٤٨٣))، وعليه فيكون ورود المسألة محل البحث ممكناً، كما أنها ترد على القول الثاني عندهم بعدم جواز كون رأس مال السلم جزافاً (ينظر: التوضيح: (٨/٦)).

ويستدل لهم: بدلالة الظاهر والأصل على تقديم قول المسلم إليه، فأما الظاهر، فتصديق الإشباه دعوى المسلم إليه، وأما الأصل، فهو ما استدل به أصحاب القول الأول، فإن خلا جانب المسلم إليه من الإشباه، وكان ذلك في جانب المسلم قدم قوله، فإن خلا قول كل منهما من شهادة الظاهر له رجع إلى ما يشهد له الظاهر وأشبه العقود التي مثله.

وأما الشافعية، فلم أجد لهم نصًا على هذه المسألة، ولعل ذلك يرجع إلى أن الأصح من مذهب الشافعية: جواز أن يكون رأس المال غير الموصوف في الذمة جزأً يكفي بمعايته، ولا يحتاج إلى ذكر وصفه وقدره، ثم فسخ السلم بعد ذلك، واختلفا في قدر رأس المال أو وصفه، فيكون المقدم قول المسلم إليه؛ لأنه غارم^(١)، ولكن يرد على ما ذكر بأن رأس المال إذا كان في الذمة، فيشترط ذكر قدره وصفته عندهم^(٢)، فترد المسألة على هذه الحال، وعلى القول بخلاف الأصح عند الشافعية، ولكن لم أجد النص عندهم إلا ما ذكرته، فلعله أن يكون الأقرب لمذهبهم في محل ورود المسألة المبحوثة.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو إعمال الأصل والظاهر إذا اجتمعا، وذلك بتقديم قول المسلم إليه بيمينه إذا دل الظاهر وقرائن الأحوال على تصديقه، وأما إذا دلت على تصديق قول المسلم ورجحت جانبه فيكون قوله مقدمًا

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٩٤)، مغني المحتاج: (٣/٦)، أسنى المطالب:

(٢/١٢٣-١٢٤)، وعندهم تفصيل في اشتراط معرفة قدر وصفة رأس مال السلم.

ينظر في ذلك: العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٩١-٣٩٤)، نهاية المحتاج: (٤/٤٨٧).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٩٣)، روضة الطالبين: (٤/٥).

بيمينه، وأما إذا لم يوجد شيء مما يصدق قول أحدهما من الظاهر وقرائن الأحوال، فيكون القول المقدم قول المسلم بيمينه؛ لتمسكه بالأصل.

ثمره الخلاف:

لعل ثمره الخلاف في هذه المسألة - والله تعالى أعلم - هو أن من قال بتقديم قول المسلم إليه، فإنه يحد مطالبة المسلم بما ادعاه المسلم إليه، وأما من قال بالتفصيل في تقديم قول أحد طرفي السلم، فيحد مطالبة المسلم وفق قول من قدم قوله ورجح جانبه، أو يرد إلى السلم الوسط.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله تعالى أعلم - هو الخلاف في تأثير الظاهر في ترجيح قول أحد المتداعين، فمن قال بعدم تأثيره أخذ بالأصل، وهو ترجيح قول المنكر والغارم، وأما من رأى للظاهر أثرًا في ترجيح قول أحد المتداعين رجح جانب من عضده الظاهر أو رجح الظاهر على قول المتداعين.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن لقرينة (الغرم) أثرًا في ترجيح قول أحد المتداعين في هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن المسلم إليه غارم لرأس المال الذي سيلزم برده للمسلم، فكان القول المقدم قوله؛ لاتصافه بـ(الغرم).

الوجه الثاني: أنه الدليل الذي استدل به غالب من نص على المسألة محل البحث أو ما يقاربها، كما في دليل الشافعية ودليل الحنابلة، وبذلك يظهر الأثر الواسع والاعتبار لها في أكثر من مذهب.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظاهر، فأما الأصول:

(الإنكار).

(الغرم).

وأما الظاهر:

فهو تصديق العادة وإشباه الواقع لقول أحد المتداعين.

وعليه قدم كل أصحاب قول ما ترجح لديهم.

المبحث الثاني
أثر قرينة: (الغرم) في أبواب الرهن،
والإجارة، والعارية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف الراهن والمرتهن في قيمة العين المرهونة حيث لزم المرتهن.

المطلب الثاني: اختلاف رب الثوب والعامل في صفة العمل بعد تلف الثوب.

المطلب الثالث: اختلاف المستعير والمعير في صفة العين حين التلف أو قدر القيمة.

المطلب الأول

اختلاف الراهن والمرتهن في قيمة العين المرهونة حيث لزم

المرتهن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

لزم المرتهن ضمان العين المرهونة بعد تلفها، فاختلف هو والراهن في قيمتها، فادعى الراهن قيمة، وادعى المرتهن أقل منها، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

أجمع الفقهاء^(٢) في هذه المسألة على أن المقدم قول المرتهن بيمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٥٢).

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١/١٢٥)، بدائع الصنائع: (٦/١٧٤)، البناية: (١٣/٦١)، حاشية ابن عابدين: (١٠/١٣٦)، النوادر والزيادات: (١٠/١٨٨)، الاستذكار: (٧/١٣٩)، الذخيرة: (٨/١٤٨)، منح الجليل: (٥/٤٩٢)، الحاوي الكبير: (٦/١٩٦)، المغني: (٦/٥٢٤-٥٢٥)، الشرح الكبير: (١٢/٤٨٠)، كشاف القناع: (٣/٣٥٢)، الفقه الإسلامي وأدلته: (٦/٤٣٢٨)، موسوعة الإجماع؛ قسم الدكتور: فيصل الوعلان: (٤/٢٨٤-٢٨٥).

واستدلوا بالتالي:

١- أنه بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً من دينه بقدر قيمة الرهن، فحاصل الاختلاف هو في مقدار ما استوفى المرتهن من دينه، فالراهن يدعي الزيادة والمرتهن ينكرها، فكان القول قوله بيمينه^(١).

٢- أن المرتهن غارم قيمة العين المرهونة فكان القول المقدم قوله^(٢).

٣- أن الراهن يدعي الزيادة على ما أقر به المرتهن، والمرتهن ينكرها، فكان القول قوله؛ لأنه منكر^(٣).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الغرم) أثراً ظاهراً على هذه المسألة، ويظهر ذلك من أوجه:

الوجه الأول: الاستدلال بها صراحة على ترجيح قول المرتهن؛ فإن كونه غارماً قيمة الرهن وضامناً لها جعل قوله المقدم بيمينه.

الوجه الثاني: أن كل المذاهب التي -وجدتها- استدلت لهذه المسألة نصت على القرينة مما يدل على أهميتها وتأثيرها على الإجماع والقول بتقديم قول المرتهن.

(١) ينظر: المبسوط: (١٢٥/٢١-١٢٦)، حاشية ابن عابدين: (١٣٦/١٠)، الاستذكار: (١٣٩/٧).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٢٥/٢١)، الاستذكار: (١٣٩/٧)، الذخيرة: (١٤٨/٨)، منح الجليل: (٤٩٢/٥)، الحاوي الكبير: (١٩٦/٦)، الشرح الكبير: (٤٨٠/١٢)، كشاف القناع: (٣/٣٥٢)، الفقه الإسلامي وأدلته: (٤٣٢٨/٦)، موسوعة الإجماع؛ قسم الدكتور: فيصل الوعلان: (٤/٢٨٤-٢٨٥).

(٣) ينظر: المغني: (٥٢٥/٦).

الوجه الثالث: أن الاستدلال بها تنوع، فتارة يستدل بها صراحة كما في الدليل الثاني، وتارة يستدل بمعناها كما في الدليل الأول، فإن مقدار ما استوفى المرتهن هو مقدار غرمه، فكان قوله مقدمًا في تحديده وإنكار ما زاد على ما أقرب به، وبين قرينة: **(الإنكار)** وقرينة: **(الغرم)** ما لا يخفى.

المطلب الثاني

اختلاف رب الثوب والعامل

في صفة العمل بعد تلف الثوب؛ ليغرمه للعامل^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

إذا عمل في الثوب على غير الصفة التي اشترطها ربه، واختار رب الثوب أخذه، ثم تلف الثوب، فاختلف ربه مع العامل في صفة عمل العامل في الثوب ليغرمه رب الثوب للعامل، فادعى العامل صفة للعمل وادعى رب الثوب غيرها، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الحنابلة^(٢) في هذه المسألة إلى أن القول المقدم قول رب الثوب. واستدلوا: بأن رب الثوب غارم لأجرة الصفة المتنازع فيها، فكان القول المقدم قوله؛ لأنه غارم^(٣).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣٧/٤).

(٢) ينظر: المبدع: (٤/٤٤٨)، كشف القناع: (٣٧/٤).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣٧/٤).

وأما الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، فلم أجد نصًا على هذه المسألة عندهم، ولكن أقرب ما وجدته هو اختلاف رب الثوب والعامل في صفة العمل المأذون فيه من نحو قباء أو قميص أو لونه هل هو أسود أو أخضر أو هو واسع الأكمام أو ضيقها، أو لباس الأشراف، أو لباس الفقهاء ونحو ذلك دون تناول للمسألة محل النزاع، وقد سبقت دراسة المسألة المنصوص عليها، وكنت أحسب أنه يمكن تخريج المسألة محل الدراسة على المسألة المنصوص عليها، ولكن وجدت ذلك متعذرًا؛ لأن الحنابلة وهم من نص على المسألتين وقال بتقديم قول رب الثوب في المسألة محل الدراسة جعل القول المقدم في المسألة المنصوص عليها عند الثلاثة قول العامل^(٤) مما يدل على اختلاف مأخذ المسألتين، ويؤيد ذلك أن المسألة المنصوص عليها اختلفا في وجود مخالفة الخياط الإذن، وهذا بخلاف المسألة محل الدراسة، فإن مخالفة الخياط الإذن ثابتة، وعليه فلم أجد ما يمكن تخريج المذاهب الثلاثة المذكورة في هذه المسألة عليه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الغرم) ظاهر على هذه المسألة، فإنها الدليل الوحيد التي استدل به من نص على هذه المسألة، وجعله حجته ومستنده لتقديم قول رب الثوب؛ لأنه غارم صفة العمل فكان القول المقدم قوله.

(١) ينظر: البناية: (١٠/٣٣٧-٣٣٩)، تبين الحقائق: (٥/١٤٢-١٤٣).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٧/٨١-٨٣)، التبصرة: (١٠/٤٨٩٥-٤٨٩٧)، منح الجليل: (٨/٤٦-٤٧).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/١٥٧-١٦١)، نهاية المحتاج: (٥/٣١٥)، مغني

المحتاج: (٣/٤٨٢-٤٨٣). (٤) ينظر: كشف القناع: (٤/٣٨).

المطلب الثالث

اختلاف المستعير والمعير

في صفة العين حين التلف أو قدر القيمة^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف المعير والمستعير في صفة العين المعارة عند تلفها، فادعى المعير وجود وصف فيها يقتضي زيادة قيمتها بأن ادعى أن العبد المعار كاتب أو أن العين المعارة ذات جودة أعلى ونحو ذلك، أو ادعى زيادة قيمتها، وأنكر المستعير ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن القول المقدم قول المستعير بيمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٦٨/٤). (٢) ينظر: التبصرة: (٦٠١٩/١٣).

(٣) ينظر: كشاف القناع: (٦٨/٤). وقال بعدها: «وعلى قياس ما تقدم في غير موضع: إنها يقبل قول مستعير إن ساع».

واستدلوا بالتالي^(١):

١- أن المستعير غارم للقيمة المتنازع فيها فكان القول قوله؛ لأن المقدم قول الغارم.

٢- أن المستعير منكر الزيادة التي يدعيها المعير فكان القول المقدم قوله لأن الأصل عدمها^(٢).

وأما الحنفية والشافعية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة:

فأما الحنفية: فلم أجد ما يمكن أن تخرج عليه إلا إن قيل: إن عموم أخذهم بقرينة: (الإنكار)، أو قرينة: (الغرم)^(٣) يقتضي تقديم قول المستعير.

وأما الشافعية: فمقتضى الأصح في مذهبهم تقديم قول مدعي قيمة يوم التلف؛ بناء على أن العارية عندهم تضمن بقيمة يوم تلفها^(٤)، وهذا وإن صح في الاختلاف في قدر القيمة، فإنه قد لا يصح في الاختلاف فيما يقتضي زيادتها، ولكن مقتضى مذهب الشافعية تقديم قول المستعير لاعتبارهم قرينة: (الإنكار)، وقرينة: (الغرم)، وقد عضدتا جانب المستعير في هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٦٨).

(٢) وهنا قد يقال: لماذا لم تكن المسألة المذكورة من المسائل التي أثرت فيها قرينة: (الإنكار)، أو المسائل التي أثرت فيها قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)، فأقول: إن هذا الكلام صحيح، ولكنني وضعتها في هذا الفصل؛ لأنها أول دليل استدل به صاحب الكشاف على هذه المسألة، كما أنه لم يظهر لي هذا الدليل إلا عند دراسة هذه المسألة.

(٣) ولا يرد هنا أن الحنفية لا يقولون بضمأن المستعير العارية، فإنه لو تعدى أو فرط، فإنه يضمن عندهم، فترد المسألة محل البحث، ولو في هذه الحال.

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٤٣١)، نهاية المحتاج: (٥/١٤٢)، مغني المحتاج:

(٣/٣٣٢)، أسنى المطالب: (٢/٣٢٨).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة (الغرم) على هذه المسألة واضح بيّن، وذلك من خلال الاستدلال بها على ترجيح قول المستعير بيمينه بأنه غارم قيمة العين المعارة المتنازع في قدرها، فكان القول المقدم قوله بيمينه فيها.

المبحث الثالث
أثر قرينة: (الغرم) في باب الغصب

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول:** اختلاف المالك والغاصب في قيمة المغصوب.
المطلب الثاني: إذا اختلف المالك والغاصب في حدوث عيب المغصوب بعد تلفه، وشاهدت البينة العبد معيياً عند الغاصب.

المطلب الأول

اختلاف المالك والغاصب في قيمة المغصوب^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الغاصب والمالك في قيمة العين المغصوبة بعد تلفها، فادعى زيادتها مالك العين، فقال: «قيمتها اثنا عشر»، وأنكر ذلك الغاصب، فقال: «بل قيمتها عشرة»، أو نحو ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو جدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المقدم قول الغاصب بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)،

وبعض المالكية^(٣)،

- (١) ينظر: كشف القناع: (٤/١١٤)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).
 (٢) ينظر: المبسوط: (١١/٦٦، ٨٢)، المحيط البرهاني: (٥/٤٩٣، ٤٩٤)، البناية: (١١/٢٣٥)، تبين الحقائق: (٥/٢٣١)، حاشية ابن عابدين: (٩/٢٩٣).
 (٣) ينظر: النوارد والزيادات: (١٠/٣٥٧-٣٥٨)، التبصرة: (١٢/٥٨٠٦)، الذخيرة: (٨/٣٠١-٣٠٢، ٣٠٤)، التوضيح: (٦/٥٢١-٥٢٢)، منح الجليل: (٧/١٣٠)، وما وجدته عند المالكية هو الاختلاف في الصفة المؤثرة في القيمة؛ قال في منح الجليل: (٧/١٣٠): «إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في وصف المغصوب لتقويمه =

..... ومذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المالك يدعي زيادة القيمة، والغاصب ينكرها، فكان القول قوله؛
لأنه منكر^(٣).

= بحسبه فالقول للغاصب (في نعته) أي وصف المغصوب إن وصفه بما يشبه... (وحلف) الغاصب في المسائل الثلاثة إن أشبهه، فإن لم يشبهه وأشبهه ربه فالقول له بيمينه، فإن لم يشبهها فقال ابن ناجي يخلصان ويقضى بينهما بأوسط القيم، هذا هو المشهور. وقال أشهب يصدق الغاصب بكل حال وإن قال عمياً صماً ومراعاة الشبه غلطاً، فجعل من ناتج الاختلاف في الصفة القضاء بأوسط القيم مما يدل على أن الاختلاف في الصفة يرجع إلى الاختلاف في القيمة، وقال في الذخيرة: (٣٠١-٣٠٢): «وهذا الفرع هو تملك الغاصب بالتضمنين ويملك المستحق القيمة وافقنا فيه (ح) إلا في صورة وهي: إذا اختلفا في القيمة فحلف الغاصب وغرم»، وقال في موضع آخر: (٢٦٧/٨) «قال ابن القاسم: إذا شهدوا بغصب الجارية دون قيمتها وصفها الغاصب وقومت»، فقد يقال: إن ما ذكره صاحب الذخيرة هو مذهب المالكية الملاقي للمسألة، ويؤيد ذلك أن بعض الفقهاء فرق بين المسألة محل البحث وبين مسألة الاختلاف في الصفة كما في: المهذب: (٣/٤٤٢)، الشرح الكبير: (١٥/٢٩٥)، بل فرق بعض الفقهاء بين الاختلاف في القيمة المبني على الاختلاف في الصفة والاختلاف في القيمة مع الاتفاق في الصفة كما في الحاوي الكبير: (٧/١٧٦-١٧٨)، وعليه تكون المسألة وفاقية، وقد نُفي الخلاف في هذه المسألة في: البناية: (١١/٢٣٥)، والإنصاف: (١٥/٢٩٥)، ولكن لعدم صراحة النصين المذكورين أخيراً لم يظهر لي كون المسألة وفاقية.

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/١٧٦-١٧٧)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٤٣٣)، المهذب: (٣/٤٤٢)، نهاية المحتاج: (٥/١٧٢-١٧٣)، تحفة المحتاج: (٦/٣٢)، مغني المحتاج: (٣/٣٥٥)، أسنى المطالب: (٢/٣٤٨).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/٢٩٥)، كشف القناع: (٤/١١٤)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).

(٣) ينظر: المبسوط: (١١/٦٦، ٨٢)، المحيط البرهاني: (٥/٤٩٤)، البناية: (١١/٢٣٥)، تبين الحقائق: (٥/٢٣١)، حاشية ابن عابدين: (٩/٢٩٣)، الحاوي الكبير: (٧/١٧٦-١٧٧)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).

٢- أن الغاصب غارم قيمة العين المغصوبة لمالكها، فكان القول المقدم قوله في تحديد القيمة؛ لأنه غارم^(١).

ونوقش الاستدلال بهذين الدليلين: بأن ما ذكر ينتقض بالشفيع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن فالقول قول المشتري في قدره دون الشفيع والشفيع منكر وغارم^(٢).
وأجيب من وجهين^(٣):

الوجه الأول: أن المشتري مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ولا يغرم إلا بقوله.

الوجه الثاني: أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله كما أن الغاصب فاعل الغصب فكان القول فيه قوله، فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان.

٣- أن الأصل براءة ذمة الغاصب من الزيادة التي يدعيها المالك، فكان القول المقدم قول الغاصب لتمسكه بهذا الأصل^(٤)؛ قياساً على ما لو ادعى المالك على الغاصب ديناً فأقر ببعضه، فيقدم قول الغاصب بجامع تمسك الغاصب في المسألتين ببراءة الذمة^(٥).

(١) ينظر: التوضيح: (٦/٥٢١-٥٢٢)، الحاوي الكبير: (٧/١٧٦-١٧٧)، كشاف القناع:

(٤/١١٤)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/١٧٧). (٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٤٣٣)، المهذب: (٣/٤٤٢)، نهاية المحتاج: (٥/١٧٢-

١٧٣)، تحفة المحتاج: (٦/٣٢)، مغني المحتاج: (٣/٣٥٥)، أسنى المطالب:

(٢/٣٤٨). (٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/٢٩١).

القول الثاني: أن المقدم قول الغاصب إلا إذا لم يشبهه، فيكون القول المقدم قول المالك بيمينه إن أشبهه، وإلا قضى بينهم بأوسط القيم، وهو مذهب المالكية^(١).

واستدلوا: بأنه تعارض في هذه المسألة الأصول المذكورة في دليل القول الأول، والظاهر المشبه للواقع والمصدق قول مدعيه، فكان القول قول مدعي ما يصدقه الظاهر^(٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، وذلك لقوة أدلته وجمعه بين أدلة الأصل والظاهر؛ فإن الظاهر والأصل يصدقان الغاصب إلا إذا لم يشبهه، فإن الظاهر يكون شاهداً قوياً بتصديق قول المالك.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - هي في قدر ما يلزم الغاصب بغرمه من قيمة العين المغصوبة، فمن قال بتقديم قول الغاصب لم يغرمه سوى ما أقرب به وحلف عليه، وأما من قال بتقديم قول الأشبهه ومن يصدقه الظاهر، فإنه يلزم الغاصب بغرمه، وإلا ألزمه بأوسط القيم.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - أن الظاهر هل هو مؤثر في ترجيح قول أحد المتداعين في هذه المسألة، فمن قال بتأثيره جعل القول المقدم قول من

(١) ينظر: النواذر والزيادات: (١٠/٣٥٧-٣٥٨)، التبصرة: (١٢/٥٨٠٦)، الذخيرة:

(٨/٢٦٧، ٣٠٤)، التوضيح: (٦/٥٢١)، منح الجليل: (٧/١٣٠).

(٢) ينظر: الذخيرة: (٨/٣٠٤).

تمسك به، ومن لم ير له تأثيراً في هذه المسألة جعل القول لمن يشهد له الأصل وهو الغاصب.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن لقرينة (الغرم) أثراً ظاهراً على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: ما ورد في الدليل الثاني للقول الأول من تقديم قول الغاصب لأنه غارم قيمة العين المغصوبة لمالكها، وبذلك كانت قرينة: (الغرم) مرجحة جانب الغاصب، ومقدمة قوله في هذه المسألة.

الوجه الثاني: أن الاستدلال بها في هذه المسألة لم يقتصر على مذهب الحنابلة فقط فقد استدل بها على القول الأول في هذه المسألة المالكية والشافعية والحنابلة مما يدل على سعة تطبيقها والاتفاق على الأخذ بها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظاهر:

فأما الأصول فهي:

(الأصل براءة الذمة)، (الإنكار)، (الغرم).

والظاهر:

إشباه قول المدعي للقيمة الحقيقية في الواقع والمتعارف عليها.

وقدم كل قول من ترجح لديه جانبه بما سبق.

المطلب الثاني

إذا اختلف المالك والغاصب في حدوث عيب المغصوب بعد تلفه،
وشاهدت البينة العبد معيياً عند الغاصب^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

تلفت العين المغصوبة، وقامت البينة بأنها كانت معيبة عند الغاصب فقال المالك: «حدث العيب عند الغاصب»، وقال الغاصب: «بل كان العيب فيه قبل غصبه»، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدًا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: تقديم قول الغاصب بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(٢) في

الاختلاف في العيب الخَلْقِي،

(١) ينظر: كشف القناع: (٤/ ١١٤).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/ ١٧٢-١٧٣)، تحفة المحتاج: (٦/ ١٣٢، ١٣٣)، مغني المحتاج: (٣/ ٣٥٥)، أسنى المطالب: (٢/ ٣٤٩) وأصرحها ما ورد في المرجع الأخير، وأما اختلافهما في العيب الحادث، فإن الشافعية رجحوا جانب المالك في إنكاره العيب الحادث في العين المغصوبة بعد تلفها، وجعلوا علة ذلك: «أن الأصل والغالب السلامة» (نهاية المحتاج: (٥/ ١٧٤))، وبقيام البينة بوجود العيب المتنازع فيه انتفى =

..... وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الأصل عدم المعيب، والغاصب يتمسك بهذا الأصل والمغصوب منه يدعي قبضه، فكان القول المقدم قول الغاصب^(٢).
- ٢- أن المالك يتمكن من إقامة البينة على وجود المعيب قبل قبض الغاصب للعين المغصوبة، فلم يقدم قوله إلا بها^(٣).
- ٣- أن الأصل براءة ذمة الغاصب من غرم نقص العيب، والغاصب يتمسك به والمغصوب منه يدعي خلافه فكان القول المقدم قول الغاصب^(٤).
- ٤- أن الغاصب غارم للمغصوب، فكان قوله مقدماً في صفته لتأثيره على قدر غرمه^(٥).

- = هذا الأصل، ويبين ذلك بجلاء أن اختلافهما لو كان في عيب خلقي فإن المقدم عند الشافعية قول الغاصب بيمينه؛ وعللوا ذلك بأن الأصل عدم ما ادعاه المالك، كما أنه يتمكن من إقامة البينة على دعواه (ينظر: نهاية المحتاج: (١٧٣/٥))، فكون العيب خَلْقِيًّا شهد للغاصب وجعل الأصل معه، فشهادة البينة وقيامها بوجود العيب لا يقل عنه، لكن يرد عليه أن العيب الخَلْقِي شاهد على سبق العيب على الغصب، وهذا بخلاف البينة، وعلى كل فالله أعلم بتحقيق مذهب الشافعية في ذلك.
- (١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٢٩٢/١٥)، كشف القناع: (١١٤/٤)، شرح المنتهى: (١٦٧/٤).
 - (٢) ينظر: نهاية المحتاج: (١٧٢-١٧٣/٥)، تحفة المحتاج: (١٣٢/٦، ١٣٣)، مغني المحتاج: (٣٥٥/٣)، أسنى المطالب: (٣٤٩/٢).
 - (٣) ينظر: المراجع السابقة.
 - (٤) ينظر: أسنى المطالب: (٣٤٩/٢)، الشرح الكبير: (٢٩٢/١٥).
 - (٥) ينظر: الشرح الكبير: (٢٩٢/١٥)، كشف القناع: (١١٤/٤)، شرح المنتهى: (١٦٧/٤).

٥- أن الظاهر أن المغصوب باقٍ على صفته التي غضب بها ولم تتغير، فكان القول قول من يتمسك بهذا الأصل، وهو الغاصب^(١).

القول الثاني: أن المقدم قول المالك، وهو تخريج عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: أن الأصل سلامة العين المغصوبة من العيب المدعى، وتأخر حدوث العيب إلى وقت الغصب، فكان القول المقدم قول من يتمسك بهذا الأصل وهو المالك^(٣).

وأما الحنفية، والمالكية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة:

فأما الحنفية، فلم أجد لهم نصًا قريبًا ولا ما يمكن التخريج عليه^(٤).

وأما المالكية، فأقرب ما وجدته هو مسألة اختلاف المالك والغاصب في مثل المسألة المذكورة، ولكن مع قيام العين المغصوبة، وردها لمالكها، وعدم ثبوت أنها كانت معيبة عند الغاصب، فقالوا فيها بتقديم قول الغاصب يمينه^(٥)، فقد يقال: إن وجود العين المغصوبة معيبة بمنزلة ثبوت عيبها بالبينة، ووصف التلف غير مؤثر مع ثبوت العيب بالبينة، فيقدم قول الغاصب

(١) ينظر: كشف القناع: (٤/١١٤)، شرح المنتهى: (٤/١٦٧).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٥/٢٩٢-٢٩٣)، ونصه: «ويتخرج أن القول قول المالك، كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب: هل كان عند البائع، أو حدث عند المشتري؟ فإن فيه رواية، أن القول قول البائع، كذلك هذا».

(٣) ينظر: الإنصاف: (١٥/٢٩٢-٢٩٣).

(٤) وأقرب ما وجدته هو ما في هذه المواضع: بدائع الصنائع: (٧/١٦٤)، المحيط البرهاني: (٥/٤٩٦)، حاشية ابن عابدين: (٦/١٨٥)، وليس فيها ما يمكن أن يعول عليه في التخريج.

(٥) ينظر: التبصرة: (١٢/٨٥٠٧-٨٥٠٨)، ونصه: «وإن غضب ثوبًا فأتى به خلقة، وقال الآخر: كان جديدًا، كان القول قول الغاصب مع يمينه ويسلمه».

بيمينه، ولكن يرد على ما ذكر: أن الشافعية فرقوا بين رد العين معيبة وبين ادعاء عيبتها بعد تلفها بـ: «أن الغاصب في التلف قد لزمه الغرم فضعف جانبه بخلافه بعد الرد»^(١)، فيرد عليه بأن هذا قول الشافعية، ولا يلزم أن يكون المالكية كذلك، كما أن الشافعية عندما رجحوا جانب المالك في إنكاره العيب الحادث في العين المغصوبة بعد تلفها جعلوا علة ذلك: «أن الأصل والغالب السلامة»^(٢)، وبقيام البينة بوجود العيب المتنازع فيه انتفى هذا الأصل، ويبين ذلك بجلاء أن اختلافهما لو كان في عيب خلقي فإن المقدم عند الشافعية قول الغاصب بيمينه؛ وعللوا ذلك بأن الأصل عدم ما ادعاه المالك، كما أنه يتمكن من إقامة البينة على دعواه^(٣)، فكون العيب خلقياً شهد للغاصب وجعل الأصل معه، فشهادة البينة وقيامها بوجود العيب لا يقل عنه، مما يدل على أن الاختلاف بين ما بعد التلف وبين الرد لا يلزم منه اختلاف المسألة المنصوص عليها عن المسألة محل الدراسة.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في قرائن الأحوال المحتفة بالعيب، كما لو كان العيب المتنازع فيه مما لا يرغب أحد معه بغصب العين، ولم يثبت الغاصب سبباً صحيحاً لغصب العين، فيكون ما ذكر مقوياً جانب المغصوب منه بأن العيب حدث وقت الغصب، فيكون القول قول المالك بيمينه، أو أمكن تحديد وقت حدوث العيب بفحص العين المغصوبة أو بعضها بعد التلف - خصوصاً بعد ما استجد من وسائل فحص وكشف

(١) نهاية المحتاج: (٥/١٧٤). (٢) ينظر: المرجع السابق: (٥/١٧٣).

(٣) المرجع السابق نفسه.

معاصرة يمكن عن طريقها تحديد وقت حدوث العيب -؛ كما لو كان الجرح طرياً لا يحتمل أن يكون قبل الغضب، أو كان العيب قديماً كما لو كان بتر عضو لا يجبر في مدة بقاء العين عند الغاصب، فيكون القول قول من يشهد له هذا الظاهر يمينه، وأما إن خلا مما سبق فيكون القول قول الغاصب يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته من غرم ما يقابل عيب العين المغصوبة، ولأنه غارم فيكون قوله مقدماً.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر من خلال ما يغرمه الغاصب، فعلى القول بتقديم قوله، فإنه يغرم العين المغصوبة معيبة، وعلى القول بتقديم قول المالك، فإنه يغرم العين المغصوبة سليمة.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- تعارض الأصول التي تمسك بها أصحاب القول الأول مع الأصل الذي تمسك به القول الثاني، فكل قدم من رأى جانبه أقوى بما عضده.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الغرم) على هذه المسألة يتضح من خلال الدليل الرابع للقول الأول، فإنه اعتمد في ترجيح جانب الغاصب على أنه غارم وضامن العين المغصوبة، فكان قوله مقدماً يمينه؛ لأنه غارم وهو استدلال واضح بقرينة: (الغرم).

المبحث الرابع
أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثالث: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية

المطلب الأول

أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ القضائية يجد أثر قرينة: (الغرم) على ترجيح قول أحد المتداعين ظاهراً من خلال بعض المبادئ، ومن ذلك:

١- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣ / ٣ / ١٧)، وتاريخ: ٠٥ / ٠٤ / ١٤٣٣ هـ، والذي ينص على أن: «القول قول الغارم إذا لم يكن هناك بيئة تثبت الدعوى؛ لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه»^(١).

٢- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣ / ٣ / ٢)، وتاريخ: ٠٧ / ٠١ / ١٤٣٤ هـ، والذي ينص على أن: «القول قول الغارم مع يمينه إذا لم يكن للمدعي بيئة تؤيد دعواه»^(٢).

ويظهر من المبدأين تأكيد العمل بقرينة: (الغرم)؛ فقد جرى تقريرها مرتين وفي عامين متتاليين.

(١) المبدأ ذي الرقم: (٢١٨١) من المبادئ والقرارات الصادر عن مركز البحوث بوزارة العدل: (ص ٥٣٩).

(٢) المبدأ ذي الرقم: (٢١٨٤) من المبادئ والقرارات الصادر عن مركز البحوث بوزارة العدل: (ص ٥٤٠).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



لم أجد النص صراحة على اعتبار قرينة: (الغرم) دليلاً مرجحاً لقول أحد المتداعين في الأنظمة القضائية، ولكن وجدت فيها ما يمكن أن يشير إلى اعتبارها؛ وذلك أن نظام الإثبات نص في الفقرة الثانية للمادة: (١٢٥) على أنه: «مع مراعاة ما ورد في الفقرة: (١) من هذه المادة تطبق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لترجيحات هذا النظام في مسائل الإثبات التي لم يرد في شأنها نص في النظام»، واعتبار قرينة (الغرم) مما استمد من الشريعة الإسلامية ويلائم ترجيحات نظام الإثبات، فأما استمداده من الشريعة الإسلامية فقد مضى تقريره في التمهيد، وأما ملاءمته لترجيحات نظام الإثبات من خلال ما نصت عليه المادة الثالثة من نظام الإثبات من أن «١- البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر. ٢- البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل...»، وقرينة: (الغرم) مما بنى على ما ذكر؛ فإن المتمسك بقرينة: (الغرم) في غالب المسائل منكر ما يدعيه خصمه، كما أنه متمسك بأن الأصل براءة ذمته من الزيادة التي يدعيها خصمه، فبذلك اتضح وجه دلالة نظام الإثبات على اعتبار قرينة: (الغرم).

المطلب الثالث

أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية^(١)



الحكم الصادر في القضية رقم ١٤٦٦ / ١ / ق لعام ١٤٣٩ هـ المقامة من / (...) سجل مدني رقم (...) ضد / شركة (...) سجل تجاري رقم (...) الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد: ففي يوم الاثنين الموافق ١٤٣٩ / ٧ / ٩ هـ وبمقر المحكمة التجارية بالرياض انعقدت الدائرة التجارية السادسة عشر والمشكلة من: القاضي / (...) رئيساً وبحضور: (...) أميناً للسر، وذلك للنظر في القضية الموضح بياناتها أعلاه والمقيدة في المحكمة في: ١٤٣٩ / ٣ / ٢٩ هـ، والمحالة للدائرة في ١٤٣٩ / ٣ / ٢٩ هـ وبعد الاطلاع على الأوراق وسماع الدعوى والإجابة أصدرت الدائرة فيها الحكم الآتي:

الدعوى:

(الوقائع) تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعي المشار إليه أعلاه تقدم بلائحة دعوى أفاد فيها: «أنه اتفق مع الشركة المدعى عليها على شراء سيارة (...) بمبلغ قدره (١٨٠,٠٠٠ ريال) وأنه قام بتحويل المبلغ كحوالة بنكية ووضح فيها الغرض من الشراء على أن يتم إحضار السيارة من جدة إلا أن المدعى عليها وبعد استلامها المبلغ أخلت بالتزامها ولم تسلم السيارة وإنما حررت المبلغ مقابل دبابات لم يتم طلبها من قبله وأرسلت المدعى

(١) الحكم منشور في البوابة القضائية العلية برابط:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/15415>.

عليها الدبابات بدل السيارات لذا ختم لائحة بالمطالبة بإلزامها بتسليم الثمن وتعويضه بمبلغ (٥٠,٠٠٠ ريال) مقابل تفويت المنفعة، وأنه يحتفظ بحقه بطلب الادعاء بالتزوير على محضر الطلب التي قامت به الشركة ومنسوبيها أمام المرجع القضائي المختص» وبعد أن تم قيد الأوراق قضية بالرقم الوارد في مستهل هذا الحكم أحيلت لهذه الدائرة فباشرت نظرها على النحو المثبت في محاضر الضبط حيث حضر في جلسة يوم الاثنين الموافق: ٢١ / ٤ / ١٤٣٩ هـ المدعي وحضرت لحضوره الوكيله (...) عن المدعى عليها حسب صورة الوكالة المرفقة إلا وأنه بعد التدقيق فيها اتضح أنها غير مخولة عن الشركة المدعى عليها ولذا أفهمتها الدائرة بضرورة تعديل الوكالة أو حضور الأصيل في الجلسة القادمة فاستعدت بذلك، في الجلسة سألت الدائرة المدعى عن الدعوى فأجاب بمضمون ما ورد في اللائحة، وفي الجلسة سلمت الدائرة الحاضرة عن المدعى عليها صورة من اللائحة والمرفقات لتقديم الجواب عليها قبل موعد الجلسة القادمة.

الإجابة:

وفي جلسة يوم الاثنين الموافق ١٢ / ٥ / ١٤٣٩ هـ حضر المدعى وحضر لحضوره المدعى عليه وكالة / (...) حسب صورة وكالته المرفقة، وقدم وكيل المدعى عليها الجواب في مذكرة من صفحتين مفادها: «أن المدعى يحاول من خلال رفع دعواه الحصول على حكم ضد موكلته دون وجه حق وأن الاتفاق كان على دبابات وليس على سيارة حيث إنه ليس من نشاط موكلته بيع السيارات كما هو موضح في صورة السجل التجاري المرفق لموكلته وأن المدعى لا بينة لديه على دعواه وأما ما أشار إليه المدعى من إيضاحه في الحوالة البنكية أن الغرض شراء سيارة فهو إجراء من قبله لا يلزم

المدعى عليها فيه، كما أنه أقر باستلام الدبابات في لائحة دعواه وعجز عن تحديد الشخص الذي تم الاتفاق معه على السيارة وإنما أطلق الادعاء دون بينة، لذا طالب في نهاية مذكرته برد الدعوى وما لحقها من طلبات» وقد ضُمت لملف القضية وسلم الطرف الآخر نسخة منها لتقديم ما لديه حيالها قبل موعد الجلسة القادمة وذلك في يوم الثلاثاء الموافق ٤/٦/١٤٣٩ هـ.

المرافعة:

وفي جلسة يوم الخميس الموافق ٢٢/٥/١٤٣٩ هـ حضر المدعي وقدم للدائرة مذكرة برده على مذكرة المدعى عليه في جلسة ١٢/٥/١٤٣٩ هـ من صفتين ونسخة للمدعى عليها مفادها: «أنه قام بتحويل المبلغ على حساب الشركة وذكر فيه الغرض من التحويل وهو شراء سيارة إلا أن المدعى عليها قبضت الثمن ولم تنفذ التزامها بتسليمه للسيارة كما أن مندوب الشركة (...) هو من قام بتوقيع المحضر بدلاً عنه كما أن تزوير توقيعه من مندوب الشركة غايته أكل أمواله بالباطل، وأن المدعى عليها إذا كان نشاطها لا يشمل بيع السيارات فإن هذا تغرير بالعملاء عن طريق المندوبين الذين يعلنون ذلك عن طريق وسائل التواصل الاجتماعي وأن الشركة المدعى عليها مسؤولة عن أعمال مندوبيها وتابعيها، وطالب في نهاية رده بنفس طلباته المثبتة في لائحة دعواه» وقد جرى ضمها لملف القضية، وفي جلسة يوم الاثنين الموافق: ١٠/٦/١٤٣٩ هـ حضر الطرفان السابق حضورهما واطلعت الدائرة على ما قدم من مذكرات، وفي الجلسة تم تسليم وكيل المدعى عليه نسخة مما قدمه المدعي أخيراً لتقديم ما لديه حياله قبل موعد الجلسة القادمة وذلك يوم الثلاثاء الموافق: ٣/٧/١٤٣٩ هـ، وفي الجلسة سألت الدائرة المدعي عن المرفقات المشار إليها في لائحته فذكر أنها مرفقة في ملف القضية وحددها

أثناء الجلسة، وفي الجلسة طلب وكيل المدعى عليها نسخة من المرفقات كذلك فأجيب لطلبه، وفي جلسة يوم الاثنين الموافق ١ / ٧ / ١٤٣٩ هـ حضر وكيل المدعى عليها، وقدم مذكرة من صفحتين وعدد من المرفقات مفادها: «بيان لوقائع عملية الشراء وما قام به المدعي من اتصال بتليفون المعرض والاستفسار عن أسعار الدبابات وطلب الصور لها كما أنه قام بإرسال الدينا الخاصة بنقل الدبابات تبين عدم كفايتها لنقل الدبابات وطلب منه إرسال سيارة ثانية وبالفعل قام بذلك كما أن المحادثات التي في برنامج الواتس أب تثبت اتفاق المدعي على شراء الدبابات وليس على شراء السيارة كما أن المدعي قام بتفويض مندوب الشركة للتوقيع على الطلب وأرسل هويته من أجل ذلك وهو إجراء متعارف عليه حيث إن البيعة تمت كاملة بالجوال كما أن عبارة (شراء سيارة) المدونة بمبلغ التحويل دونت بمعرفة المدعي ولا يصح الاستناد عليها لأنه صنعها لنفسه وأنكر ما ادعاه المدعي من أن الشركة المدعى عليه تروج لنفسها على أنها تعمل في مجال السيارات وأنه مجرد محض افتراء من المدعي لا بينة له عليه» وأرفق مع مذكرته صور المحادثات بين الطرفين عبر برنامج الواتس أب وكذلك إفادة من المدعو / (...). على صحة ما ذكره المدعى عليه وكالة وصورة للدبابات أثناء تحميلها في سيارات النقل، وصور إقامات السائقين للدينات، ضمت جميعها بملف القضية، وفي جلسة يوم الاثنين الموافق ٩ / ٧ / ١٤٣٩ هـ حضر الطرفان، وبعد الاطلاع على مذكرة المدعى عليه وكالة الأخيرة تم تسليم المدعي صورة منها، وبعد اطلاعه عليها أجاب بأنه ينكر جميع ما ورد فيها وأنه غير صحيح ولذا سألته الدائرة هل تم استلام الدبابات فأجاب بـ (لا) وأما المدعى عليه وكالة فأجاب بأنه تم تسليمها للمدعي وبسؤال الدائرة للمدعي: ألك مزيد بينه؟ فأجاب بأنه

ليس لديه سوى ما قدم، وعليه سألت الدائرة الطرفين عما يودان إضافته فاكتمت كل منهما بما سبق تقديمه وعليه رأت الدائرة صلاحية القضية للفصل فيها.

الأسباب:

بما أن المدعي يهدف من دعواه إلى إلزام الشركة المدعى عليها بإعادة المبلغ المسلم لها بناء على اتفاق شراء سيارة ولم تسلم المدعى عليها السيارة ولم تعد المبلغ حسب الدعوى وبما أن الشركة المدعى عليها تاجر والدعوى متعلقة بأعمالها التجارية التي تختص المحكمة التجارية بالنظر فيها وفق ما جاء في نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ في المادة رقم (٣٥) فقرة (ب) والتي نصت على أنه: (تختص المحاكم التجارية بالنظر في الآتي: ب- الدعوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية...) كما أنها من اختصاص الدائرة وفقاً لقرار معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء المكلف رقم (٩٦٧/ت) وتاريخ ١/١/١٤٣٩هـ والذي نص في البند (خامساً) منه على أنه: (تنظر الدعوى التجارية المتعلقة بنظام الشركات أو الوكالات التجارية مهما كانت قيمة المطالبة الأصلية فيها، والدعوى الأخرى التي تزيد الطلبات الأصلية فيها عن ثلاثمائة ألف ريال من دوائر مكونة من ثلاثة قضاة، وتنظر الدعوى التجارية التي لا تزيد الطلبات الأصلية فيها عن ثلاثمائة ألف ريال من دائرة مكونة من قاضٍ فرد...)، وبناءً على ذلك فإن الدائرة تختص بنظر هذه الدعوى وفقاً لما سبق، وبما أن الدائرة سمعت الدعوى والإجابة، وبما أنه لا يوجد عقد مكتوب بين الطرفين إلا أنهما اتفقا على أصل البيع واستلام الثمن من قبل المدعى عليه، ثم اختلفا في

عين المبيع فالمدعي ادعى أنه اتفاق على شراء سيارة والمدعى عليه ينازع في ذلك وأنه على دبابات نارية حسب تفاصيلها في الفواتير المرفقة، وكما هو المقرر أن البينة على المدعي وبما أن المدعي لم يقدم بينة موصلة تثبت أن الشراء كان على سيارة سوى إيضاحه في إيصال الحوالة البنكية أنها مقابل سيارة وأن هذا الإيضاح لا يلزم المدعى عليها كونه ناشئ من إرادة المشتري وحده دون التقاء إرادة الطرفين عليه ولا شك أنه لا يلزم العاقدين فيما بينهما إلا فيما التقت إرادتهما عليه والتزما به، وبما أن المدعى عليه وكالة أنكر جميع ما أدلى به المدعي من أقوال تدل على إرادة شراء سيارة بل قدم قرائن تدل بجموعها على أن الشركة المدعى عليها باعت دبابات وليس سيارة ومن أقوالها أن الشركة المدعى عليها لا تمارس نشاط بيع السيارات وذلك حسب ما هو مثبت في السجل التجاري لها، وقد روي في الحديث أنه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** قال: **«إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادان»**^(١) الدال على أنه في حال الخلاف بين البائع والمشتري في عين المبيع فالقول المقدم قول البائع لأنه كالغارم الذي ستؤخذ منه السلعة فلا يغرم غير ما أقرب به، وقد جاء ذلك في الكشاف للإمام البهوتي **رَحْمَةُ اللَّهِ بِقَوْلِهِ: «(أو) اختلفا في «عينه» أي عين المبيع «فقال» المشتري «بعثني هذا» العبد «فقال» البائع «بل» بعثك «هذا» العبد «فقول بائع» بيمينه، لأنه كالغارم)، فبناء على ما تقدم انتهت الدائرة إلى عدم صحة دعوى المدعي بادعاء شراء سيارة، وقد أفهمت الدائرة الطرفين بحقهما في الاعتراض على الحكم لمدة ثلاثين يوماً من تاريخ الاستلام استناداً على المادة (١٧٩) من نظام المرافعات الشرعية.**

(١) سبق تخريجه.

الحكم:

(لذلك) ولكل ما تقدم من أسباب وبعد التأمل: حكمت الدائرة برفض هذه الدعوى لما هو موضح بالأسباب. والله الموفق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. أمين السر: بدر بن ناصر الفهيد، رئيس الدائرة: القاضي / ممدوح بن محمد الألمعي.

الاستئناف:

الحكم في القضية رقم ٢٦١ لعام ١٤٤٠ هـ المقامة من / (...), هوية وطنية / (...), ضد / شركة (...), سجل تجاري / (...), الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد: فإنه في يوم الخميس ١٤٤٠ / ٠٧ / ٠٧ هـ وبمقر محكمة الاستئناف بالرياض عقدت الدائرة التجارية الأولى جلستها بتشكيلها التالي: القاضي عبد الرحمن بن محمد الجوفان رئيساً، القاضي ناصر بن حمد الوهبي عضواً، القاضي عبد المحسن بن عبد الله الزكري عضواً، وبحضور عبد المحسن بن محمد العصيمي أميناً للسر، وذلك للنظر في القضية المشار إليها أعلاه المحالة للدائرة في ١٤٤٠ / ٠١ / ٢٩ هـ، وفيها بعد المداولة أصدرت الدائرة هذا الحكم.

(الوقائع) بما أن الوقائع قد أوردتها الحكم الصادر في القضية من محكمة الدرجة الأولى فإن دائرة الاستئناف تحيل إليه في هذا الشأن، ومحل الدعوى بيع دبابات، والمطالبة بالثمن.

(الأسباب) بما أن الاعتراض على الحكم جرى تقديمه من المدعي أثناء الأجل المحدد نظاماً فإن دائرة الاستئناف تنتهي إلى قبوله شكلاً، أما فيما

يتعلق بالحكم، فإن دائرة الاستئناف لم يظهر لها في الاعتراض ما يحول دون تأييد الحكم وبناء عليه فإنها تنتهي إلى تأييده محمولاً على أسبابه.

(لذلك) حكمت الدائرة بتأييد حكم الدائرة السادسة عشرة بالمحكمة التجارية بالرياض الصادر بتاريخ ١٤٣٩/٧/٩ هـ في القضية رقم ١٤٦٦ لعام ١٤٣٩ هـ القاضي: برفض هذه الدعوى. محمولاً على أسبابه. أمين السر: (...)، عضو: (...)، عضو: (...)، رئيس الدائرة: (...).

أثر قرينة (الغرم) على الحكم القضائي:

أثر قرينة: (الغرم) على الحكم القضائي واضح بيّن، فقد استندت فضيلة ناظر القضية في ترجيحه قول المدعى عليها ورد دعوى المدعي على أن المدعى عليها كالغارمة، بل نص على إحدى المسائل المبحوثة في هذا الفصل، وهي المسألة المبحوثة في المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في عين المبيع.

الباب الثاني

أثر القرائن المتعلقة بالظاهر

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: أثر قرينة: (ظاهر الحال).

الفصل الثاني: أثر قرينة: (الأمانة).

الفصل الثالث: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا).

الفصل الرابع: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي).

الفصل الخامس: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه).

الفصل الأول

أثر قرينة: (ظاهر الحال)

وفيه تمهيد، وسبعة مباحث:

المبحث الأول: اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب، مع ما يؤيد قول أحدهما.

المبحث الثاني: اختلاف المعطي والآخذ في المأخوذ بقول المعطي: (ملكته).

المبحث الثالث: اختلاف الراهن والمرتهن في القبض والعين بيد المرتهن.

المبحث الرابع: اختلاف الجاني على اللقيط وقاذفه مع اللقيط في رقه.

المبحث الخامس: اختلاف المدين والدائن في معنى قول المدين: (أحلته بدينك) بعد اتفاقهما على صدوره من المدين.

المبحث السادس: الاختلاف في دعوى بنوة اللقيط.

المبحث السابع: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (ظاهر الحال) مكونة من مفردتين:

المفردة الأولى: مفردة: (ظاهر):

وقد سبق التعريف بها في التمهيد، المقصود به هنا هو المقصود به هناك: أنه ما يترجح وقوعه بالقرائن.

المفردة الثانية: مفردة: (الحال):

لغة: أصلها من الحَوْل؛ قال ابن فارس: «الحاء والواو واللام أصل واحد وهو تحرك في دور، فالحوول العام؛ وذلك أنه يَحُولُ أي: يدور...»^(١).

ول(الحال) في اللغة معان منها^(٢):

١- كينة الإنسان، وهو ما كان أو ما يكون عليه من خير أو شر، ويذكر ويؤنث، والجمع: أحوال أحولة وحالات.

٢- صروف الدهر: حالاته.

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (حول): (٢/ ١٢١).

(٢) ينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (حول): (ص ٩٨٩)، لسان العرب؛ مادة: (حول): (٤/ ٢٧٦-٢٧٩).

٣- الوقت الذي أنت فيه.

والمقصود من هذه المعاني هو المعنى الأول، ويقرب منه المعنى الثاني والمعنى الثالث.

والمقصود بالحال هنا: هو المقصود من المعاني اللغوية^(١).

المسألة الثانية: التعريف بالقريينة كمركب إضافي:

إن قريينة ظاهر الحال هي: ما دل على أمر من الأمور بناء على ما يكون عليه أو ما يحيط به أو ما يصدر منه في وقت من الأوقات، فإذا كان ما يدعيه المدعي هو ما يوافق الواقع المشاهد ويصدقه، فإن ظاهر الحال هنا يعضده ويؤيد دعواه.

(١) وقد جرى إضافة الظاهر إلى الحال تمييزاً له عن استعمال الظاهر محل الأصل؛ فإن الفقهاء قد يعبرون عن أحدهما بالآخر، وإن كان بينهما فروق (ينظر: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٨٥-٩٠))، إضافة إلى تمييزه عن الظواهر التي ستأتي - إن شاء الله تعالى - في الفصول التالية من هذا الباب.

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقريفة



إن اعتبار قريفة: (ظاهر الحال) في الترجيح بها في الشريعة الإسلامية شهدت به أدلة كثيرة:

فمن السنة النبوية:

١- أن أبا ثعلبة الخشني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: أتيت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلت يا رسول الله، إنا بأرض قوم من أهل الكتاب نأكل في آنتهم... فأخبرني ما الذي يحل لنا من ذلك؟ قال: «أما ما ذكرت أنكم بأرض قوم من أهل الكتاب تأكلون في آنتهم، فإن وجدتم غير آنتهم، فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا، فاغسلوها ثم كلوا فيها...»^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجح جانب نجاسة آنية الكفار بما ظهر من حالهم - استعمالها في شرب الخمر والنجاسات - على أصل طهارتها وإباحة استعمالها، فنهى عن الأكل فيها إن وجد غيرها، أو بعد غسلها عند عدم غيرها، إعمالاً للظاهر المذكور وترجيحاً به، مما يدل على مشروعية الترجيح بظاهر الحال^(٢).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الذبائح والصيد، باب صيد القوس، (٤٠٦/٢)، برقم: (٥٤٧٨)، ومسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، (ص ٧٤٦)، برقم: ((٤٩٨٣) - ٨ - (١٩٣٠)).

(٢) ينظر: فتح الباري: (٧٥٠/٩)، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن القيم في فقه الأسرة؛ للدكتور: فؤاد صدقة مرداد: (٤٢٦/١)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح؛ للدكتور: عبد الرحمن آل عزاز: (٣٧٢/١).

٢- قالت فاطمة بنت حبيش رَضِيَ اللهُ عَنْهَا لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: يا رسول الله، إني لا أطهر، أفأدع الصلاة؟، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا ذَلِكَ عَرَقٌ وَليْسَ بِالحَيْضَةِ، فَإِذَا أَقْبَلْتَ الحَيْضَةَ، فَاتْرَكِي الصَّلَاةَ، فَإِذَا ذَهَبَ قَدْرَهَا، فَاغْسِلِي عَنكَ الدَّمَّ وَصَلِي»^(١).

وجه الاستدلال: «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمل بالظاهر المعتضد بعادة النساء، وهو أن دم الحيض لا يتجاوز ستة أو سبعة أيام، فعمل بالظاهر كونه دم فساد وعلّة ومرض وألقى الأصل في كون الدم الخارج من المرأة دم حيض»^(٢).

٣- كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا كان صائماً أمر رجلاً فأوفى على شيء، فإذا قال: غابت الشمس، أفطر^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الحيض، باب المستحاضة، (١/ ٢٥٥-٢٥٦)، برقم: (٣٠٦)، ومسلم في صحيحه في كتاب الحيض، (ص ١٣٣)، برقم: ((٧٥٣) ٦٢ - (٣٣٣)).

(٢) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن القيم: (١/ ٤٢٧)، وينظر: مجموع الفتاوى: (٢٣٨/ ١٩).

(٣) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه في كتاب الصوم، باب ذكر استحسان سنة المصطفى محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما لم ينتظر بالفطر قبل طلوع النجوم، (٧/ ٣)، برقم: (٢١٤١)، وقال عقبه: «هكذا حدثنا به ابن أبي صفوان، وأهاب أن يكون الكلام الأخير [وهو نص الحديث المذكور] عن غير سهل بن سعد [راوي الحديث] لعله من كلام الثوري أو من قول أبي حازم، فأدرج في الحديث»، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، في الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان في كتاب الصوم، باب الإفطار وتعجيله، (٨/ ٢٧٨)، وصححه الأرئوط في تحقيقه للإحسان في الموضوع نفسه.

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجح جانب خبر لرجل بما اعتضد به من ظاهر الحال بظهور وقت الغروب وقربه على غيره مما يدل على مشروعية الترجيح بظاهر الحال^(١).

ومن المعقول^(٢):

١- أن الأدلة الصحيحة دلت على وجوب العمل بالراجح، بل حكي الإجماع على ذلك^(٣)، وظاهر الحال إذا ظهرت قوته وبانت دلالته، وتوافرت شروط الأخذ به^(٤) كان العمل به وترجيح ما عضده عملاً بالواجب بتقديم الراجح.

٢- أن من يتمسك بظاهر الحال المكتمل الشروط، فإنه - غالباً - مثبت ومن يخالفه فهو ناف، والقاعدة الفقهية على تقديم قول المثبت على النافي^(٥).

(١) ينظر: قواعد ابن رجب: (٢/٤٥٠).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١/٣٧٠).

(٣) ينظر ذلك فيما سبق في التمهيد، وينظر تفصيل ذلك في: القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١/٧٠-٨٥).

(٤) ينظر فيها: المبحث الرابع من التمهيد.

(٥) ينظر في تفاصيل هذه القاعدة: القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/١١٢٦-١١٣٥)، وسيأتي لها تفصيل - إن شاء الله تعالى - في الفصل الرابع من هذا الباب.

المبحث الأول
اختلاف البائع والمشتري في حدوث
العيب، مع ما يؤيد قول أحدهما^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة.

(١) ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٤-٤٢٦)، كشف القناع: (٣/٢٢٧).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف البائع والمشتري في حدوث العيب وقدمه، فادعى المشتري قدمه بوجوده قبل البيع، وادعى البائع حدوثه بعد البيع، وشهد لأحدهما ظاهر حال العيب كالأصبع الزائدة، والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها بعد البيع، وكالجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديمًا قبل البيع^(١)، وخلا قولهما عن بيعة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق الفقهاء^(٢) على أن القول المقدم قول من يشهد له الظاهر.

(١) ومثله في المسائل المعاصرة: الضربة المغطاة بالسيارة، والصدمة الجديدة في السيارة، فالأول قديم شاهد للمشتري والثاني حادث شاهد للبائع. ينظر: أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع: (ص ٨٠).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٣/١١٠-١١١)، المحيط البرهاني: (٦/٥٧٣، ٥٧٤)، حاشية ابن عابدين: (٧/٢٠٤)، ونص نفي اليمين فيها فيما إذا كان الظاهر شاهداً للمشتري، البيان والتحصيل: (٨/٣٢٨-٣٢٩)، النوادر والزيادات: (٦/٢٨٩، ٢٩٠)، منح الجليل: (٥/٢٠٧)، الحاوي الكبير: (٥/٢٥٩)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٢٧٤)، أسنى المطالب: (٢/٧٢)، نهاية المحتاج: (٤/٦٤)، تحفة المحتاج: (٤/٣٨٣)، الشرح الكبير =

ثانياً: اختلف الفقهاء في اليمين لقبول قوله على قولين:

القول الأول: أن قوله مقدم بلا يمين وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا: بأنه لا حاجة إلى استحلافه للقطع واليقين بصدق قوله، وكذب قول خصمه بما ظهر من حال العيب^(٥).

القول الثاني: أن قوله مقدم بيمينه، وهو قول عند الحنابلة^(٦).

ولم أجد له دليلاً، ولا ما يمكن أن يستدل له سوى أن القاعدة أن من قدم قوله، فإنما يقدم بيمينه الذي ذكرها الفقهاء كثيراً^(٧).

= والإنصاف: (١١/٤٢٤-٤٢٦)، كشف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح المنتهى: (٣/٢١٤)، أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٨٠).

(١) ينظر: المبسوط: (١٣/١١٠)، المحيط البرهاني: (٦/٥٧٣، ٥٧٤)، حاشية ابن عابدين: (٧/٢٠٤)، ونص نفي اليمين فيها إذا كان الظاهر شاهداً للمشتري.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٨/٣٢٨-٣٢٩)، النوادر والزيادات: (٦/٢٨٩، ٢٩٠)، منح الجليل: (٥/٢٠٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٢٥٩)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٢٧٤)، أسنى المطالب: (٢/٧٢)، نهاية المحتاج: (٤/٦٤)، تحفة المحتاج: (٤/٣٨٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٢٤-٤٢٦)، كشف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح المنتهى: (٣/٢١٤).

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٧/٢٠٤)، منح الجليل: (٥/٢٠٧)، الحاوي الكبير: (٥/٢٥٩)، نهاية المحتاج: (٤/٦٤)، تحفة المحتاج: (٤/٣٨٣)، الشرح الكبير: (١١/٤٢٤-٤٢٦)، كشف القناع: (٣/٢٢٧)، شرح المنتهى: (٣/٢١٤).

(٦) اختاره أبو الخطاب. ينظر: الإنصاف: (١١/٤٢٤-٤٢٦).

(٧) ينظر في ذلك: المحيط البرهاني: (٦/٤٦٧)، الذخيرة: (٦/١١٧)، حاشية ابن قاسم على الروض: (٤/٤٥٤)، وسبق ذكرها في مسائل كثيرة.

ويناقدش: بأن أكثر من نص على القاعدة المذكورة نص في هذه المسألة على القول قول من يشهد له الظاهر بلا يمين مما يدل على عدم طرد هذه القاعدة، وأنه عند القطع بصدق أحد المتداعين فيقبل قوله بلا يمين.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الأول لما استدلوا به.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر في حال نكول من شهد له الظاهر عن اليمين في هذه المسألة، فعلى القول الأول يلزم أن يقبل قوله ويحكم لصالحه، وأما على القول الثاني، يلزم ألا يقبل قوله، ولا يحكم لصالحه ما لم يؤد اليمين^(١).

سبب الخلاف:

لا يظهر سبب صحيح يمكن القول بأنه سبب الخلاف، خصوصاً أنني لم أجد دليلاً للقول الثاني، وما ذكرت له، فقد لا يلزم أو لا يسلم، ولو سلم فيكون الأقرب لسبب الخلاف هو القول بأن الظاهر إذا بلغ في الدلالة على صدق قول أحد الخصمين وكذب الآخر هل يكتفى به أو لا بد من اليمين،

(١) جعلت التعبير بصيغة اللزوم ولم أتناول مسألة ثبوت حق الرد، لأنه ليس كل من قال بالقول الأول حكم لصالح من شهد له الظاهر وجعل له حق الرد، فإنه عند الحنفية -مثلاً- في رواية عن أبي يوسف اشترطوا لثبوت حق الرد للمشتري أن يخلف أنه ما علم بالعيب حين اشتراه ولا رضي به منذ علم ولا عرضه على بيع: (ينظر: المحيط البرهاني: (٦/٥٧٣))، والمالكية جعلوا حق الرد في العيب الذي يخفى عند التقلب؛ كالعمى مع سلامة الحدقة، وأما العيب الظاهر للذي لا يخفى على من قلب المبيع كطمس العينين، فلا يكون للمشتري حق الرد لشهادة الظاهر بقدمه - ولو قطع به -؛ لحملة على علمه حين شرائه ورضاه به. ينظر: منح الجليل: (٥/٢٠٧).

فعلى القول الأول يكتفى به، وعلى الثاني لا يكتفى به، ومما يضعف ما ذكرته أنه سبق في التمهيد دراسة مسألة الاكتفاء بالقرائن عن اليمين، فلو كانت هذه المسألة متأثرة بتلك لكان الخلاف في هذه المسألة تبعاً لما سبق التمهيد، ولكن الأمر بخلاف ذلك، وعلى كل حال فهذا ما ظهر والله **عَزَّوَجَلَّ** أعلم.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة ظاهر بين ويظهر ذلك من وجوه:

الوجه الأول: أن الأخذ بها واعتبارها لم يقتصر على مذهب واحد بل استدل بها واعتبرها - في ترجيح قول من شهدت له - المذاهب الأربعة.

الوجه الثاني: أنه لم يقتصر أثرها على ترجيح قول أحد المتداعين وتقديم قوله، بل تعدى ذلك إلى تصديقه وتكذيب قول خصمه بلا يمين ممن شهد له، وبذلك تكاد تكون أقوى القرائن الفقهية^(١).

الوجه الثالث: أن دلالتها في هذه المسألة لم تقتصر على مرتبة الظن بل جاوزته إلى أن تكون دلالتها قطعية لا تحتمل صحة ما يخالفها.

(١) وبه يظهر رجحان ما سبق في التمهيد من أن توجيه اليمين لمن ترجح جانبه يكون وفق سلطة القاضي التقديرية، فإذا قطع القاضي بصدق قول أحد المتداعين، فلا يوجه عليه اليمين وإلا وجهها عليه.

المبحث الثاني
اختلاف المعطي والآخذ في المأخوذ
بقول المعطي: (ملكك)^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣١٢).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اتفقا على قول المعطي للآخذ عندما أعطاه المال: «ملكته»، ولم يذكر البديل ولم تدل قرينة عليه، ثم اختلف هو والآخذ في المقبوض، فقال المالك: «هو قرص»، وقال الآخذ: «هو هبة»، ولم توجد قرينة تدل على قول أحد منهما، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول الآخذ بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(١)،

(١) ينظر: المبسوط: (١٢/٩٥-٩٦)، بدائع الصنائع: (٨/٨٧)، المحيط البرهاني: (٦/٢٣٧)، تبين الحقائق: (٥/٩٢)، هذا ما وجدته في المراجع السابقة، وقال في حاشية ابن عابدين: (٨/٤٩١): «بقي ما لو قال: ملكته هذا الثوب مثلا، فإن قامت قرينة على الهبة صحت، وإلا فلا لأن التمليك أعم منها لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها وانظر ما كتبناه في آخر هبة الحامدية وفي الكازروني: أنها هبة»، ولم يظهر لي كيفية الجمع بينها.

والمذهب عند الشافعية^(١)، ومذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن ظاهر لفظ «ملكك»: تملك للعين للحال بغير عوض، وهذا هو تفسير الهبة فكان القول قول مدعيها - وهو الآخذ -؛ لشهادة هذا الظاهر له^(٣).

القول الثاني: أن المقدم قول المعطي، وهو وجه عند الشافعية^(٤).

واستدلوا: بالقياس على ما لو اختلف الدافع للطعام والآخذ المضطر له، فقال الدافع: «أطعمت بعوض»، وقال الآخذ: «بلا عوض»، فيصدق الدافع، فكذلك هنا يصدق الدافع^(٥).

ونوقش: بالفرق بين المسألة محل البحث ومسألة الطعام: بأن الدافع يصدق في مسألة الطعام: أنه بعوض؛ حملاً للناس على هذه المكرومة التي بها إحياء النفوس؛ إذ لو لم يصدق قوله لأحوج إلى الإشهاد، فتفوت به نفس المضطر^(٦).

وأما المالكية فلم أجد لهم تناوياً لهذه المسألة، ولا ما يمكن الترخيص عليه.

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٤٣٠)، روضة الطالبين: (٤/٣٢)، أسنى المطالب: (٢/١٤١)، نهاية المحتاج: (٤/٢٢٢)، تحفة المحتاج: (٥/٣٨)، مغني المحتاج: (٣/٣٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٣٢٥)، كشاف القناع: (٣/٣١٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٢٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٨/٨٧)، أسنى المطالب: (٢/١٤١)، الشرح الكبير: (١٢/٣٢٥)، كشاف القناع: (٣/٣١٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٢٢).

(٤) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٣٢)، أسنى المطالب: (٢/١٤١).

(٥) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١٤١).

(٦) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٢٢)، تحفة المحتاج: (٥/٣٨).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في دلالة لفظ (ملكته)، فإن كان لها دلالة عرفية على القرض أو الهبة، فتحمل عليها، وإلا فتحمل على ما ذكره أصحاب القول الأول، لدليلهم وما ورد من مناقشة لدليل القول الثاني.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تظهر من خلال لزوم رد البديل من الآخذ للمعطي، فعلى القول بتقديم قول الآخذ لا يلزم الآخذ رد بديل ما أخذ، وعلى القول بتقديم قول المعطي يلزم الآخذ رد بديل ما أخذه.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو في دلالة لفظ: (ملكته)، فمن قال: إنها دالة على الهبة رجح قول مدعيها، ومن قال: بأن دلالتها هي على القرض - في المقيس عليه - رجح قول مدعيه.

المطلب الثاني

أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة



إن أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة يظهر من خلال وجهين:

الوجه الأول: الاستدلال بظاهر اللفظ ومعناه الذي يفهم منه في ترجيح قول أحد المتداعين في القول الأول؛ فإن قول مدعي الهبة دل على ترجيح جانبه الدلالة الظاهر للفظ: (ملكك) على التملك بلا عوض.

الوجه الثاني: أن الاستدلال بقريينة: (ظاهر الحال) في ترجيح قول أحد المتداعين في هذه المسألة لم يقتصر على مذهب واحد بل قال بدلالة هذه القريينة في هذه المسألة على ترجيح قول مدعي الهبة: الحنفية والشافعية والحنابلة.

المبحث الثالث

اختلاف الراهن والمرتهن في القبض والعين بيد المرتهن^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٣٣-٣٣٤).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف الراهن والمرتهن بعد اتفاهما على الإذن بالقبض - والعين المرهونة بيد المرتهن -، فقال المرتهن: «قبضتها»، وأنكر الراهن ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)،

(١) ينظر: المبسوط: (١٣٢/٢١-١٣٣)، ونصه: «ولو ادعى رجل الشراء والقبض، وآخر الرهن والقبض، وأقام كل واحد منهما البينة... ولو كان في يدي المرتهن جعلته رهناً...»، ولا يظهر بين المسألة المنصوص عليها وهذه المسألة فرق مؤثر بل إن تهمة الراهن في إبطال الرهن أظهر من تهمة مدعي شراء العين.

(٢) ينظر: التوضيح: (١١٩/٦-١٢٠)، ونصه: «وذكر ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين: أن الذي جرى عليه العمل عندهم أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن وقد حازه كان رهناً، وإن لم يحضر الحيازة. وفي المقدمات: ولو وجد الرهن بيد المرتهن فادعى أنه قبضه قبل التفليس وجحد ذلك الغرماء؛ جرى الأمر فيه على الاختلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيدعي قبضها في صحته. وفي المدونة دليل على القولين جميعاً، ولو لم يتعلق بذلك حق الغرماء لوجب أن يصدق المرتهن. ويقبل إقراره أنه قد حاز الرهن فيكون إقراره له كشاهد على حقه إلى مبلغ قيمته»، وفيها كفاية في الدلالة على أحوال المسألة عند المالكية، وأن تصديق المرتهن إذا كان الرهن تحت يده، ولو تعلق بها حق الغرماء هو ما جرى عليه العمل، وهو من المرجحات عند المالكية =

..... والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى أن القول المقدم قول المرتهن.

واستدلوا: بأن اليد قرينة ظاهرة في الدلالة على قبض المرتهن العين المرهونة مقابل الحق المرهونة به؛ لأن الرهن لا يحصل بيد المرتهن إلا بعد قبضه، فكان القول المقدم قوله لتصديق هذا الظاهر له^(٣).

= خصوصاً عند مالكية الأندلس. ينظر: ما جرى عليه العمل: (ص ٨٠)، لكن يشكل في دلالة النص السابق على المسألة محل البحث ما ورد في آخره، ويوضح الإشكال ورود النص نفسه في منح الجليل (٥/ ٤٦٢) ونص آخره: «ولو لم يتعلق به حق للغرماء لوجب تصديق الراهن وقبول إقراره لأنه قد حاز الرهن فيكون شاهداً على حقه إلى مبلغ قيمته»، ففي النص الأول أطلق القول بقبول قول المرتهن، وفي الثاني جعل قول الراهن مقبولاً مما يدل على عدم خلاف الراهن للمرتهن، فالله أعلم بتحقيق قول المالكية في هذه المسألة.

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/ ٥٣٣)، نهاية المحتاج: (٤/ ٣٠٠)، مغني المحتاج: (٣/ ٩١).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/ ٤١٠)، كشاف القناع: (٣/ ٣٣٣-٣٣٤)، شرح المنتهى: (٣/ ٣٦٢)، والمرجع الأخير هو المرجع الوحيد الذي نص على اليمين في تقديم قول المرتهن.

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/ ٥٣٣)، الشرح الكبير: (١٢/ ٤١٠)، كشاف القناع: (٣/ ٣٣٣-٣٣٤)، شرح المنتهى: (٣/ ٣٦٢).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة واضح جلي، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها الدليل الذي اقتصر عليه من استدلال لتقديم قول المرتهن في هذه المسألة، وذلك بشهادة يده وظاهر الحال له؛ بأن قبضه للعين المرهونة بالحق تمت وثبت.

الوجه الثاني: أن الاستدلال بها لم يقتصر على مذهب الحنابلة بل تعداه إلى مذهب الشافعية، فجعلوا قول المرتهن مصدقاً في هذه المسألة لدلالة الظاهر على صدقه.

المبحث الرابع
اختلاف الجاني على اللقيط وقاذفه مع
اللقيط في رقه^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٢٣٣).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

ادعى جان على اللقيط رقه أو ادعى ذلك قاذفه، وكذبهما اللقيط بعد بلوغه وادعى الحرية، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدنا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المقدم قول اللقيط، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والصحيح من مذهب الشافعية^(٣)،

(١) ينظر: البناية: (٧/٣١٢-٣١٣)، بدائع الصنائع: (٨/٣١٨)، تبين الحقائق: (٣/٢٩٧، ٣٠٠)، حاشية ابن عابدين: (٦/٤٢٤)، والنص فيها دل على هذه المسألة بعمومه، وهو عدم قبول قول من ادعى رق اللقيط إلا ببينة.

(٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٩/٣٩٢، ١٠/٤٨٤)، التبصرة: (٨/٣٨٦٨)، الذخيرة: (٩/١٣٦)، التوضيح: (٧/٣٨٤)، ونص فيها على عدم قبول إقرار اللقيط بالرق، فقبول إنكاره من باب أولى.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٨/٥١)، العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٣٥-٤٣٦)، روضة الطالبين: (٥/٤٥٢-٤٥٣)، أسنى المطالب: (٢/٥٠٦)، مغني المحتاج: (٣/٦١٢)، على تفصيل عندهم فيما هو الصحيح والأظهر وأصل الخلاف، وقد انفرد المرجعان الأخيران بالنص على اليمين في تقديم قول اللقيط، ولعل ذلك يرجع إلى انفرد الشافعية في توجيه اليمين في غير الأموال.

..... والمذهب عند الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل في بني آدم الحرية^(٢)؛ لأنهم من نسل آدم عَلَيْهِ السَّلَامُ وحواء، وكانا حرين، والأصل بقاء الحرية في ذريتهما كما كانا^(٣).

٢- أن الرق يكون بأمر عارض وهو الكفر، والأصل في الأمور العارضة العدم، فيكون القول قول يتمسك بهذا الأصل، وهو اللقيط بادعائه الحرية^(٤).

٣- أن ظاهر الحال دال على حرية اللقيط وعاضد دعواه وموافق لقوله، وذلك من ثلاث جهات^(٥):

الأولى: أن الدار التي وجد فيها دار أحرار؛ فإنه وجد في دار الإسلام، والظاهر من أهلها أن يكونوا أحرارًا؛ لأن الرق سببه الكفر كما سبق.

الثانية: أن الغالب في سكان البلدان الحرية، فيكون الحكم للغالب^(٦).

(١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٦/٣١٤-٣١٦)، كشف القناع: (٤/٢٣٣)، شرح المنتهى: (٤/٣٢٠).

(٢) ينظر مزيد استدلال لهذا الأصل: الإجماع؛ لابن المنذر: (ص ١٤٤)، بدائع الصنائع: (٨/٣١٨)، النوادر والزيادات: (١٠/٤٨٤)، الذخيرة: (٩/١٣٦).

(٣) ينظر: البناية: (٧/٣١٢)، تبيين الحقائق: (٣/٢٩٧)، التبصرة: (٨/٣٨٦٨)، العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٣٥-٤٣٦)، أسنى المطالب: (٢/٥٠٦)، مغني المحتاج: (٣/٦١٢).

(٤) ينظر: البناية: (٧/٣١٢)، التبصرة: (٨/٣٨٦٨).

(٥) البناية: (٧/٣١٢-٣١٣)، تبيين الحقائق: (٣/٢٩٧).

(٦) ينظر: التبصرة: (٨/٣٨٦٨).

الثالثة: أنه محكوم بحريته، ولذلك وجب عليه حد الحر إذا كان قاذفًا^(١).

القول الثاني: أن المقدم قول القاذف والجاني، وهو قول عند الشافعية^(٢).

واستدلوا: بأنه يحتمل أن يكون اللقيط رقيقًا، والأصل براءة الذمة القاذف

من الحد والجاني من القصاص، وعليه فلا يقدم قول اللقيط مع الاحتمال^(٣).

القول الثالث: أن المقدم قول القاذف في القذف واللقيط في الجنابة،

وهو قول عند الشافعية^(٤)، واحتمال عند الحنابلة^(٥).

واستدلوا على تقديم قول القاذف: بأنه يحتمل أن يكون اللقيط رقيقًا؛ بأن

يكون ابن أمة، فيكون ذلك شبهة، والحد يدرأ بالشبهات، فيكون الاحتمال

المذكور شبهة دائرة لحد القذف^(٦).

ونوقش من وجهين^(٧):

الوجه الأول: أن اللقيط محكوم بحريته، وكل من كان محكومًا بحريته لا

يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب، فإن الحد يقام على

قاذه ولو احتمل رقه.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٦ / ٣١٤-٣١٥)، كشاف القناع: (٤ / ٢٣٣)، شرح المنتهى: (٤ / ٣٢٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٨ / ٥١)، العزيز شرح الوجيز: (٦ / ٤٣٥-٤٣٦)، روضة الطالبين: (٥ / ٤٥٢-٤٥٣).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦ / ٤٣٥-٤٣٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٨ / ٥١).

(٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٦ / ٣١٤-٣١٦).

(٦) ينظر: المغني: (٨ / ٣٥٤). (٧) ينظر: المرجع السابق.

الوجه الثاني: أنه لو سقط عن القاذف الحد لهذا الاحتمال، لسقط ولو لم يدع الرق؛ لأنه موجود وإن لم يدعه.

وفرقوا بين القاذف والجاني بفروق^(١):

الفرق الأول: أن المقصود من حد القذف الردع والزجر، وفي العدول عنه إلى التعزير الواجب في حق قاذف الرقيق ما يحمل بعض هذا الغرض، وهذا بخلاف القصاص في الجنائية، فإن المقصود منه التشفية والمقابلة، ولا يتحقق هذا المقصود بالعدول إلى المال.

ونوقش: بأنه يحصل بالإضرار الواقع على الجاني بدفع المال بعض غرض التشفية.

الفرق الثاني: أن التعزير الذي يعدل إليه عن الحد متيقن؛ لأنه بعض الحد، فالعدول إليه عدول من ظاهر أو مشكوك إلى متيقن، وهذا بخلاف القصاص في الجنائية، فإنه إذا عدل عنه، فإنما يعدل إلى بعض الدية أو القيمة، وهو مشكوك فيه؛ لأن الحرية شرط وجوب الدية، والرق شرط وجوب القيمة، فكان ذلك عدولاً من ظاهر أو مشكوك فيه إلى مشكوك فيه.

الفرق الثالث: «أن حد القذف أقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص، فلذلك افترقا».

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى ما يحتف بالواقعة من قرائن وأمارات، كما لو كان مكان أخذ اللقيط قريباً من سكن الأرقاء، وكان فيه شبه

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٤٣٦) الفروق ومناقشاتهما منه.

ظاهر بهم، ودلت الفحوصات على أنه من أصل مسترق، أو ادعاه رقيق وصدّق، ونحو ذلك مما يقوي احتمال رق اللقيط ويجعله أقوى من أصل حرّيته، فهنا يقوى جانب القاذف والجاني، ويقدم قوله بيمينه، وأما إن خلت الواقعة مما ذكر، فالقول المقدم قول اللقيط بيمينه لما استدل به أصحاب القول الأول.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال ثبوت حق المطالبة بإقامة حد القذف على القاذف، والقصاص من الجاني، فعلى القول بتقديم قول اللقيط بدعوى حرّيته يكون له المطالبة بإقامة حد القذف على القاذف والمطالبة بالقصاص من الجاني، وعلى القول بتقديم قول القاذف والجاني لا يكون للقيط المطالبة بما ذكر، ويكون التعزير على القاذف وبعض القيمة أو الدية على الجاني بحسب الجنائية^(١).

سبب الخلاف:

سبب الخلاف يرجع إلى الخلاف في أصل اللقيط، فمن جعل أصل اللقيط مجهولاً قدم قول الجاني والقاذف، ومن جعل أصله الحرية قدم قول اللقيط^(٢).

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٨/ ٥١)، العزيز شرح الوجيز: (٦/ ٤٣٥-٤٣٦) وكما يظهر من المسألة، فإنها وثمرتها لا تتعلق بالمعاملات المالية، ولكن لذكرها في أبواب المعاملات المالية ودخول باب اللقيط بينها وكتابتها في الخطة جرى بحثها.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٨/ ٥١)، وما ذكر يشكل على حكاية الإجماع أن أصل اللقيط حر. ينظر في الإجماع ومن حكاها: موسوعة الإجماع: (٣/ ٨١٥-٨١٦).

المطلب الثاني

أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة



إن أثر قريينة: (ظاهر الحال) بين واضح على هذه المسألة ويظهر ذلك من أوجه:

الوجه الأول: تعدد جهات دلالة قريينة: (ظاهر الحال) على ترجيح قول اللقيط بادعائه الحرية، وذلك بدلالة الدار ودلالة السكان ودلالة بناء على الأحكام على الحرية.

الوجه الثاني: أن الاستدلال بقريينة: (ظاهر الحال) على ترجيح قول اللقيط لم يقتصر على مذهب، بل استدل بها الحنفية والمالكية والحنابلة، كما في الدليل الثالث للقول الأول.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فأما الأصول:

(الأصل بقاء ما كان على ما كان).

(الأصل في الأمور العارضة العدم).

(الأصل براءة الذمة).

(الأصل حرية اللقيط).

وأما الظواهر:

(ظاهر حال دار الأحرار أن اللقيط فيها حر).

ورجح أصحاب كل قول ما وجدوه قوي ورجح عندهم.

المبحث الخامس
اختلاف المدين والدائن في معنى قول
المدين: (أحلتك بدينك) بعد اتفاقهما على
صدوره من المدين^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٩٠).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

إذا اتفق المحيل والمحتال على أن المدين تلفظ بقوله: (أحلتك بدينك)، ثم اختلفا، فادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة، وادعى الآخر أنه أريد بها الحوالة، وختل دعواهما من بينة من شهادة أو إقرار أو أثبت كل منهما قوله بذلك، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنهما إن اتفقا على ثبوت الدين على المحيل، فالقول المقدم قول مدعي الحوالة بيمينه، فلو أنكر المحيل الدين صدق بدعواه الوكالة بيمينه وهو مذهب الشافعية^(١).

واستدلوا: بأن اللفظ لا يحتمل سوى الحوالة، فقدم قول مدعيها أخذًا بظاهر اللفظ^(٢).

(١) ينظر: روضة الطالبين: (٤/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠-٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٨-٢٣٩)، ولم أجد دليلًا على اشتراط الاتفاق.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٤٣٠-٤٣١)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣٨-٢٣٩).

ونوقش: بأن قول المحيل اعتراف بدين المحتال، فلا يقبل جرده بعد ذلك^(١)، وعليه فلا يشترط الاتفاق على ثبوت الدين لتقديم قول مدعي الحوالة.

القول الثاني: أن القول المقدم قول مدعي الحوالة، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا على تقديم قول مدعي الحوالة: بأن اللفظ لا يحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها^(٣).

وأما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة بخصوصها، وأما ما يمكن أن تدخل في عمومها، فقد سبق دراسة مسألة يمكن أن تدخل هذه المسألة في عمومها، وهي: ما إذا كان اختلاف المحيل والمحتال بين الحوالة والوكالة بعد اتفاقهما على أن اللفظ الصادر من المحيل: (أحلتك)، فراجع^(٤).

الترجيح:

لعل الراجع - والله أعلم - إعمال العرف وما يفهمه الناس على اختلاف الأزمان، فلو كان فيما سبق لا يحتمل سوى الحوالة، ففي غيره قد يحتمل غيره احتمالاً راجحاً، فيعمل بالراجع ويطرح المرجوح، ويكون في جانب الراجع اليمين، وكذلك ما تضمنه اللفظ، فإن كانت دلالته على الاعتراف

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١١٩/١٣).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١٩/١٣)، كشف القناع: (٣/٣٩٠)، شرح المنتهى: (٤٠٤/٣).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) وهي ما ورد في المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول.

بالدين تختلف من بلد إلى بلد ومن زمن إلى زمن، فيرجح جانب من عضد الدلالة التي يدعيها العرف، فإن كان العرف دل على تضمنها الاعتراف بالدين فيكون القول الثاني هو المرجح، وإلا رجح القول الأول، وأما إن تطابقت دلالة اللفظ مع ما ذكره الفقهاء فلعل الراجح القول الثاني؛ لأن دلالة اللفظ على الحوالة وعدم احتمالها الوكالة، وإضافتها إلى دين الدائن كلها كافية عن إقرار المحيل واعترافه بأصل الدين.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر بثبوت الحوالة وانتقال حق الدائن إلى المحال عليه ونحوها من ثمرات عقد الحوالة، وهذا على القول بتقديم قول مدعي الحوالة، وأما إن قدم قول مدعي الوكالة، فيقبضه الدائن، فإن تعذر أو لم يقبل الدائن الوكالة كان له أن يرجع على المدين.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو في لفظ: (أحلتك بدينك) هل يتضمن الإقرار بدين المحتمل أم لا، فمن قال بعدم تضمينه اشترط اعتراف المحتمل بدين المحيل، وأما من قال بأنه يتضمن الاعتراف بالدين اكتفى به ولم يشترط الاعتراف.

المطلب الثاني

أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة



إن أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة واضح بين، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها عمدة كلا القولين في هذه المسألة على تقديم قول مدعي الحوالة؛ وذلك لأن ظاهر اللفظ ووضعه يدل على الحوالة ولا يدل على الوكالة.

الوجه الثاني: أن استدلال القولين في هذه المسألة على بقريينة: (ظاهر الحال) تنوع، فقد استدل أصحاب القول الأول بها على الإثبات بترجيح قول مدعي الحوالة بأنها لا تدل إلا على الحوالة، واستدل أصحاب القول الثاني بها على نفي دلالة اللفظ المتفق عليه - على قول خصم مدعي الحوالة - بأنها لا تدل على الوكالة، فبقي قول مدعي الحوالة هو ما دل عليه لفظ: (أحلتك بدينك) بظاهره.

المبحث السادس
الاختلاف في دعوى بنوة اللقيط^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٢٣٧).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

ادعى زوجان نسب لقيط فقال الزوج: «هو ابني من زوجتي»، وادعت زوجته أنه ابنها منه، وادعت امرأة أخرى أنه ابنها، وخلت دعواهما من بينة من شهادة أو إقرار، أو وجدا، وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه من المرأتين؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المقدم قول زوجة مدعي البنوة، وهو مذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا: بأنه لما ثبتت أبوة زوجها، كان ذلك ظاهرًا عاضدًا دعواها أنها أمه، فكان القول المقدم قولها^(٢).

القول الثاني: أنهما يتساويان، ولا يقدم قول أحد منهما على الأخرى،

وهو احتمال عند الحنابلة^(٣).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٦ / ٣٤٤)، كشاف القناع: (٤ / ٢٣٧).

(٢) ينظر: المرجعان السابقان.

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٦ / ٣٤٤).

واستدلوا: بأنه لو انفردت كل واحدة منهما ألحق بها، فإذا اجتمعتا تساوتا^(١).

وأما الحنفية والمالكية والشافعية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته:

أما الحنفية، فيقال: إن من أسباب ذلك أنه إذا ادعت امرأتان ولدًا، وأقامتا البينة على ذلك، فيثبت نسبه منهما، وكذلك لو ادعاه رجلان من امرأتين مختلفتين وأقاما البينة على ذلك، ثبت نسبه منهما ومن المرأتين، بل إذا ادعته المرأتان، وأقامتا البينة على ذلك ثبت نسبه منهما، وهذا عند أبي حنيفة خلافًا للصاحيين^(٢)، وعليه تكون المرأتان المدعيتان أمًا له عند أبي حنيفة ولا يرد النزاع المذكور في المسألة، ويرد عليه بالفرق بين هذه المسألة، والمسألة محل البحث: بعدم البينة في المسألة محل البحث أو سقوطها، كما أن الطرفين في المسألة المذكورة تعادلا في الإثبات، وهذا بخلاف المسألة محل البحث.

وقد وجدت مسائل رجحت فيها دعوى المرأة بيدها على اللقيط على دعوى غيرها^(٣)، ولا يبعد اعتبار شهادة الزوج لزوجته بمنزلة اليد، فتكون مرجحة دعوى زوجته خصوصًا أن الحنفية رجحوا دعوى أن الولد من النكاح على غيره؛ فإذا ادعى الزوج أنه من زنى وادعت المرأة أنه من نكاح، ثم رجح الزوج وادعى بالنكاح قبل قوله، وجعل الحال كما قبل ادعائه بالزنا^(٤)، بل لو

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٥/٤٢٨-٤٢٩)، حاشية ابن عابدين: (٦/٤٢٧).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني: (٩/٣٢٨-٣٢٩).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٧/١٥٧).

ادعى الزوج أنه من زوجته وادعت هي أنه من زوج قبله كان من الزوج المدعي؛ لأن النسب بينهما ظاهر، وهو الفراش، وما ادعت غير معروف فيحال بالولد على السبب الظاهر^(١)، وهذه المسألة كذلك، فإن نسب اللقيط من الزوجين بسبب عقد النكاح والفراش الظاهر بينهما، فيحال عليه، ولا يحال على ما ادعت المرأة الأخرى من سبب غير ظاهر، ويؤيد ذلك أن الحنفية جعلوا تصديق الزوج بمنزلة البينة للمرأة على أن الولد منها، فساووا بين تصديق الزوج وشهادة القابلة وقيام البينة في أن أحد هذه الثلاثة كاف في إثبات دعوى المرأة^(٢).

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، ولعل ذلك يرجع إلى أن الحال المذكورة في المسألة لا يصدق فيها أي من المتداعين ما لم يعتضد بقوله بقرينة دالة على صدق مدعيه كشهرته بموت أولاده وسماعه قول بعض العوام إن طرح الولد يوم ولادته عاش، فزعم أنه طرحه لذلك ونحو ذلك، فيصدق، وعليه فلا ترد المسألة المذكورة في المذهب المالكي بناء على ذلك^(٣).

(١) ينظر: المبسوط: (١٥٧/١٧)، حاشية ابن عابدين: (٥٨٦/٥).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٣٤٦-٣٤٧/٨).

(٣) ينظر: منح الجليل: (٢٤٨-٢٤٩)، وهذا القول هو قول ابن القاسم من المالكية؛ كما هو مقرر أهمية قوله في المذهب المالكي؛ فقد اقتصر عليه خليل في هذه المسألة، وينظر خلاف بقية المالكية في: النوادر والزيادات: (٤٠٣-٤٠٦، ١٨٧/١٣)، وقد ذكر ما يمكن التخريج عليه ونصه: «وإن كان للصبوي أم معروفة والولد في يديها فصدقته في النكاح وهما طارئان فهي امرأته والولد ولدتهما وكذلك الصبوي بيد رجل فقالت المرأة هذا ابني منك فهو ابنها وهذا زوجها إن كانا طارئين، وإن كانا من أهل البلد ممن يجهل لم أصدقهما وإن تماديا علي الإقرار حددتهما.» (النوادر والزيادات: (٤٠٣/٩)، وقريب منه: «وإن قدمت امرأة ببلد ومعها ولد فادعاهما رجلا ن كل واحد يقول هي زوجتي =

وأما الشافعية فأقرب ما وجدته: أنه إذا تداعت امرأتان لقيطاً، وأقامت كل واحدة بينة لم يقبل قول أي منهما، وأري القافة فمن ألحقته به لحق بها وبزوجها^(١)، وعليه فالأقرب لمذهب الشافعية، ألا تصدق أي من المرأتين، ويعرض على القافة، فمن ألحقته به لحق بها، ويناقد هذا الكلام: بأن المسألة المذكورة تعارضت فيها البيتان، فكان سقوط الدعوتين متوجهاً، وهذا بخلاف المسألة المذكورة، فإن تصديق الزوج خاص بإحدى الدعوتين، وعلى حال فهذا ما وجدته، والله أعلم بتحقيق قول الشافعية في هذه المسألة.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر فيما يحتف بالتنازع من قرائن، كما لو لم يحتمل عمر اللقيط إلا أن يكون من إحداهما، كما لو كان عمره اللقيط ثلاث سنين، والرجل لم يتزوجها إلا من سنتين، وكانت الأخرى زوجة لمدعي البتة ثم فارقتها قبل زواجه بالمدعية الأخرى، ونحو ذلك، فيكون ذلك مرجحاً قول غير الزوجة، أو كان ما توصل إليه الطب من الحمض النووي، أو القافة عاضداً قول إحداهما، فيكون المرجح قولها، وأما إن خلا

= وهو ولد، فمن أنكرته منها فلا يلحق به الولد، وأما إضافتها الولد إلى أحدهما ولم يتقدم لأحدهما عليها ملك فقد أقرت له بالنكاح، ما لم يسبق إقرارها بالنكاح لغيره فتكون هي له زوجة، والولد له إن ادعاه، وإن لم يدعه وادعاه غيره وأقرت له، وأقرت أنه كان بينهما نكاح قبل ذلك، وأقر المضاف إليه بالولد فهو به لاحق، ولا أفرق بينهما وبين من قد ثبت نكاحه. «النوادر والزيادات: (١٣/١٩١)» وعليه قد يقال: إن الأقرب لما ذكر تقديم قول زوجة مدعي النسب إذا كانا طارئين وفق ما ذكر، ويكون ثبوت نكاحها - في المسألة محل الدراسة - عاضداً قولها ومرجحاً جانبها كما رجح جانب أحد الرجلين مدعياً نكاح المرأة المذكورة، وأثبت نسب الولد منه بثبوت نكاح أمه منه.

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٥٧/٨-٥٨).

التنازع عن ذلك، فالراجح تقديم قول زوجة مدعي البنوة، وذلك حملاً لتصرفات المسلمين على الصحة والكمال، فإنه إذا قيل بتصديق قول غير الزوجة كان الولد ناشئاً عن وطء شبهة أو زنا أو تحمل بماء الرجل ونحوها، وهذا خلاف ما عليه المسلمين وخلاف الأصل، فكان تقديم قول زوجة مدع البنوة حملاً لنشأة الولد بطريقة شرعية صحيحة.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر من خلال ثبوت نسب الولد إلى إحدى المرأتين وما يبني على ذلك من أحكام المحرمة، وغيرها، فإذا قيل بتقديم قول زوجة مدع البنوة كانت هذه الأحكام ثابتة في حقها، وأما إن قيل بتساويهما فلا تثبت هذه الأحكام لأي من المدعيتين.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو الخلاف في تأثير ثبوت بنوة اللقيط للزوج هل يكون ذلك ظاهراً مرجحاً قول زوجته، أو لا، فمن قال: هو ظاهر مرجح قول زوجته رجح جانبها، ومن لم يجعله مرجحاً وجعل الأصل حاكماً في هذا التنازع بتساوي المدعيتين لعدم ما يرجح دعوى إحداهما فكان ذلك راداً دعواهما.

المطلب الثاني

أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة



إن أثر قريينة: (ظاهر الحال) على هذه المسألة بين من خلال وجهين:

الوجه الأول: أن ثبوت بنوة اللقيط للزوج اعتبر ظاهر حال مرجحاً قول زوجته، وذلك أنه إذا كان الزوج هو الأب فالظاهر أن زوجته هي الأم.

الوجه الثاني: أن من رجح قول زوجة مدعي بنوة اللقيط اقتصر على الاستدلال بهذه القريينة، فكل من - وجدته - نص على هذه المسألة جعل قول زوجة مدعي البنوة راجحاً لما عضد جانبها من ظاهر الحال بثبوت أبوة زوجها.

المبحث السابع
أثر قرينة: (ظاهر الحال) على
التطبيق القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في
المبادئ القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في
الأنظمة القضائية.

المطلب الثالث: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في
الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ القضائية يجد أثر قرينة: (ظاهر الحال) على ترجيح قول أحد المتداعين ظاهراً من خلال بعض المبادئ، ومن ذلك:

١- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٣/٥٥)، وتاريخ: ٠٧/٠٤/١٣١٤هـ، والذي ينص على أن: «الدعوى تسمع إلا إذا ظهر مانع من سماعها؛ كالدعاوى التي يكذبها الحس والظاهر، والقاضي - بحكم معرفته بحال القضية وأطرافها - يكون لديه من مسوغات سماع الدعوى وموانعها ما ليس لدى مدققها»^(١).

٢- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٦/٥٧٦)، وتاريخ: ٢٦/١٠/١٤٢١هـ، وهو المبدأ الصادر من الهيئة نفسها برقم: (٤/١٩٣)، وتاريخ: ١٨/٠٢/١٤٢٦هـ، والذي ينص على أن: «الظاهر معتبر ما لم يطرأ ما يردده بيقين، ولا يعدل عنه إلا لحجة سالمة من الرد»^(٢).

(١) المبادئ والقرارات: (ص ٤٧٤)، المبدأ ذو الرقم: (١٨٥٥).

(٢) المبادئ والقرارات: (ص ٣٥)، المبدأ ذو الرقم: (١٣)، والذي يظهر أن المقصود بالظاهر هنا ظاهر الحال الذي هو خلاف الأصل بدليل النص على الأصل في المبادئ في الصفحة نفسها من الجهة التي صدر عنها المبدأ نفسه.

٣- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٥/٢٩)، وتاريخ: ١٠/١٠/١٤٢٢هـ، والذي ينص على أن: «الظاهر إذا وجد ما يصرفه أو يوهنه، فيلزم منه أن هناك تعاملاً خفياً، ومن واجب القاضي التثبت من هذا»^(١).

٤- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٦/٨٥٩)، وتاريخ: ٢٧/١١/١٤٢٤هـ، والذي ينص على أنه: «إذا لم يكن للسجين مال معروف في السابق، فإن الأصل عدم التملك، وإن كان له مال فلا بد من ثبوت خروجه منه»^(٢).

٥- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٥/٥٩٥)، وتاريخ: ٢٨/٠٦/١٤٢٥هـ، والذي ينص على أنه: «إذا كان مدعي الإعسار سجيناً مدة طويلة، ولم يظهر له مال، فصرف النظر عن إثبات إعساره غير وجيه»^(٣).

٦- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٣/١٢٠٥)، وتاريخ: ٠٤/١٢/١٤٢٦هـ، والذي ينص على أنه: «إذا قوي جانب المدعي بالمال بظاهر الحال، فيقوى جانبه بيمينه، ما دام حال المدعي عليه يؤيد حصول الفعل منه؛ لأن اليمين تشرع ممن جانبه أقوى»^(٤).

٧- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٤/١٢٦٢)، وتاريخ: ٢٤/١٢/١٤٢٦هـ، والذي ينص على: «أن الاحتمال

(١) المبادئ والقرارات: (ص ٤٨٨)، المبدأ ذو الرقم: (١٩٣٢).

(٢) المبادئ والقرارات: (ص ٨٠)، المبدأ ذو الرقم: (١٤٣).

(٣) المبادئ والقرارات: (ص ٨١)، المبدأ ذو الرقم: (١٤٦).

(٤) المبادئ والقرارات: (ص ٥٥٧)، المبدأ ذو الرقم: (٢٢٥١).

الضعيف لا يعول عليه؛ لأنه ما من دليل إلا ويرد عليه احتمالات، لكن ما كان ظاهر التأثير اعتبر، وما كان بعيداً عن القبول يطرح»^(١).

٨- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٤/١٢٧١)، وتاريخ: ١٤/٠٨/١٤٢٨هـ، والذي ينص على أنه: «إذا تعارض الأصل والظاهر، قدم الظاهر»^(٢).

وبتأمل هذه المبادئ القضائية يتبين أمران:

الأمر الأول: أن أقدم هذه المبادئ في عام: ١٤١٣هـ، وآخرها في عام: ١٤٢٨هـ مما يدل على أهمية قرينة: **(ظاهر الحال)** وثبوت اعتبارها ومكانتها في التطبيق القضائي بتكرر صدور المبادئ المتعلقة بها على مدى خمس عشرة سنة.

الأمر الثاني: أن اعتبار قرينة: **(ظاهر الحال)** والنظر إليها في هذه المبادئ تنوع، ففي المبدأ الأول جعلت عدم مخالفة قرينة: **(ظاهر الحال)** شرطاً لسماع الدعوى والنظر فيها، وأما المبدأ الثاني فهو مقرر لحجية هذه القرينة ومؤكدها، ومبين الحال التي يسوغ العدول فيها عن الأخذ بها، وأما المبدأ الثالث فكان موجباً على القاضي اعتبار قرينة **(ظاهر الحال)** ودالاتها على أن ظاهر اللفظ والفعل غير مقصود، وعليه يتحقق من التعامل الخفي، وحقيقة التعامل بين المتداعين، وفي المبدأ الخامس اعتبرت صورة من قرينة: **(ظاهر الحال)** في نوع معين من الدعوى، وهي دعوى الإعسار، وذلك باعتبار ظاهر حال المعسر من سبق وجود مال له، وأنه يلزم لثبوت دعواه إثبات خلاف هذا

(١) المبادئ والقرارات: (ص٤٩٨)، المبدأ ذو الرقم: (١٩٨٤).

(٢) المبادئ والقرارات: (ص٥٣٨)، المبدأ ذو الرقم: (٢١٧٤).

الظاهر بإثبات خروج هذا المال عن مدعي الإعسار، وأما الخامس فهو اعتبار صورة أخرى من قرينة ظاهر الحال، وهي: أن طول مدة سجن مدعي الإعسار موجب النظر في دعواه وعدم صرف النظر عنها لوجود ظاهر حال يؤيدها؛ وذلك أنه لو كان عنده مال لم يصبر على مرارة السجن وشدته وطول مدته، وأما المبدأ السادس فقرر قاعدة عامة في الإثبات بظاهر الحال، وأنه إذا كان مقويًا حصول الفعل المدعى من المدعى عليه، فيكون ذلك مقويًا جانب المدعي وأن تكون اليمين المتممة في جانبه، وأما المبدأ السابع، فهو مؤكد لما ذكره المبدأ الثاني، ومبين الظاهر المعتمد، وأنه ظاهر التأثير فقط دون ما كان بعيدًا عن القبول ضعيفًا، وأما المبدأ الثامن، فقرر قاعدة عامة كثيرة التطبيق على الوقائع الفقهية والقضائية، وذلك بتقديم الظاهر على الأصل عند تعارضهما، وهذا مقيّد بما ذكر في المبادئ السابقة من كون كل من الأصل والظاهر قويًا معتبرًا وليس احتمالًا ضعيفًا أو محتملاً.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في الأنظمة

القضائية



إن الناظر في الأنظمة القضائية يجدها اعتبرت قرينة: (ظاهر الحال) وما احتف بالوقائع من قرائن، ومن ذلك ما نص عليه نظام الإثبات، فقد اعتبر هذه القرينة في عموم أدلة الإثبات، ومن ذلك:

ما نص عليه في المادة الرابعة: «دون الإخلال بأحكام هذا النظام إذا تعارضت أدلة الإثبات ولم يمكن الجمع بينها، فتأخذ المحكمة منها ما يترجح لها من ظروف الدعوى...».

واعتبره في خصوص أدلة الإثبات، ومن ذلك:

١- ما نصت عليه المادة السادسة عشرة: «٢... - لا يقبل الإقرار إذا كذبه ظاهر الحال».

٢- ما نصت عليه المادة التاسعة والعشرون: «٢... - من احتج عليه بمحرر عادي وناقش موضوعه أمام المحكمة فلا يقبل منه أن ينكر بعد ذلك صحته، أو أن يتمسك بعدم علمه بأنه صدر ممن تلقى عنه الحق».

٣- ما نصت عليه المادة الرابعة والثلاثون: «١- يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده... ٢- لا يقبل الطلب المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة ما لم

يستوف العناصر الآتية: ... ب- الدلائل والظروف التي تؤيد أن المحرر تحت يد الخصم...».

٤- ما نصت عليه المادة السادسة والثلاثون: «١- للخصم في الدعوى التجارية أن يطلب من خصمه تقديم محرر ذي صلة بالدعوى أو الاطلاع عليه، وتأمّر المحكمة بذلك وفق الضوابط الآتية: ... ٢- إذا امتنع الخصم عن تقديم ما أمرت المحكمة بتقديمه إلى خصمه وفق أحكام الفقرة (١) من هذه المادة، فللمحكمة أن تعد امتناعه قرينة».

٥- ما نصت عليه المادة الثامنة والثلاثون: «١- للمحكمة أن تقدر ما يترتب على العيوب المادية في المحرر من إسقاط حجتيه في الإثبات أو إنقاصها، ولها أن تأخذ بكل ما تضمنه المحرر أو ببعضه. ٢- إذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة، فلها أن تسأل من صدر عنه، أو تدعو الشخص الذي حرره ليبيد ما يوضح حقيقة الأمر فيه».

٦- ما نصت عليه المادة الأربعون: «إذا أنكر من احتج عليه بالمحرر العادي خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمته، أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه أو نفى علمه به، وظل الخصم الآخر متمسكاً بالمحرر، وكان المحرر منتجاً في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها في إقناع المحكمة بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة، فتأمّر المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة...».

٧- ما نصت عليه المادة الرابعة والأربعون: «١- يكون الادعاء بالتزوير في أي حالة تكون عليها الدعوى، ويحدد المدعي بالتزوير كل مواضع التزوير المدعى به وشواهد... ٢- إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو

بتزويره، ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه المدعي بالتزوير منتج وجائز أمرت به...».

٨- ما نصت عليه المادة الحادية والخمسون: «... ٢- مبدأ الثبوت بالكتابة هو: كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال».

٩- ما نصت عليه المادة الثانية والستون: «إذا تعذر التحقق من صحة الدليل الرقمي بسبب لا يعود للخصوم، فتقدر المحكمة حجيته بما يظهر لها من ظروف الدعوى».

بل عقد المنظم فصلاً للقرائن تناول فيه القرائن التي تتعلق بظاهر الحال سواء كانت منصوصاً عليها أو مستنبطة من قبل المحكمة أو عن طريق الوسائل العلمية؛ كما في المادة الرابعة والثمانين والخامسة والثمانين من نظام الإثبات، وجعلت القرائن المنصوص عليها شرعاً أو نظاماً مغنية عن أي طريق آخر من طرق الإثبات، وأجازت للمحكمة استنباط قرائن أخرى للإثبات مستندة على ما طرح أمامها على أن تكون في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة^(١)، إضافة إلى الوسائل العلمية.

(١) وهو ما نصت عليه المادة: (٦٥) من نظام الإثبات، ونصها: «يجوز الإثبات بشهادة الشهود ما لم يرد نص يقضي بغير ذلك»، وينظر تفصيلها في: تسهيل نظام الإثبات للدكتور: عبد الرحمن اللحيان: (ص ٧٠-٧٢).

المطلب الثالث

أثر قريئة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية^(١)



الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى الدائرة التجارية السابعة عشر وبناء على القضية رقم ٤٤٤٣١٠٤٤ لعام ١٤٤٤ هـ المدعي: (...) المدعى عليه: شركة (...) ذات شخص واحد.

(الوقائع)

الدعوى:

تتلخص وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم للحكم فيها أن (...) بالوكالة رقم ٤٣٣٩٧٣٧٢٥ عن المدعية سبق أن تقدمت بلائحة دعوى إلى المحكمة التجارية بجدة ذكرت فيها: بالإشارة لعقد توريد مياه التحلية بين طرفي الدعوى والمحضر بتاريخ ١ / ٨ / ٢٠١٦ م على أن [يقم]^(٢) الطرف الأول (موكلتي / مؤسسة (...)) بتوريد المياه للطرف الثاني بمبلغ (٣٠٠) ريال للرد الواحد سعة ٣٠ طن. (مرفق ١: العقد) وبناء على الفقرة الرابعة والخامسة من العقد والتي تنص على: أن يلتزم الطرف الثاني بدفع المستحق بعد ١٥ يوماً كل نهاية شهر ميلادي، وأن يلتزم الطرف الأول بتوقيع الطرف الثاني على سندات المستلم. وبناء على الفاتورة المجمعة الآجلة على الشركة

(١) حكم منشور في البوابة القضائية العلمية بالرباط:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/44990>.

(٢) هكذا في الأصل ولعل الصواب: يقوم.

المدعى عليها بعدد (٦٩١) رد مياها بإجمالي مبلغ قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتا وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً، والتي تم استلامها والتوقيع عليها من قبل الشركة المدعى عليها، بالإضافة لوجود سندات تنفيذ الاستلام (مرفق ٢: فاتورة) ولم تسدد المدعى عليها المبلغ المستحق عليها حتى الآن. وانتهت في طلبها إلى إلزام المدعى عليها بأن تدفع للمدعية مبلغاً قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتا وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً، ومبلغاً قدره (٢٠, ٠٠٠) عشرون ألف ريالاً لقاء التعويض عن أضرار التقاضي. وقدمت سنداً لطلبها تمثلت في: ١- عقد محرر موقع من الطرفين. ٢- فاتورة آجلة موقعة من الطرفين. ٣- خطاب الإنذار ٤- سندات استلام موقعة.

الجواب:

ثم أرفقت وكالة المدعى عليها مذكرتها الجوابية والمتضمنة بإقرارها بصحة العقد المبرم بين طرفي الدعوى، وأنكرت استحقاق المدعية لمبلغ المطالبة، لعدم تقديم المدعية سندات استلام موقعة من المدعى عليها، كما أن المدعى عليها سددت للمدعية بموجب كشف الحساب مبلغاً قدره (٩٥٠, ١٥٧) مئة وخمسة وسبعون ألفاً وتسعمئة وخمسون ريالاً، وتقر المدعى عليها للمدعية بمبلغ قدره (٢٠٠, ٩١) واحد وتسعون ألفاً ومائتا ريالاً، وانتهت في جوابها ودفعها إلى الحكم بالمبلغ الذي أقرت به المدعى عليها للمدعية ورد ما زاد عنه.

المرافعة:

وبعد قيد اللائحة قضية بالرقم الوارد في مستهل هذا الحكم أحيلت للدائرة وعقدت لنظرها جلسة مرافعة عن بعد بتاريخ ٢٧ / ١ / ١٤٤٤ هـ عبر

الاتصال المرئي، وحضرت (...)، بصفتها وكيلاً عن المدعية (...)، بموجب الوكالة رقم (٤٣٣٩٧٣٧٢٥) وتاريخ ١٢/٨/١٤٤٣ هـ الصادرة عن (كتابة عدل جنوب جدة)، كما حضرت (...)، بصفتها وكيلاً عن المدعى عليها (...)، بموجب الوكالة رقم (٤٣٥٨٨٦١٤٠) وتاريخ ١٨/٢/١٤٤٣ هـ الصادرة عن (الخدمات الإلكترونية). وتشير الدائرة إلى أنها عقدت هذه الجلسة التحضيرية بناء على المادة التسعين من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية، كما تشير الدائرة إلى أنه بعد اطلاعها على صحيفة الدعوى تبين تحققها من الاختصاص القضائي، وفي سبيل التحقق من شروط قبول الدعوى سألت الدائرة المدعية وكالة عن تحرير دعواها وتحديد طلباتها وبيئتها فأحالت إلى صحيفة الدعوى ومرفقاتها. ثم سألت الدائرة المدعى عليها وكالة عن جوابها وحصر دفعوها وطلباتها فأحالت إلى مذكرتها المشار لها بعاليه. وتشير الدائرة إلى أنه بعد اطلاعها على ملف القضية الدعوى سألت وكالة المدعية هل سددت المدعى عليها لموكلتها أي مبلغ منذ تاريخ التعاقد، فأجاب بقولها: إن العلاقة العقدية بين طرفي الدعوى بدأت منذ عام ٢٠١٦م، وكانت هناك سدادات من المدعى عليها لموكلتي، غير أن كشف الحساب الذي أرفقته وكالة المدعى عليها يتعلق بعام ٢٠١٩م ومبلغ المطالبة يتعلق بعام ٢٠٢٠م بموجب فواتير الاستلام المرفقة حيث إن جميع تواريخها بعام ٢٠٢٠م. وتشير الدائرة إلى أن وكالة المدعية قررت بقولها: إنني أحفظ بالمطالبة بالتعويض عن أضرار التقاضي في دعوى مستقلة. ثم قررا الطرفان الاكتفاء بما سبق. ونظراً لصلاحية الفصل في القضية قررت الدائرة إقفال باب المرافعة مصدرة حكمها محمولاً على الأسباب الآتية:

(الأسباب)

فبناء على ما تقدم، ولما حصرت وكيلة المدعية دعواها في المطالبة بإلزام المدعى عليها بأن تدفع لموكلتها مبلغاً قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتا وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً لقاء توريد المدعية للمدعى عليها مياه التحلية، ولما أقرت وكيلة المدعى عليها بالعلاقة العقدية بين طرفي الدعوى، وأنكرت استحقاق المدعية لمبلغ المطالبة، ودفعت بسداد موكلتها للمدعية مبلغاً قدره (٩٥٠, ١٥٧) ريال بموجب كشف الحساب المرفق وطالبت بالحكم بمبلغ قدره (٢٠٠, ٩١) ورفض ما زاد عنه، ولما كان دفع وكيلة المدعى عليها غير وجيهاً؛ إذ إنه باطلاع الدائرة على كشف الحساب المرفق تبين لها أنه متعلق بعام ٢٠١٩م، وسندات الاستلام متعلقة بعام ٢٠٢٠م، كما أن وكيلة المدعى عليها لم تبين كيفية حساب المبلغ الذي أقرت به موكلتها، حيث إنه بحساب المبلغ المسدد من المدعى عليها للمدعية وخصمه من مبلغ المطالبة يظهر الصافي (٣٥٠, ٤٩) ريال، واستناداً لما ورد في الفقرة الثانية من المادة السادسة عشرة من نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ ونصها: لا يقبل الإقرار إذا كذبه ظاهر الحال، وحيث الحال ما ذكر فترى الدائرة عدم وجاهة دفع وكيلة المدعى عليها، ولما قدمت وكيلة المدعية سندات الاستلام موقعة من المدعى عليها، ولما نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة والعشرين من ذات النظام على أنه: يعد المحرر العادي صادراً ممن وقع وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم الوارد بمنطوقه.

(نص الحكم)

حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها شركة رواد المدائن للإنشاء والتعمير ذات شخص واحد (سجلها التجاري رقم: (...)) بأن تدفع للمدعية (...) (سجلها المدني رقم: (...)) مبلغاً قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتان وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً. وباللغة التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى دائرة الاستئناف الأولى وبناء على القضية رقم ٤٤٤٣١٠٤٤ لعام ١٤٤٤ هـ المدعى: (...) المدعى عليه: (...) ذات شخص واحد

(الوقائع)

وبما أن وقائع هذه القضية قد أوردتها حكم الدائرة الابتدائية، فإن هذه الدائرة تحيل إليه، وتتلخص في أن المدعى وكالة تقدم بلائحة يطالب فيها بإلزام المدعى عليها بأن تدفع لموكلتها مبلغاً قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتان وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً لقاء توريد المدعية للمدعى عليها مياه التحلية، وبإحالة القضية إلى الدائرة السابعة عشر بالمحكمة التجارية بجدة نظرتها على النحو الموضح بضبوطها وأصدرت بشأنها حكمها في ٢٩ / ٠١ / ١٤٤٤ هـ الذي قضى: بإلزام المدعى عليها شركة (...) ذات شخص واحد [سجلها التجاري رقم: (...)] بأن تدفع للمدعية (...) [سجلها المدني رقم: (...)] مبلغاً قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتان وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً، وبعد رفع القضية لدائرة الاستئناف الأولى بالمحكمة التجارية بجدة اطلعت على

الحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه المستوفي قبوله الشكلي، حددت لنظرها جلسة ٢٢/٠٣/١٤٤٤ هـ المنعقدة عن بعد، اطلعت الدائرة على حكم الدائرة الابتدائية ولائحة الاستئناف المقدمة من محامي المدعي، ولصلاحية الدعوى للفصل فيها قررت الدائرة رفع الجلسة للمداولة.

(الأسباب)

وحيث اطلعت هذه الدائرة على حكم الدائرة الابتدائية الصادر في هذه الدعوى والاعتراض المقدم من المستأنف الذي لم يخرج عما سبق إبداءه من الطرفين وسبق مناقشته إبان نظر الدعوى، ولم يظهر منه ما يؤثر على ما خلص إليه الحكم، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى تأييده محمولاً على أسبابه.

(نص الحكم)

لذلك حكمت الدائرة بقبول الاعتراض شكلاً ورفضه موضوعاً وتأيد حكم الدائرة (السابعة عشر) بالمحكمة التجارية بجدة الصادر بتاريخ (٢٩/٠١/١٤٤٤) في القضية رقم (٤٣٩٤٣١٠٤٤) القاضي: بإلزام المدعى عليها شركة (...) ذات شخص واحد [سجلها التجاري رقم: (...)] [بأن تدفع للمدعية (...)] [سجلها المدني رقم: (...)] مبلغاً قدره (٣٠٠, ٢٠٧) مئتان وسبعة آلاف وثلاثمئة ريالاً. وباللغة التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أثر قرينة: (ظاهر الحال) على الحكم القضائي:

يظهر أثر قرينة: (ظاهر الحال) على الحكم القضائي المذكور من جهتين:

الأولى: الأخذ بظاهر الحال المتمثل في أن طلب المدعية متعلق بتنفيذ الاتفاقية في عام: ٢٠٢٠م، وما دفعت به المدعى عليها متعلق بعام: ٢٠١٩م، فكان دفعًا غير ملاق لدعوى المدعية، فكانت مخالفة ظاهر الحال مسقطه للدفع.

الثانية: تناقض دفع المدعى عليها، فإنه لو افترض ملاقاته لدعوى المدعية، فإنه بخصم المدعى سداده: (٩٥٠, ١٥٧) ريال من مبلغ الدعوى لا يظهر أن المتبقي المبلغ الذي أقرت المدعى عليها به بل يظهر أن المتبقي: (٣٥٠, ٤٩) ريال، وهو ما يجعل الإقرار متناقضًا ويكذبه ظاهر الحال بالتناقض المذكور.

الفصل الثاني أثر قرينة: (الأمانة)

وفيه تمهيد، وستة مباحث:

المبحث الأول: أثر قرينة: (الأمانة) في ترجيح قول أحد المتداعين في كتاب البيع والرهن.

المبحث الثاني: أثر قرينة: (الأمانة) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الحجر.

المبحث الثالث: أثر قرينة: (الأمانة) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الوكالة.

المبحث الرابع: أثر قرينة: (الأمانة) في ترجيح قول أحد المتداعين في باب الشركة.

المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأمانة) في ترجيح قول أحد المتداعين في أبواب الإجارة، والوديعة، واللقيط
المبحث السادس: أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر.

المطلب الأول

معنى القرينة



لغة: قال ابن فارس: «الهمزة والميم والنون أصلان متقاربان: أحدهما الأمانة التي هي ضد الخيانة، ومعناها سكون القلب؛ والآخر التصديق، والمعنيان كما قلنا متدانيان... يقال: أَمِنْتُ الرَّجُلَ أَمْنًا وَأَمْنَةً وَأَمَانًا، وَأَمَنِي يُؤْمِنُنِي إِيمَانًا، والعرب تقول: رجل أَمَانٌ إذا كان أَمِينًا... الأَمِينُ الْمُؤْتَمَنُ»^(١).
وللأمانة في اللغة معان^(٢):

١- الثقة: تقول: هو أمين وأمان ومؤتمن؛ أي: ثقة حافظ.

٢- ويطلق الأمين على: المؤتمن.

٣- القوة: فالأمين: القوي.

٤- نقيض الخيانة؛ لأنه يؤمن أذاه.

٥- الطاعات والعبادات المفروضة، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا

الْأَمَانَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ
إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾^(٣).

(١) ينظر: مقاييس اللغة؛ مادة: (أمن): (١/١٣٣-١٣٥).

(٢) ينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (أمن): (ص ١١٧٦)، النهاية؛ مادة: (أمن): (١/٧٩-٨٠).

(٣) سورة الأحزاب، الآية: (٧٢)، وينظر: الجامع لأحكام القرآن: (١٧/٢٤٤).

٦- الأهل ومن يخلفه منهم والمال الذي يودع ويستحفظ، ومنه قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أستودع الله دينك وأمانتك...»**^(١)؛ أي أهلك ومن تخلفه بعدك ومالك الذي تودعه وتستحفظه أمينك ووكيلك.

٧- بمعنى الأمان.

وأقرب ما ذكر من هذه المعاني هو المعنى الأول.

اصطلاحًا: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الأمانة، ومن ذلك: «ما يؤمن عليه»^(٢).

«الاستنابة في الحفظ وذلك يعم حق الله وحق الأدمي»^(٣).

ومنهم عرف من قامت به هذه الصفة فمن عباراتهم:

«الأمين: هو الذي في يده مال غيره برضا المالك، أو برضا الشارع، أو برضا من له ولاية عليه»^(٤).

«الأمين: هو كل من حصلت العين بيده بإذن من الشرع أو إذن من المالك»^(٥).

(١) جزء من حديث أخرجه أحمد في مسنده في مسند الكثيرين، مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب، (٤١٦/١)، برقم: (٤٥٢٤)، والترمذي في سننه في كتاب الدعوات، باب ما يقول إذا ودع إنساناً، (ص ٧٨٢)، برقم: (٣٤٤٢)، وأبو داود في السنن في كتاب الجهاد، باب في الدعاء عند الوداع، (ص ٤٤١)، برقم: (٢٥٩٧)، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي: (٤١٨/٣)، والأرنؤوط في تحقيقه للمسند: (١١٩/٨).

(٢) الكليات: (ص ١٨٦-١٨٧). (٣) شرح حدود ابن عرفة: (ص ٤٤٨).

(٤) القواعد والأصول الجامعة؛ للسعدي: (٨٨/٧).

(٥) شرح منظومة أصول الفقه وقواعده: (ص ٢٩٨).

«الأمين: من لا يضمن كالمودع والمستعير والمضارب أو كان ضامناً كالمرتهن والمشتري وله الخيار وأشباه ذلك»^(١).

«هو كل من عرف بحفظ الأمانة وصدق المعاملة ولم يعرف عليه خيانة لا في قليل ولا كثير»^(٢).

«هو المؤمن على الشيء والمسلسط عليه من قبل غيره؛ سواء أجعل أميناً من جهة مستحق الأمانة بعقد من عقود الأمانات؛ مثل المودع، أو كان أميناً من قبل الشرع في أمر من الأمور؛ كالوصي والملتقط، أو صار الشيء أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد؛ كما لو ألقى الريح في دار أحد مال جاره؛ فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت بل أمانة فقط»^(٣).

وبتأمل هذه التعاريف يظهر أنها تنوعت فيما قصد تناوله وتعريفه، فبعضها عرف الأمانة بمثلهما، كما في التعريف الأول، وبعضهم عرفها بالسياق الذي وردت فيه، كما في التعريف الثاني؛ فإنه ورد في سياق تعريف الوديعة، فكان مقارباً أو مرادفاً له، وأما بقية التعريفات فعرفت من قامت به هذه الصفة ولعل ذلك يرجع إلى أنهم قصدوا به تعريف من يرجح قوله باعتضاد الأمانة بجانبه، ثم اختلفوا فمنهم من عرف الأمين ببيان صفات ذاته، ومنهم من عرفه بصفة قبضه العين ودخولها تحت يده، ومنهم من عرفه بأحواله وأنواعه وحكم ضمانه، فجعل الأمين نوعين: كل من لا يضمن أو كان ضامناً وله الخيار.

(١) موسوعة القواعد الفقهية: (٧/٢٣٣). (٢) المرجع السابق: (١٢/٤٢٧).

(٣) ينظر: معلمة زايد: (١٤/٤٩٩).

ويظهر أن أولى ما تعرف الأمانة المقصودة بهذا الفصل بأنها: «حصول العين أو الحق تحت يد المأذون له بذلك من الشارع أو ممن له التصرف فيه وكان المأذون له غير متهم».

شرحه:

«حصول العين أو الحق»: أي: ليعم كل يمكن أن يقع تحت اليد «تحت يد» أي: أن الأمانة لا بد فيها أن يكون ما يتعلق به النزاع تحت يد المدعى عليه من قبل المالك، فأما إذا لم تكن تحت يده، فلا ترد الأمانة عليه. «المأذون له بذلك من الشارع أو ممن له التصرف فيه»: وذلك أن الإذن لا يخلو إما أن يكون من الشارع كـ بعض أنواع اللقطة، وإما أن يكون من المالك أو الوصي أو الولي أو الناظر أو الوكيل، وهذا إذن ممن له التصرف. «وكان المأذون له غير متهم»: وذلك لإخراج ما نص الفقهاء على عدم قبول قولهم فيه، ويشمل تهمته في صفة قبضه أو تهمته فيما يدعيه؛ نحو: تلف العين من بين ماله^(١).

(١) وينظر: تفاصيل وتنبهات وقيود على هذه القرينة في: معلمة زايد: (١٤/ ٥٠٢-٥٠٣)، القواعد الفقهية المتعلقة بالترجيح: (٢/ ١١١٧-١١٢١)، أفضية الخلفاء الراشدين: (١/ ٤٨٨).

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقريئة



تنوعت الأدلة الدالة على حجية قريئة: (الأمانة) واعتبارها في ترجيح قول أحد المتداعين، فقد دل عليه الكتاب والسنة والوفاق والمعقول:

فمن الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْنَتَهُ﴾^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ** أمر بأداء الأمانة، ولم يأمر بالإشهاد عليه، وعليه فيكون قول الأمين مقبولاً في هذا الأداء؛ إذ لو لم يكن مقبولاً لأرشده - سبحانه - إلى الإشهاد كما في رد أموال الأيتام، فقال تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾^{(٣)(٤)}.

٣- قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾^(٥).

وجه الاستدلال: أنه الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ** لما وعظ الذي عليه الدين من البخس «دل ذلك على أن القول قوله فيه، ولولا أنه مقبول القول فيه لما كان

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨٣).

(٢) سورة النساء، الآية (٥٨).

(٣) سورة النساء، الآية (٦).

(٤) ينظر: حاشية الرملي: (٣/٨٥)، والقواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/١١٢٢).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

موعوذاً بترك البخس، وهو لو بنخس لم يصدق عليه، ومنه أيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَرُ قَلْبِهِ﴾^(١) دل ذلك على أن الشاهد إذا كتم أو أظهر كان المرجع إلى قوله فيما كتم وفيما أظهر لدلالة وعظه إياه بترك الكتمان على قبول قوله فيها وذلك كله أصل في أن كل من أوّتمن على شيء فالقول قوله فيه كالمودع إذا قال قد ضاعت الوديعة أو قد رددتها وكالمضارب والمستأجر وسائر المأمونين على الحقوق^(٢).

٤- قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله عَزَّوَجَلَّ جعل الولي على القاصر ينوب منابه، ويقبل قوله عليه مع عدم اختيار من القاصر، فالذي استأتمته وأتمته ووليته باختيارك وفوضت إليه الأمر أولى بالقبول واعتبار قوله وتقديم قوله على قولك عند الاختلاف^(٤).

٥- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْنُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٥).

وجه الاستدلال: أن الله عَزَّوَجَلَّ جعل الولي مؤتمناً له التصرف في مال السفیه، فلا يعطيه ماله خشية إفساده، بل يرزقه ويكسوه منه، ويفعل في هذا المال ما يفعل في ماله، فلزم قبول قوله فيما أوّتمن عليه^(٦)، وإلا لأرشدته الله عَزَّوَجَلَّ إلى الإشهاد كما في دفع المال إليه.

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨٣). (٢) أحكام القرآن؛ للجصاص: (٦٥/٢).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٨٢). (٤) ينظر: تيسير الكريم الرحمن: (٢٠٢/١).

(٥) سورة النساء، الآية (٥). (٦) ينظر: تيسير الكريم الرحمن: (٢٧٦-٢٧٧).

٦- قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الأمين محسن في الجملة، وفي قبول قول خصمه إثبات للسبيل عليه، والله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى** قد نفاه عنه، فكان ذلك مقتضياً لتقديم قوله نفيًا للسبيل عنه^(٢).

ومن السنة:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**لا ضمان على مؤتمن**»^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** نفى الضمان عن الأمين، ويلزم منه أن يقبل قوله في نفي الضمان عن نفسه؛ إذ لو لم يقبل قول لثبت الضمان على المؤتمن وهو ما نفى بالحديث^(٤).

ومن الوفاق:

اتفق الفقهاء^(٥) - في الجملة - على الأخذ بقريضة: **(الأمانة)** بتعريفها المذكور سابقاً؛ واعتبارها مرجحاً لقول أحد المتداعين، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - في مسائل هذا الفصل ما يثبت ذلك ويبينه.

(١) سورة التوبة، الآية (٩١). (٢) ينظر: الشرح المتع: (١٠/٣٠٤).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، (٤٧٣/٦)، برقم: (١٢٧٠٠)، وضعف إسناده، وقال عنه الألباني في إرواء الغليل: (٣٨٦/٥) بعد أن ذكر طرقه: «فهذه ثلاث طرق عن عمرو بن شعيب، وهي وإن كانت ضعيفة فمجموعها مما يجعل القلب يشهد بأن الحديث قد حدث به عمرو بن شعيب، وهو حسن الحديث لاسيما، وقد روى معناه عن جماعة من الصحابة ساق البيهقي أسانيداً إليهم».

(٤) معلمة زايد: (١٤/٥٠٤).

(٥) ينظر: معلمة زايد: (١٤/٥٠٤)، القواعد الفقهية المتعلقة بالترجيح: (٢/١١٢١) - (١١٢٢)، وناقش في المرجع الأخير المسائل التي ترد على الاتفاق المذكور.

ومن المعقول:

دل المعقول على اعتبار قرينة: (الأمانة) وترجيح من اعتضد قوله بها، وذلك من وجوه:

الوجه الأول: أنه لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان؛ لأن التلف في أيديهم كالتلف في يد المالك، ولا ينتفي الضمان إلا بقبول قوله، وإلا للزم الضمان باحتمال التلف، وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه، فلزم قبول قول الأمين^(١).

الوجه الثاني: أن خصم الأمين معترف بأمانته، ولذا وضع الأمانة عنده، فيلزمه حينئذ قبول قوله؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، فالأمين متمسك بهذا الأصل، ومستصحب لحال الأمانة وأصل براءة الذمة، وأما خصمه، فهو يدعي خلاف الأصل بطرود أمر عارض بالخيانة، والقاعدة: أن البيئة على المدعي واليمين على من المدعى عليه، والأمين مدعى عليه وخصمه هو المدعي، فلم يكن قوله مقبولاً إلا ببيئة، وكان القول المقدم قول الأمين^(٢).

الوجه الثالث: أنه يقبل قول الأمين «لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت المصالح المترتبة على حفظ الأمانات»، ولا يجد الإنسان من يحفظ أمانته^(٣).

(١) ينظر: شرح قواعد ابن رجب: (١/ ٣٤٥)، القواعد والأصول الجامعة؛ للسعدي: (٧/ ٨٩)، موسوعة القواعد الفقهية: (٧/ ٣٤٥).

(٢) ينظر: القواعد والأصول الجامعة؛ للسعدي: (٧/ ٩٩)، الشرح المتعمق: (١٠/ ٣٠٤)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/ ١١٢٣).

(٣) الذخيرة: (١١/ ٤١).

المطلب الثالث

وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر



إن قرينة: (الأمانة) من القرائن المتعلقة بالظاهر، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنها نوع من ظاهر الحال، ويظهر ذلك من جهتين:

الأولى: ذلك أن وصف الأمانة استمد من إذن الشارع أو إذن من له التصرف فيها، وهذا يدل عليه ظاهر الحال، فإنه قبل وجود هذا الإذن أو ما يدل عليه غير مأذون فيه، وبعد هذا الإذن أصبح القابض أميناً مقبول القول.

الثانية: أن المودع ائتمن هذا الأمين، فكأنه سلم له قياده، وجعل قوله مقبولاً بذلك عليه، فلم يُعتمد في قبول قوله - في هذا التصور - على أصل، وإنما على تسليم خصمه له وائتمانه إياه.

الوجه الثاني: أن الأمين في صور كثيرة مدعٍ صورة - وإن كان مدعى عليه معنى -، كما في دعواه الرد في الوديعة، فإن الأصل بقاء العين عنده وعدم الرد، وهو يدعي خلافه وطروء ما ينقضه، والمودع مدعى عليه صورة - وإن كان مدعياً معنى -؛ وذلك لتمسكه بالأصل المذكور؛ وذلك أن المودع في المعنى يدعي على الأمين الضمان والأمين ينكره فكان القول المقدم قوله^(١)، فكان موقفه الصوري ضد الأصل فكان ظاهراً.

(١) ينظر: القول لمن في المدعي والمدعى عليه: (ص ٢٠-٢١).

المبحث الأول أثر قرينة: (الأمانة) في كتاب البيع والرهن

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في غلط البائع بالثمن الذي اشترى به.

المطلب الثاني: الاختلاف مع العدل في تلف العين بالتعدي والتفريط.

المطلب الثالث: اختلاف الراهن مع العدل في قبض الثمن من المشتري.

المطلب الرابع: اختلاف الراهن والمرتهن في تلف العين المرهونة حيث لزم المرتهن.

المطلب الأول

اختلاف البائع والمشتري في غلط البائع بالثمن الذي اشترى به^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

تعاقد البائع والمشتري مرابحة، ثم ادعى البائع أنه اشترى بأزيد ما ذكر للمشتري؛ كما لو تعاقد -مرابحة- أنه اشترى بمئة ثم ادعى البائع أنه اشترى بأزيد مما تعاقد عليه، وأنكر ذلك المشتري، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال خمسة:

القول الأول: أنه لا يقبل قول البائع^(٢)، ويكون القول المقدم قول

المشتري، وهو مذهب الحنفية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٢٣١).

(٢) على خلاف بينهم في قبول قوله عند إقامته البينة ينظر فيه: المحيط البرهاني: (٧/١٠)، الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٤٣-٤٤٨)، وكذلك على خلاف عندهم في اليمين وعدمها تنظر المراجع نفسها. (٣) ينظر: المحيط البرهاني: (٧/١٠).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٤٣-٤٤٨)، كشف القناع: (٣/٢٣١-٢٣٢)، شرح المنتهى: (٣/٢٢٠).

واستدلوا: بأن البائع أقر بالثمن أولاً، وتعلق به حق الغير، فلم يقبل قوله في الرجوع عنه وادعاء الغلط؛ كما لو ادعى المضارب الغلط في الربح بعد أن أقر به^(١).

القول الثاني: أنه لا يقبل قول البائع، ويكون القول المقدم قول المشتري، ما لم يعضد قول البائع ظاهر يقوي جانبه، فيقبل قوله بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٢).

ويستدل لهم على عدم قبول قول البائع، وتقديم قول المشتري: بما استدل به أصحاب القول الأول.

وأما إذا عضد قول البائع ظاهر حال فيستدل لهم: بأن ظاهر الحال مؤيد قول البائع ومظهر صدقه، فيكون ذلك مقويًا جانبه، فيكون القول المقدم قوله.

القول الثالث: أنه إن كان الغلط محتملاً، فيكون القول المقدم قول المشتري بيمينه، وأما لم يكن محتملاً، فلا يلتفت لدعوى البائع ولا تسمع، وهو مذهب الشافعية^(٣).

واستدلوا على عدم الالتفات لدعوى البائع إذا لم يكن الغلط محتملاً بالتالي:

- (١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٣١-٢٣٢)، شرح المنتهى: (٣/٢٢٠).
- (٢) ينظر: الذخيرة: (٥/١٨٠)، التوضيح: (٥/٥٥٠-٥٥١)، منح الجليل: (٥/٢٧٩) وذكروا مثالين للظاهر: الكتابة على السلعة، وحالها.
- (٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٢٨٤)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٢٦-٣٢٧)، أسنى المطالب: (٢/٩٥)، نهاية المحتاج: (٤/١١٦-١١٧)، تحفة المحتاج: (٤٣٦-٤٣٧) ويمين المشتري عندهم بطلب البائع على عدم علمه بغلط البائع في الثمن وأن حقيقته ما ادعاه لبائع.

١- أنه مكذب لقوله الأول، وقوله الأول مكذب لقوله الثاني وبينته، ومن حفظ عليه إكذاب بينته ردت عليه ولم يسمع منه^(١).

٢- أنه رجوع عن الإقرار بحق آدمي فلم يقبل^(٢).

وأما إذا كان الغلط محتملاً، فاستدلوا: بأن بيان أعذار البائع يحرك ظن صدقه، فسمعت دعواه، وكان له أن يطلب يمين المشتري^(٣).

القول الرابع: أنه يقبل قول البائع بيمينه، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا: بأن المشتري لما دخل مع البائع في المراجعة فقد أئتمنه، وقول الأمين مقدم بيمينه، فكان القول المقدم قوله^(٥).

ونوقش: بأن كون البائع مؤتمناً لا يوجب تقديم قوله في الغلط؛ كالمضارب إذا أقر بربح ثم قال: غلظت، فلا يقبل قوله - مع أنه مؤتمن - فكذاك البائع هنا^(٦).

القول الخامس: أنه يقبل قول البائع إذا كان معروفاً بالصدق، وهو رواية

عند الحنابلة^(٧).

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٢٨٤)، أسنى المطالب: (٢/٩٥)، نهاية المحتاج: (٤/١١٦-١١٧).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/١١٦-١١٧).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٢٦-٣٢٧)، نهاية المحتاج: (٤/١١٦-١١٧).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٤٣-٤٤٨)، كشف القناع: (٣/٢٣١-٢٣٢).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١١/٤٤٣-٤٤٤)، كشف القناع: (٣/٢٣١).

(٦) ينظر: الشرح الكبير: (١١/٤٤٣-٤٤٤)، كشف القناع: (٣/٢٣٢).

(٧) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٤٣-٤٤٨)، كشف القناع: (٣/٢٣١-٢٣٢).

ويستدل لهم: بأن معرفة البائع بالصدق مقوية جانبه، فكان ذلك ظاهر حال يجعل قوله مقبولاً.

يناقش: بأن كون البائع معروفاً بالصدق من الأمور التي قد تخفى، كما أنه لا يصح معياراً للترجيح، فإنه حكي الإجماع على أن دعوى أتقى أهل الأرض على أفجرهم أو العكس ليس موجباً ترجيح قول هذا التقي على خصمه - كما سبق في التمهيد-، وإنما العبرة بالظاهر، نعم، قد يرجح إن كان هذا الفاجر أو الكاذب معروفاً بالادعاءات الباطلة على أهل الصلاح ليستولي على أموالهم بالباطل لتورعهم عن اليمين، ونحو ذلك، فقد يقال بترجيح قول المعروف بالصدق وأما مجرد كونه معروفاً بالصدق فهذا لا يوجب قبول قوله؛ لأن البائع مدع، والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)، فلا يقبل قوله إلا ببينة.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - ترجيح قول من عضد جانبه ظاهر الحال، فإذا انفرد البائع به رجح قوله؛ كما لو كان الفارق كبيراً، وليس بين المتداعين قرابة أو سبب يتسامح فيه، وكانت قيمة السلعة وفق ما ادعاه البائع، ولم يعرف البائع بالتحايل بمثل هذا الادعاء لأكل أموال الناس بالباطل، أو كان رقم السلعة وفق ما ذكر البائع، أو أثبت خطأه بنحو خطأ في قراءة جدول الأسعار أو سجلاتها، أو أخطأ بناء على خطأ غيره، أو على غير ذلك مما يظهر معه خطأ البائع، فيكون قوله مقدماً بيمينه؛ لما عضد جانبه من ظاهر دل على صدقه وخطأه في إقراره الأول، وأما في غير هذه الحال، فيكون القول المقدم

(١) سبق تخريجه.

قول المشتري يمينه على عدم علمه بغلط البائع في الثمن وعدم علمه أن حقيقته ما ادعاه البائع ثانياً.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في أن من قال بتقديم قول البائع، فإن المشتري يخير بين دفع الزيادة التي ادعاها البائع وبين الفسخ، وأما على القول بتقديم قول المشتري، فيمضى العقد الأول، وليس للبائع إلا ما وقع عليه العقد^(١).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو هل اتصاف البائع بالأمانة والصدق يعضد قوله، ويصح دعواه، فعلى القول بأن ذلك يعضد قوله ويصح دعواه، فيرجح جانبه، وأما على القول بعدم تأثير اتصاف البائع بما ذكر، جعل القول المقدم قول المشتري أخذاً بأصل عدم قبول الدعوى إلا بينة، وعدم قبول الرجوع عن الإقرار.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأمانة) أثراً بيناً وظاهراً على هذه المسألة، فإنها عمدة القائلين بتقديم قول البائع؛ وذلك لأن المشتري ائتمنه في المرابحة فكان قوله مقبولاً عليه، فأدت إلى الخلاف بين الفقهاء المذكور سابقاً، ولا يبعد كثيراً عنه الترجيح بكون البائع معروفاً بالصدق، فإن الصدق من أداء الأمانة بمفهومها الواسع.

وقد تعارضت في هذه المسألة أصول وظواهر:

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٤)، كشف القناع: (٣/ ٢٣٢).

فأما الأصول: ف(عدم قبول الرجوع عن الإقرار الذي تعلق به حق غير المقر)، عدم سماع دعوى وبينة من يكذب بينته.
وأما الظواهر: ف (الأمانة)، تقديم قول المعروف بالصدق.

المطلب الثاني

الاختلاف مع العدل في تلف العين بالتعدي والتفريط^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

باع العدل الرهن بإذن الراهن والمرتهن، وقبض العدل ثمنها ثم تلف، فادّعي عليه تسببه بتلفه بالتعدي والتفريط في حفظ الثمن، وأنكر العدل ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن القول المقدم قول العدل.

واستدلوا: بأن العدل مؤتمن من قبل الراهن والمرتهن، ومأذون له بالبيع؛ فكان القول المقدم قوله؛ لأن المقدم قول الأمين^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٤٦).

(٢) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١٦٨)، نهاية المحتاج: (٤/٢٧٧)، مغني المحتاج: (٣/٧٠)، وذلك بعموم قبول قول العدل يمينه في تلف الثمن بلا ذكر سبب أو بأي سبب كان ما لم يكن ظاهراً، ومن ذلك نفيه التعدي والتفريط عن نفسه.

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٤٦).

(٤) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١٦٨)، نهاية المحتاج: (٤/٢٧٧)، مغني المحتاج: (٣/٧٠)، كشف القناع: (٣/٣٤٦).

وأما الحنفية فالأقرب لهم أن القول المقدم قول العدل وذلك تخريباً على نصهم في مواضع: على أن العدل أمين، وأن الرهن في يده أمانة، وأن العدل إذا باع العين فظهرت مستحقة وضمن ثمنها رجع على المرتهن أو الراهن ولا يضمنه في ماله، وأن كونه أمين مقتض تقديم قوله على قول المرتهن في قبض الثمن وتسليمه إلى المرتهن وأن قول العدل مقبول في براءة نفسه^(١)، فكان كل ما سبق دليلاً يصح الاعتماد عليه في نسبة ترجيح قول العدل إلى الحنفية، وذلك لأن ما استندوا عليه وأصلوه لتقديم قول العدل موجود في المسألة المبحوثة، فكان ذلك مقتضياً تقديم قول العدل عند الحنفية.

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة، ولكن أقرب ما وجدته مسائل منها: أنه إذا اشترى الوكيل السلعة المأمور بشرائها على أن ينقد الثمن من عنده ثم يرجع على أمره، فاشترى السلعة ثم ادعى ضياعها، فيقبل قوله؛ لأنها وديعة عنده، ويكون الثمن على الأمر^(٢)، فكذلك العدل يقبل قوله فإن الرهن عنده وديعة؛ خصوصاً إذا كان مفوضاً بذلك من الراهن والمرتهن، ومنها: أنه إذا اختلف العدل والمرتهن فيما بيعت به السلعة، فقال العدل: بعثها بخمسين، وقال المرتهن: بل بمئة، فيكون القول المقدم قول العدل ما لم يأت بما لا يشبهه، فيكون القول المقدم قول المرتهن^(٣)، ومنها: عدم ضمان العدل تلف الرهن تحت يده - إذا كان عيناً معارة -، ويكون

(١) ينظر: البناية: (١٣/١٠)، تبين الحقائق: (٦/٨٠)، حاشية ابن عابدين: (٦/٥٠٦)،

بدائع الصنائع: (٦/١٧٥). (٢) ينظر: التبصرة: (١٠/٤٦٥٤-٤٦٥٥).

(٣) ينظر: المرجع السابق: (١٢/٥٧٠١).

الضمان على الراهن المستعير^(١)، ومنها: إذا أمر السلطان رجلاً ببيع الرهن؛ ليقضي المرتهن حقه، فضاع الثمن لم يضمه المأمور، ويصدق في ضياعه لأنه أمين^(٢)، ومنها: أنه المأمور إذا باع الرهن بحنطة أو شعير أو عرض لم يجز؛ لأنه خلاف المعتاد في الأثمان، فإن ضاع ما قبضه ضمنه لتعديه بخلاف العين لا يضمن^(٣)، وعليه يقال إن الأقرب لمذهب المالكية: أن العدل إذا باع الرهن بعرض، فإنه لا يقبل قوله ولا يلتفت لدعواه؛ لأنه ضامن بكل حال، وأما إن باعها بنقد فيقدم قوله، ومنها: أنه لو كان الأمر بالبيع هو المرتهن، فإن العدل المأمور بالبيع مصدق بيمينه في دفع ثمن بيع الرهن إليه؛ لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن للأمر^(٤)، فيكون تقديم قول العدل في هذه المسألة وفق ذلك، ومن ذلك أن من باع مال غيره بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمين الحاكم، فإنه لا عهدة عليه؛ لأن جميع هؤلاء لو أوجبنا عليهم العهدة والضمان لم يدخل أحد في قبول وصية، أو قبول وكالة، أو بيع على غيره، بحكم الأبوة أو بحكم ولاية القضاء، وكل ما أدى إلى فساد أصل من أصول الشريعة، وإلحاق ضرر عظيم بالناس، وجب أن يمنع^(٥)، ومثل هذا يقال في العدل، فإنه إذا لم يقبل قوله في نفي الضمان بالتعدي والتفريط، فإنه لا يقبل أحد الدخول في هذا الأمر، ومنها: أنه إذا باع العدل الرهن بمقتضى وكالة الراهن له على بيعه إذا حل الأجل، ووجب لمن له الدين استيفاؤه، وضاع

(١) ينظر: النواذر والزيادات: (١٠/١٩٦).

(٢) ينظر: الذخيرة: (٨/١٢٣)، التوضيح: (٦/١٣٧).

(٣) ينظر: الذخيرة: (٨/١٢٣-١٢٤).

(٤) ينظر: الذخيرة: (٨/١٤٥)، التوضيح: (٦/١٦٣).

(٥) ينظر: شرح التلقين: (٣/٢-٤٦٧-٤٦٨).

الثلث من يديه قبل أن يصير إلى المرتهن، فقد اختلفوا هل يكون ضمانه من الرهن أو من المرتهن^(١)، وفي هذا اتفاق على عدم تضمين العدل، وتقديم قوله إعمال لمحل الاتفاق فكان مقدماً، ومنها: أنه إن رهن عيناً عند المرتهن، وكان فيها زيادة على دينه، فرهن الرهن الزيادة بدين آخر، ثم تلف الرهن، فإن المرتهن الذي بيده الرهن لا يضمن للدائن الآخر شيئاً؛ لأنه عدل وأمين^(٢)، فالعدل الذي تراضى عليه الرهن والمرتهن أولى بتقديم قوله المقتضي عدم تضمينه، ومنها: أن الوكيل بالقبض لو ادعى قبضه ما وكل به وتلف ما قبضه بلا تعد ولا تفريط، فلا ضمان عليه لموكله^(٣)، وعليه لعله أن يقال في مذهب المالكية: أنه إذا كان العدل مفوضاً بالبيع من الرهن والمرتهن، فإنه يقدم قوله في المسألة المبحوثة، وإلا فلا، وقد يقال: إن الإذن بالبيع إحدى صور التفويض والتوكيل وتشمل الإذن بقبض الثلث، فيقدم قول العدل فيها مطلقاً، كما هو الحال عند الحنابلة في المسألة المبحوثة^(٤)، ومنها: أن الغاصب مصدق عند المالكية في تلف العين المغصوبة ونعتها لتقويمها؛ لأنه غارم^(٥)، فهنا قبل قوله في قدر ما يغرمه رغم غصبه، فقبول قول العدل في التلف من باب أولى، وهذه المسائل التي وجدتها ودالاتها فيها ما فيها على نسبة تقديم قول العدل في المسألة المبحوثة إما بإطلاق أو بتفصيل سبق بيانه - في الجملة - ولم أتمكن من الجزم بنسبة قول للمالكية؛ لعدم ظهور دلالة المسائل المذكورة على تقديم قول العدل في المسألة المبحوثة، وعلى كل حال فقد جمعتها، ولك أيها القارئ أن تستنبط منها ما تراه.

(١) ينظر: المرجع السابق: (٣/٢-٤٦٨-٤٦٩).

(٢) ينظر: منح الجليل: (٥/٤٢٨-٤٢٩). (٣) ينظر: المرجع السابق: (٦/٤٠١).

(٤) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٤٦). (٥) ينظر: منح الجليل: (٧/١٣١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) ظاهر بين على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن العدل لما كان أميناً بائتمان الراهن والمرتهن كان ذلك مقدماً لقوله على قولهما في دفع تسبب تعديه وتفريطه في حفظ الأمانة بتلفها، وبذلك كانت قرينة: (الأمانة) مرجحة قوله على قول خصمه.

الوجه الثاني: أن من نص على المسألة اقتصر على الاستدلال بها على ترجيح قول العدل مما يدل على تأثيرها الواضح والمباشر على ترجيح قول العدل على قول خصمه.

المطلب الثالث

اختلاف الراهن مع العدل في قبض الثمن من المشتري^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

باع العدل الرهن بإذن الراهن والمرتهن، ثم أنكر الراهن أو المرتهن أو كليهما قبض العدل الثمن من المشتري، وادعاه العدل، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول العدل وهو مذهب الحنفية^(٢)،

والشافعية^(٣)،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٤٦)، شرح المنتهى: (٣/٣٥٨).

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١/٨١)، حاشية ابن عابدين: (١٠/١٢٢)، والنص في المرجع الأخير على الخلاف بين العدل والمرتهن، وهو في مقام الراهن عند الحنابلة؛ لأن الراهن هو ضامن العين عند الحنابلة، والمرتهن ضامنهما عند الحنفية (ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٤٦)، حاشية ابن عابدين: (١٠/١١٩، ١٢٢))، فلا فرق بين المسألتين.

(٣) ونصه: (إذا قال العدل المأمون ببيع الرهن قد بعته وقبضت ثمنه وضاع من يدي فقوله مقبول لأنه أمين وقول الأمين في تلف ما بيده مقبول، كالمودع والوكيل) الحاوي الكبير: =

.....والحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن العدل يملك القبض بحكم العقد، فملك الإقرار به^(٢).
 - ٢- أن ما ثبت بإقرار العدل كالمعائن^(٣)، فكان مثبتاً للقبض.
 - ٣- أن العدل أمين مأذون له في البيع لوفاء الدين، فكان قوله مقبولاً في قبض الثمن؛ لأن القول المقدم قول الأمين^(٤).
- القول الثاني:** أن القول المقدم قول منكر قبض العدل الثمن، وهو وجه عند الحنابلة^(٥).

واستدلوا: بأنه إبراء للمشتري من الثمن، فلم يقبل قول العدل فيه، كما لو أبرأه من غير الثمن^(٦).

ولم أجد للمالكية نصاً في هذه المسألة سوى ما ذكرته في المسألة السابقة، ولا يظهر وجهة التخريج عليه.

= (١٤٢/٦)، ويظهر من النص أن قول العدل مقدم في القبض والتلف وعليه فالقبض بلا تلف يقدم قول العدل فيه من باب أولى.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٤٥٦/١٢)، كشاف القناع: (٣٤٦/٣)، شرح المنتهى: (٣٥٨/٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (٨١/٢١). (٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (١٤٢/٦)، الشرح الكبير: (٤٥٦/١٢)، كشاف القناع: (٣٤٦/٣)، شرح المنتهى: (٣٥٨/٣).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (٤٥٦/١٢). (٦) ينظر: المرجع السابق.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن العرف إذا دل على اشتراط محضر بيع واستلام للثمن - بحوالة بنكية ونحو ذلك - في بيع العدل، فعند عدمها يكون المرجح قول منكر استلام العدل الثمن، ويكون العدل مفرطاً في هذه الحال، وأما إن خلا الأمر من ذلك، فيكون القول المرجح قول العدل بيمينه خصوصاً إذا كان قيامه بقبض الرهن أو قبض الثمن تبرعاً، فإن العقد يكون حينئذ أمانة محضّة، أو كان مؤتمناً من ولي الأمر ووكيلاً عنه، وكذلك لو كان الثمن المقبوض لم يتلف، وأما إن تلف الثمن فيقدم قول العدل قياساً على تقديم قوله في تلف الرهن بلا تعد ولا تفریط، فكما قدم قوله في هذه المسألة مع أنه تضمن تضمين الراهن أو المرتهن - على خلاف بين الفقهاء -، فكذلك هنا يقدم قوله خصوصاً أنه ليس إبراء محضاً للمشتري، وإنما هو إقرار باستيفاء الثمن.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تظهر من خلال مطالبة المشتري بالثمن، فعلى القول بتقديم قول العدل فلا مطالبة تجاه المشتري؛ لكونه سلم الثمن، وأما على القول بتقديم قول منكر قبض العدل الثمن، فيمكن مطالبة المشتري بثمن الرهن الذي بيع عليه.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو تأثير اقتضاء تقديم قول العدل لإبراء المشتري من الثمن، فمن قال: بتأثيره منع من قبول قول العدل لاقتضائه الإبراء المذكور وقدم قول خصمه؛ لأن قول العدل يقبل في براءة نفسه لا في

براءة غيره، وأما من قال: بأن هذا الاقتضاء غير مؤثر ولا يلتفت إليه قدم قول العدل.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) بين ظاهر على هذه المسألة وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن العدل لما كان مأذوناً له في بيع الرهن ووفاء الدين بثمنه، كان أميناً موثقاً به من قبل الراهن والمرتهن اللذين استأمناه، فكان قوله مقدماً في ما استؤم عليه، وبذلك كان لأمانته أثر في تقديم قوله.

الوجه الثاني: أن اعتبار قرينة: (الأمانة) في تقديم قول العدل، لم يقتصر على مذهب واحد بل نص على تأثيرها الشافعية والحنابلة مما يدل على سعة تطبيقها وكثرة اعتبارها في ترجيح قول أحد المتداعين.

المطلب الرابع

اختلاف الراهن والمرتهن

في تلف العين المرهونة حيث لزم المرتهن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

تلفت العين المرهونة تحت يد المرتهن، فادعى عليه الراهن تلفها على وجه يضمنها المرتهن كتلفها بتعديه أو تفريطه، وأنكر ذلك المرتهن وادعى صفة لتلفها لا ضمان عليه فيها، فأنكرها الراهن وتمسك بدعواه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن ما يغاب عليه^(٢) يقدم فيه قول الراهن، وأما ما لا يغاب

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٥٢)، لعل المقصود بـ(حيث) هنا التعليل.

(٢) أي: يمكن إخفاؤه مع وجوده؛ كالبسط والثياب والسلاح. ينظر: التبصرة:

(١٢/٥٦٨٥)، منح الجليل: (٥/٤٧٩).

عليه، فيقدم قول المرتهن فيه بيمينه ما لم يتبين كذبه، وهو مذهب المالكية^(١).

واستدلوا على التفريق بين ما ذكر بالتالي:

١- جريان العمل الذي لا اختلاف فيه على التفريق في ضمان المرتهن بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، فما كان مضموناً عليه لم يقبل قوله فيه، وما لم يكن مضموناً عليه فإنه يقبل قوله فيه^(٢).

٢- أن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط فيكون ضمانه من ربه كالوديعة، ولا لمنفعة آخذ فقط كالقرض فيكون منه فقط، بل أخذ منهما، فتوسط في حكمه وجعل ضمان ما لا يغاب عليه من الراهن لعدم تهمة المرتهن، وما يغاب عليه من المرتهن لتهمته^(٣).

وأما على تقديم قول الراهن فيما يغاب عليه: فلأن المرتهن متهم في إخفاء الرهن ويحتمل كذبه^(٤).

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (١١٦-١١٧/١١)، (٣١٣/١٥)، النوادر والزيادات: (١٨٦/١٠)، التبصرة: (٥٦٨٥-٥٦٨٦/١٢)، شرح التلقين: (٤١٤/٢/٣)، الذخيرة: (١٠٨-١٠٩، ١١٤)، التوضيح: (١٤٢-١٤٣/٦)، منح الجليل: (٤٧٨-٤٨٢/٥)، على خلاف في اليمين على المرتهن في حال تقديم قوله وحال عدمه ينظر في: التوضيح: (١٤٥/٦)، منح الجليل: (٤٨١/٥).

وفي المسألة محل البحث تفصيل عندهم ينظر في: النوادر والزيادات: (١٨٦/١٠)- (١٩٢)، التبصرة: (٥٦٨٨-٥٦٨٥/١٢)، شرح التلقين: (٤٠١-٤٠٢/٢/٣)، (٤٠٤-٤١٧)، وفي الموضوع الأخير أيضاً تفصيل حسن في ضمان العين المرهونة ومنزعه وسبب الخلاف فيه وتطبيقات فقهيّة وقضائية، وينظر أيضاً: التوضيح: (١٤٤-١٤٧/٦)، واعتمدت في تحديد قول المالكية ما ورد في مختصر خليل وشرحه منح الجليل وفق ما سبق.

(٢) ينظر: التوضيح: (١٤٤/٦)، منح الجليل: (٤٨١/٥).

(٣) ينظر: منح الجليل: (٤٨١-٤٨٢/٥). (٤) ينظر: المرجع السابق: (٤٧٨/٥).

وأما على تقديم قول المرتهن بيمينه فيما لا يغاب عليه فاستدلوا بـ:

١- أن المرتهن يغيب عنه في الليل أو النهار^(١).

٢- أنه موكل إلى أمانة قابضه، فقبل فيه قوله^(٢).

٣- أنه لا يمكن في غالب العادة إخفاؤه، فكان ذلك مغلباً الظن بصدق

المرتهن في دعواه التلف^(٣)؛ خصوصاً عند عدم ظهور وجوده.

٤- أن المرتهن قبض العين لمنفعته، فكانت عليه اليمين^(٤).

ونوقش: بأن العامل في المضاربة يقبل قوله في الضياع بلا يمين - إذالم

يتهم - مع أنه قبض العين لمنفعته^(٥).

وأجيب: بأن منفعة العامل غير متيقنة؛ لتوقع عدم الربح ورأس المال

الذي يرده لا منفعة له فيه^(٦).

٥- أنه لما حلف المرتهن فيما يغاب عليه مع ضمانه القيمة، ففيما لا

يغاب عليه من باب أولى^(٧).

(١) ينظر: التبصرة: (٥٦٨٥/١٢).

(٢) ينظر: شرح التلقين: (٤١٤/٢/٣). (٤) ينظر: الذخيرة: (١٠٩/٨).

(٥) ينظر: المرجع السابق. (٦) ينظر: المرجع السابق.

(٧) ينظر: منح الجليل: (٤٨١/٥).

القول الثاني: أن المقدم قول المرتهن بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(١)،

والحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن المرتهن أمين قبض العين بإذن مالكيها، ويتعذر عليه إقامة

البينة على تلفها، فكان قوله مقبولاً في تلفها؛ قياساً على المودع^(٣).

وأما الحنفية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، ولعل ذلك لعدم الثمرة

لهذا الخلاف بين الراهن والمرتهن عندهم؛ وذلك لأن الرهن بتلفه يكون

مضموناً على المرتهن ويسقط بتلف الرهن ما يقابله من الدين سواء كان تلف

الرهن بتعد المرتهن أو تفريطه أم لا^(٤)، وعليه سواء أنكر المرتهن تعديه أو

تفريطه أم لا، فإن ضمان الرهن عليه، ولكن ترد المسألة في ما إذا كان الرهن

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/١٩٥-١٩٦، ٧/٣٢٣)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٠٩)،

أسنى المطالب: (٢/١٧١)، نهاية المحتاج: (٤/٢٨٤)، تحفة المحتاج: (٥/٩٠-٩١)،

مغني المحتاج: (٣/٨٢) على تفصيل عندهم في قبول السبب يراجع في باب الوديعة.

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٨٠)، كشاف القناع: (٣/٣٥٢)، شرح المنتهى:

(٣/٣٥٢)، ونص المسألة فيه: «(وإن ادعى) مرتهن (تلفه) أي الرهن (بحدوث وقامت

بينة) بوجود حادث (ظاهر) ادعى التلف به، كنهب وحريق حلف أنه تلف به وبرئ،

وإن لم تقم بينة بما ادعاه من السبب الظاهر لم يقبل قوله؛ لأن الأصل عدمه ولا تتعذر

إقامة البينة عليه، وإن ادعى تلفه بسبب خفي كسرقة (أو لم يعين سبباً حلف) وبرئ منه؛

لأنه أمين»، وهو تفصيل يقرب من تفصيل الشافعية.

(٣) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١٧١)، تحفة المحتاج: (٥/٩٠-٩١)، كشاف القناع:

(٣/٣٥٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٥٢).

(٤) ينظر: المبسوط: (٢١/١١١، ١٢٥)، بدائع الصنائع: (٨/٢٠٨)، البناية: (١٢/٤٧٠)،

تبيين الحقائق: (٦/٨٧)، حاشية ابن عابدين: (٦/٤٨٠، ٤٨٨)، وضمان المرتهن هو

للأقل من قيمة الرهن أو الدين. ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠/٨٢).

أكثر من الدين الذين رهن به، فنصوا على الزائد أمانة في يد المرتهن، فيقبل قوله في تلفه^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم قول المرتهن بيمينه ما لم يتبين كذبه، كما لو ادعى أن سبب التلف حادث عام، وثبت عدمه، أو ثبت بقاء العين بعد التاريخ المدعى التلف فيه، أو كان متهمًا في إخفاء العين وتغييبها، كما لو كانت العين المرهونة محل نزاع بين الراهن والمرتهن أو قريب أو زوج للمرتهن ونحوهم - ممن يتهم في محاباتهم - ولم توجد آثار للتلف، أو ثبت أن المرتهن متضرر من بقاء العين ومستفيد من تلفها، ونحو ذلك مما تكون التهمة في حق المرتهن قوية، فتؤثر في قبول قوله، فلا يقبل قوله إلا بينة، وإلا بأن خلت دعواه عما يكذبها، وارتفعت التهمة عنه، فقوله مقبول بيمينه لما استدل به أصحاب القولين على تقديم قول المرتهن، ولعل التهمة وتبين الكذب هو المقصود لأصحاب القولين وسبب تفصيلهم، ولكنهم اختلفوا في كيفية مراعاته.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١٠/٩٦)، ونصه: «ورأيت في فتاوى قارئ الهداية ما نصه: سئل عن المرتهن إذا ادعى رد العين المرهونة وكذبه الراهن هل القول قوله؟ أجاب: لا يكون القول قوله في رده مع يمينه لأن هذا شأن الأمانات لا المضمونات بل القول للراهن مع يمينه في عدم رده إليه. هـ ومثله في فتاوى ابن الشلبي وفتاوى ابن نجيم وهو عين ما في المعراج فلزم اتباع المنقول، كيف وهو المعقول، ومقتضى عدم قبول قوله ضمانه الجميع، لكن ينبغي أن يقال إن ذلك كله فيما إذا كان الرهن غير زائد على الدين، فإن كان زائدًا لا يضمن الزيادة لتمحضها أمانة غير مضمونة فيكون القول قوله فيها سواء ادعى مجرد الرد أو مع الهلاك...»، فإما أن تكون المسألة المذكورة تدخل في عمومها أو هي مثله.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تظهر من خلال تضمين المرتهن للعين المرهونة، فعلى القول بتقديم قوله، لا يكون سبب ضمان المرتهن متوفراً، فلا ضمان عليه، وأما على القول بتفصيل القول الأول، فيضمن المرتهن حيث لم يقبل قوله، ولا يضمن حيث كان قوله مقبولاً.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - كما هو ظاهر من خلال أدلة القول الأول هو الخلاف في مسألة ضمان المرتهن للعين المرهونة، فمن قال بعدم ضمانه قال بتقديم قوله، ومن قال بضمانه لم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، ومن قال بالتفصيل في ضمانه جعل تقديم قول المرتهن حيث عدم ضمانه وتقديم قول الراهن حيث ضمان المرتهن.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة ظاهر بيّن، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن المرتهن موصوف بأنه أمين، وذلك لأنه قبض العين بإذن، فكان هذا الوصف مرجحاً جانبه، ومقدماً قوله على قول خصمه، وبذلك كانت قرينة: (الأمانة) ذات تأثير واضح على هذه المسألة.

الوجه الثاني: أن ثلاثة من المذاهب الأربعة استدلّت بهذه القرينة على تقديم قول المرتهن في هذه المسألة، بل إن أغلب المراجع التي وثق منها دليل القول الثاني لم تنص إلا على أن تقديم قول المرتهن؛ لأنه أمين^(١).

وقد تعارض في هذه المسألة ظواهر:

التهمة واحتمال الكذب الموجبة عدم قبول قول المرتهن.

الأمانة المرجحة جانب المرتهن.

فمن رأى أن التهمة واحتمال الكذب قوية رجح جانب الراهن، ومن لم يرقوتها أجرى الأمانة على مقتضاها ورجح جانب المرتهن، ومن رأى ورود التهمة واحتمال الكذب في بعض الصور دون بعض رجح جانب الراهن فيما قويا فيه، وجانب المرتهن في غيره.

(١) تراجع مصادر توثيق دليل القول الثاني، ولم يزد واحد منها على الاستدلال بهذه القرينة سوى الشرح الكبير.

المبحث الثاني
أثر قرينة: (الأمانة) في باب الحجر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف المحجور عليه والولي في تلف مال المحجور أو بعضه.

المطلب الثاني: اختلاف المحجور عليه والولي المتبرع في دفع مال المحجور إليه.

المطلب الأول

اختلاف المحجور عليه والولي في تلف مال المحجور أو بعضه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الولي والمحجور عليه في تلف مال المحجور عليه، فادعاه الولي وأنكره المحجور عليه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى تقديم قول الولي بيمينه ما لم تكذبه عادة أو عرف.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٥٦/٣)، شرح المنتهى: (٤٩٠-٤٩١/٣).

(٢) ينظر: أحكام القرآن؛ للجصاص: (٣٦٥/٢).

(٣) ينظر: أسنى المطالب: (٧٢/٣)، والنص فيه على الوصي، والأب والجد مثله (ينظر: مغني المحتاج: (١٢٣/٤)) وهو أخص من الولي، ونص في نهاية المحتاج: (١٠٩/٦) في الوصي: «ويصدق في عدم الخيانة وتلف بنحو غصب أو سرقة كالمودع لا في نحو بيع حاجة أو غبطة أو ترك أخذ بشفعة لمصلحة إلا ببينة، بخلاف الأب والجد فإنهما يصدقان بيمينهما، والأوجه أن الحاكم الثقة كالوصي لا كالأب والجد».

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٠٦/١٣، ٤٠٨)، كشاف القناع: (٤٥٦/٣)، شرح المنتهى: (٤٩٠-٤٩١/٣)، وزاد فيه: «(ما لم تخالفه) أي: قول الولي (عادة أو عرف) فيردّ للقرينة».

واستدلوا: بأن الأصل أمانة الولي وعدم خيانتة، فكان قوله مقبولاً في التلف؛ لاتصافه بهذا الوصف^(١).

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة: وأقرب ما وجدته هو الخلاف بين المحجور عليه والوصي، في النزاع في قدر النفقة، فيقدم عندهم قول الوصي بيمينه إذا ادعى ما يشبه؛ لأنه أمين ويشق عليه إقامة البينة على ما أنفقته^(٢)، وهذان العلتان موجودتان في قول الولي بادعاء التلف، فلعل الأقرب لمذهب المالكية تقديم قول الولي في المسألة المذكورة إذا ادعى ما يشبه، خصوصاً إذا كان متبرعاً بلا أجره فإن الولي فيها أمين أمانة محضة.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة بين واضح، ويظهر ذلك من أوجه:

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٣/٧٢)، كشاف القناع: (٣/٤٥٦)، شرح المنتهى: (٣/٤٩٠-٤٩١).

(٢) ونصها في التوضيح: (٨/٥٦٦): «وَمَهْمَا نَازَعَهُ الصَّبِيُّ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ. يعني: إن نازع الصبي الوصي في قدر النفقة فالقول قول الوصي، وعلله بأنه أمين. وهو مقيد بقيدين في المدونة قال فيها: وَيُصَدَّقُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا فِي حَجْرِهِ، ولم يأت بسرف. وظاهر ما في زكاة الفطر من المدونة أنه لا يشترط كونهم في حضانتته، لكن الأكثر على اختيار هذا الشرط إلا ما استحسنته اللخمي من أن الأم إذا كانت فقيرة محتاجة ويظهر على الولد أثر النعمة والخير أن الوصي يصدق، وإن لم يكونوا في حجْرِهِ. ولعل المصنف ترك القيد الأول؛ لأنه فرض النزاع مع الصبي، ولو كان في غير حجْرِهِ لكان نزاعه إنما هو مع مَنْ هو في حجْرِهِ، وترك القيد الثاني للإحالة على القواعد؛ إذ كل من قبل قوله فإنما ذلك إذا ادعى ما يشبه، وإذا قلنا: القول قوله فلا بد من حَلْفِهِ. نص عليه مالك وابن القاسم وغيرهما». وينظر: منح الجليل: (٩/٥٩٠-٥٩١).

الوجه الأول: أن الولي أمين قبض مال المحجور عليه بإذن، فكان ذلك مقدمًا قوله، ودالًا على صدقه، وبذلك تكون قرينة: **(الأمانة)** أثرت تأثيرًا واضحًا في قبول قول الولي في هذه المسألة.

الوجه الثاني: أن استدلال الفقهاء بها تنوع، فمنهم من استدل باستمرارها، وأن الأصل بقاؤها وعدم الخيانة كالشافية^(١)، ومنهم من استدل بها مباشرة بأن قول الولي في التلف مقبول لأنه أمين^(٢).

الوجه الثالث: أن من نص على هذه المسألة - فيما اطلعت عليه - تأثر استدلاله بهذه القرينة، فإما أن يستدل بها مباشرة أو يستدل باستمرارها وعدم وجود ما يضادها.

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٣/ ٧٢).

(٢) ينظر: كشف القناع: (٣/ ٤٥٦)، شرح المنتهى: (٣/ ٤٩٠-٤٩١).

المطلب الثاني

اختلاف المحجور عليه والولي المتبرع في دفع مال

المحجور إليه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الولي المتبرع بالقيام بالولاية مع المحجور عليه - بعد بلوغه ورشده وعقله - في دفع المال إلى المحجور عليه، فادعاه الولي، وأنكره المحجور عليه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول الولي بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)، وهو قول بعض المالكية^(٣)، ووجه عند الشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥).

- (١) ينظر: كشاف القناع: (٤٥٦/٣)، والنص على أن الولي متبرع هو خاص بالحنابلة، فأما غيرهم فجرى توثيق أقوالهم بعموم قبول قول الولي أو المحجور عليه أو عدمه.
- (٢) ينظر: أحكام القرآن؛ للخصاص: (٣٦٥/٢)، بدائع الصنائع: (٥٨٨/٦).
- (٣) ينظر: التبصرة: (٣٥٨٠/٨)، التوضيح: (٥٦٦/٨)، منح الجليل: (٥٩١/٩).
- (٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٢٦٨/٥)، مغني المحتاج: (١٢٣/٤، ٢٦٤/٣).
- (٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٠٧/١٣-٤٠٨)، كشاف القناع: (٤٥٦/٣)، شرح المنتهى: (٤٩٠-٤٩١/٣).

واستدلوا: باتفاق الفقهاء على أن الولي مأمور بحفظ المال وإمساكه على وجه الأمانة حتى يوصله إلى اليتيم في وقت استحقاقه، فهو بمنزلة الودائع والمضاربات وما جرى مجراها من الأمانات، فوجب أن يكون مصدقاً على الرد، كما يصدق على رد الوديعة، والدليل على أنه أمانة أن اليتيم لو صدقه على الهلاك لم يضمه، كما أن المودع إذا صدق المودع في هلاك الوديعة لم يضمه^(١).

القول الثاني: أن القول المقدم قول المحجور عليه بيمينه، وهو المشهور من مذهب المالكية^(٢)، والصحيح من مذهب الشافعية^(٣)، واحتمال عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾^(٥).

- (١) ينظر: أحكام القرآن: (٣٦٥/٢)، التبصرة: (٣٥٨٠/٨)، الشرح الكبير والإنصاف: (٤٠٧/١٣)، كشاف القناع: (٤٥٦/٣)، شرح المنتهى: (٤٩٠-٤٩١).
- (٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٤٩/١٣-٥٠)، التبصرة: (٣٥٧٩-٣٥٨٠)، الذخيرة: (١٨٠/٧، ٢٤١/٨، ١٧/٨)، التوضيح: (٤٠٧/٦، ٥٦٦-٥٦٧)، منح الجليل: (٥٩١/٩) وعندهم ذلك مقيد بما لم تطل المدة منذ انتهاء الولاية، فيقدم قول الولي بيمينه.
- (٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٥٢٦/٦)، العزيز شرح الوجيز: (٢٦٨/٥)، أسنى المطالب: (٧٢/٣)، نهاية المحتاج: (١٠٩/٦)، تحفة المحتاج: (٩٦/٧)، مغني المحتاج: (٢٦٤/٣، ١٢٣/٤).
- (٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٠٧/١٣-٤٠٨).
- (٥) سورة النساء، الآية (٦).

استدل بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: أن الله عَزَّوَجَلَّ لما أمر الولي بالإشهاد على الدفع ورد المال إلى اليتيم دل على أنه غير مؤتمن فيه، فلم يكن قوله مقبولاً في الرد إلا ببينة؛ إذ لو كان أميناً وكان قوله مقبولاً لما احتيج إلى الإشهاد^(١).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: بأنه «ليس في الأمر بالإشهاد دليل على أنه غير أمين ولا مصدق فيه؛ لأن الإشهاد مندوب إليه في الأمانات كهو في المضمونات ألا ترى أنه يصح الإشهاد على رد الأمانات من الودائع كما يصح في أداء المضمونات من الديون، فإذاً ليس في الأمر بالإشهاد دلالة على أنه غير مصدق فيه إذا لم يشهد»^(٢).

الوجه الثاني: أن فائدة الأمر بالإشهاد غير ما ذكر، ومن ذلك ظهور أمانة الولي والاحتياط له في زوال التهمة عنه في أن لا يدعى عليه بعد ما قد ظهر رده، وفيه الاحتياط لليتيم في أن لا يدعي ما يظهر كذبه فيه، وفيه أيضاً سقوط اليمين عن الولي إذا كانت له بينة في دفعه إليه ولو لم يشهد وادعى اليتيم أنه لم يدفعه كان القول قول الولي مع يمينه وإذا أشهد فلا يمين عليه، إضافة إلى الإشهاد عند الأخذ من مال اليتيم قرصاً ليأكل منه؛ لأن في قضاء الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضي الدين، فهذه المعاني كلها يستفيد منها الولي من الإشهاد، وإن كان مال المحجور عليه أمانة في يده^(٣).

(١) ينظر: الذخيرة: (٢٤١/٨)، التوضيح: (٤٠٧/٦)، العزيز شرح الوجيز: (٢٦٨/٥)،

أسنى المطالب: (٧٢/٣).

(٢) ينظر: أحكام القرآن؛ للجصاص: (٣٦٥/٢).

(٣) ينظر: المرجع السابق، بدائع الصنائع: (٥٨٨/٦).

وأجيب عن هذا الوجه من المناقشة: بأن الآية تعم ما ذكر ووجه الاستدلال؛ فإن الظاهر من الآية: إذا أنفقتم شيئاً على المولى عليه، فأشهدوا، حتى لو وقع خلاف أمكن إقامة البينة؛ فإن كل مال قبض على وجه الأمانة بإشهاد لا يبرأ منه قابضه إلا بالإشهاد على دفعه؛ للأمر بالإشهاد الوارد في الآية، فأما إن قبضها الأمين بغير إشهاد، فلا يحتاج للإشهاد في دفعها وردّها^(١).

الوجه الثاني من الاستدلال بالآية: أن الله **عَزَّوَجَلَّ** أمر الولي بالإشهاد عند الدفع إلى المحجور عليه، فمن تركه، فقد فرط، فاستحق عليه الضمان لما قبضه وهو لازم قول المحجور عليه، فكان ذلك مرجحاً جانبه^(٢).

٢- أن الولي دفع المال إلى غير من أئتمنه، فإن المحجور عليه لم يئتمنه، فلم يكن قوله مقبولاً في الرد عليه؛ قياساً على ما لو دفع الوكيل المال إلى غير موكله فإن قوله غير مقبول إلا ببينة؛ لأن القابض لم يئتمنه فكذلك الولي^(٣).

ونوقش من أوجه^(٤):

الوجه الأول: أنه «قول ظاهر الاختلال بعيد من معاني الفقه منتقض فاسد؛ لأنه لو كان ما ذكره علة لنفي التصديق لوجب أن لا يصدق القاضي إذا قال لليتيم قد دفعته إليك لأنه لم يئتمنه، وكذلك يلزمه أن يقول في الأب إذا قال بعد بلوغ الصغير قد دفعت إليك مالك أن لا يصدقه لأنه لم يئتمنه، ويلزمه

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: (٦/٧٧).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٤٠٧-٤٠٨).

(٣) ينظر: الذخيرة: (٨/٢٤١)، الجامع لأحكام القرآن: (٦/٧٦-٧٧)، التوضيح:

(٨/٥٦٦-٥٦٧)، الحاوي الكبير: (٦/٥٢٦).

(٤) ينظر: أحكام القرآن؛ للجصاص: (٢/٣٦٥-٣٦٦).

أيضاً أن يوجب عليهم الضمان إذا تصادقوا بعد البلوغ أنه قد هلك؛ لأنه أمسك ماله من غير ائتمان له عليه».

الوجه الثاني: أن تشبيهه إياه بالوكيل بدفع المال إلى غيره فتشبيهه بعيد، ومع ذلك فلا فرق بينهما من الوجه الذي صدقنا فيه الولي؛ لأن الوكيل مصدق أيضاً في براءة نفسه غير مصدق في إيجاب الضمان ودفعه إلى غيره، وإنما لم يقبل قوله على المأمور بالدفع إليه، فأما في براءة نفسه فهو مصدق كما صدقنا الوصي على الرد بعد البلوغ.

الوجه الثالث: أن الولي في معنى من يتصرف على اليتيم بإذنه ألا ترى أنه يجوز تصرفه عليه في البيع والشراء كجواز تصرف أبيه، فإذا كان إمساك الوصي المال بائتمان الأب له عليه وإذن الأب جائز على الصغير صار كأنه ممسك له بعد البلوغ بإذنه فلا فرق بينه وبين المودع.

٣- أن الأصل بقاء المال في يد الولي وعدم رده إلى المحجور عليه، فكان القول من يتمسك بهذا الأصل ويعضد جانبه، وهو المحجور عليه^(١).

٤- أن البينة على دفع المال إلى المحجور إليه لا تعسر إقامتها ولا يعجز الولي عنها، فلم يكن قوله مقبولاً إلا بها^(٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الأول بتقديم قول الولي بيمينه، وذلك لأمر:

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٧٢/٣).

(٢) ينظر: أسنى المطالب: (٧٢/٣)، نهاية المحتاج: (١٠٩/٦)، تحفة المحتاج: (٩٦/٧)، مغني المحتاج: (١٢٣/٤، ٢٦٤/٣).

الأمر الأول: أن الولي متبرع بالقيام بالولاية محسن بتوليها، فكان القول قوله في نفي ضمانه، وبراعة ذمته؛ نفيًا للسبيل عليه الوارد في قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١).

الأمر الثاني: ما استدل به أصحاب القول الأول وما ورد على أدلة القول الثاني من مناقشات.

الأمر الثالث: أنه فيه جمعًا بين الآية التي استدل بها أصحاب القول الثاني بحملها على ما ذكر من الأوجه الواردة في المناقشة الثانية للوجه الأول من الاستدلال، وإعمال الآية المذكورة في سبب الترجيح الأول، والجمع أولى - إن أمكن - من الترجيح.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تظهر من خلال ضمان الولي مال المحجور عليه، فعلى القول بتقديم قول الولي، فإنه لا ضمان عليه، وأما على القول بتقديم قول المحجور عليه، فإنه يكون الضمان على الولي؛ لأنه قبض مال المحجور عليه، ولم يرده.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى المقصود من قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾^(٢)، فمن جعل المقصود من الأمر بالإشهاد عدم تصديق الولي إلا بالبينة، جعله غير مؤتمن على الرد فلم يقبل قوله وكان القول المقدم قول المحجور عليه بيمينه، ومن جعل المقصود منها

(١) سورة التوبة، الآية (٩١).

(٢) سورة النساء، الآية (٦).

عدم مطالبة الولي باليمين إذا ادعى الرد وأنكره المحجور عليه أعمل مقتضى كون الولي أميناً، وجعل قول الولي مقدماً يمينه^(١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) يبين ظاهر على هذه المسألة، ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الولي المتبرع أمين قبض العين بإذن، فكان القول المقدم قوله في ردها، ونفي الضمان عنه وبراءة ذمته.

الوجه الثاني: أنها عمدة القائلين بتقديم قول الولي؛ فقد استدل بها القائلون بتقديم قول الولي على اختلاف مذاهبهم؛ كما في الدليل الأول للقول الأول، فلم يقتصر الاستدلال بها على مذهب واحد مما يدل على تأثيرها وأهميتها في هذه المسألة.

وقد تعارض في هذه المسألة، أصول وظواهر:

فمن الأصول:

الأصل في الأمور العارضة العدم.

ومن الظواهر:

الأمانة، سهولة إقامة البينة على الرد.

فرجح أصحاب كل قول جانب من رآه أقوى وأرجح جانباً.

(١) ينظر: التوضيح: (٨/٥٦٦-٥٦٧)، منح الجليل: (٩/٥٩١).

المبحث الثالث أثر قرينة: (الأمانة) في باب الوكالة

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف الوكيل والموكل في قدر الثمن.

المطلب الثاني: اختلاف الوكيل الموكل بالتزويج والموكل في التزويج.

المطلب الثالث: اختلاف الوكيل والموكل في البيع وقبض الثمن، أو قبض الثمن.

المطلب الرابع: الاختلاف مع الوكيل في التفريط والتعدي.

المطلب الخامس: اختلاف رب المال مع الوكيل أو المضارب في الإذن بصفة في البيع أو الشراء أو اختلافًا في صفة الإذن.

المطلب السادس: اختلاف الوكيل والموكل في رد العين أو ثمنها إلى الموكل إذا كان الوكيل متبرعًا.

المطلب الأول

اختلاف الوكيل والموكل في قدر الثمن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهياً:

صورة المسألة:

صدر التوكيل بشراء سلعة - غير معينة -؛ كعبد مثلاً، فاشتراها الوكيل ثم اختلف هو والموكل في الثمن الذي وقع عليه العقد، فادعى الوكيل ثمناً كـ «اشتريته بألف»، وادعى الموكل أقل كخمسمئة، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو جدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أنه إن دفع الموكل إلى الوكيل المال، فالقول المقدم قول الوكيل بيمينه إذا كانت السلعة تساوي ما ادعاه، وأما إن كانت السلعة تساوي ما ادعاه الموكل، فقله مقدم، وأما إذا لم يدفع المال إلى الوكيل، فقول الموكل مقدم بيمينه إذا كانت السلعة تساوي ما ادعاه، وأما إن ساوت ما ادعاه الوكيل فيتخالفان، وهو مذهب الحنفية^(٢).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٨٥ / ٣)، شرح المنتهى: (٥٣٥ / ٣).

(٢) ينظر: تبين الحقائق: (٢٦٧ - ٢٦٨ / ٤)، البناية: (٢٥٨ - ٢٥٩ / ٩)، فتح القدير:

(٨ / ٦٣ - ٦٤)، حاشية ابن عابدين: (٢٥٤ - ٢٥٥ / ٨)، وفي صورة المسألة عندهم

زيادة أن الموكل أمر الوكيل أن يشتري بالألف، وفي المرجع الأخير تفصيل وخلاف في

اليمين على الموكل فيراجع.

واستدلوا على تقديم قول الوكيل إذا كان المال مدفوعاً له وكانت السلعة تساوي ما ادعاه: بأنه أمين ادعى عليه الخروج عن عهدة الأمانة، والموكل يدعي عليه حق الرجوع بضمان الزائد على ما ادعاه، والوكيل ينكر فكان القول قوله^(١).

وأما على تقديم قول الموكل إذا كانت السلعة تساوي ما ادعاه سواء دفع المال إلى الوكيل أم لا فاستدلوا بالتالي:

١- أن الوكيل خالف أمر الموكل؛ إذ الأمر تناول أمة تساوي ألفاً، ولا يملك الوكيل أن يخالف الموكل إلى شرٍّ مما أمر به، من شراء سلعة بأكثر مما تساويه، ولا فرق في ذلك بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة^(٢).

٢- أن فيما ادعاه الوكيل غبناً فاحشاً فلا يلزم الموكل؛ لأن الوكيل لا يملك أن يشتري بغبن فاحش^(٣).

٣- أن الموكل غارم ما زاد على دعواه، فكان القول المقدم قوله^(٤).

وأما على التحالف إذا لم يكن المال مدفوعاً للوكيل، وكانت السلعة تساوي ما ادعاه فاستدلوا: بأنهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٤/ ٢٦٧-٢٦٨)، البناية: (٩/ ٢٥٨-٢٥٩)، فتح القدير: (٨/ ٦٣-٦٤)، حاشية ابن عابدين: (٨/ ٢٥٤).

(٢) ينظر: تبين الحقائق: (٤/ ٢٦٨)، البناية: (٩/ ٢٥٨-٢٥٩)، فتح القدير: (٨/ ٦٣-٦٤).

(٣) ينظر: تبين الحقائق: (٤/ ٢٦٨)، فتح القدير: (٨/ ٦٣-٦٤).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/ ٥٤٠-٥٤١).

الموكل، وقد جرى بينهما مبادلة حكمية، فينزلان منزلة البائع والمشتري، وقد اختلفا في الثمن فيتحالفاً^(١).

القول الثاني: أن القول المقدم قول الوكيل، وهو مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الوكيل مؤتمن على شراء السلعة، وذكر أنه فعل ما وافقه الموكل على أنه أئتمنه عليه، فكان قول الوكيل مقدماً^(٥).

٢- أنهما اختلفا في تصرف الوكيل، فكان القول قوله؛ لأنه أدري بما عقد عليه؛ كما لو اختلفا في البيع^(٦).

٣- أنه وكيل في الشراء، وقوله مقبول فيه، فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري؛ كالمضارب^(٧).

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٤/٢٦٨)، البناية: (٩/٢٥٨-٢٥٩)، فتح القدير: (٨/٦٣-٦٤).

(٢) ينظر: النودار والزيادات: (٧/٢٤١)، شرح التلقين: (٢/٨٥٦-٨٥٧)، وفي صورة المسألة عندهم زيادة أن الموكل أمر الوكيل أن يشتري بالألف.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٢٢)، تكملة المجموع؛ للمطيعي: (١٤/١٦٣) وعندهم النص على أن تقديم قوله بيمينه.

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٤٠)، كشف القناع: (٣/٤٨٥)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٥)، وزاد: «ولكن لا يصدق فيما لا يشبه من قليل ثمن ادعى أنه باع به أو كثيره إن اشترى».

(٥) ينظر: شرح التلقين: (٢/٨٥٦-٨٥٧)، كشف القناع: (٣/٤٨٥).

(٦) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٤٠-٥٤١)، كشف القناع: (٣/٤٨٥).

(٧) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٤٠-٥٤١)، تكملة المجموع؛ للمطيعي: (١٤/١٦٣).

القول الثالث: أن القول المقدم قول الموكل ما لم يعين له الشراء بما ادعاه؛ كأن يقول: اشتر بها عبدًا بألف، فيدعي الوكيل الشراء بها، فيكون القول المقدم قول الوكيل، وهو قول بعض الحنابلة^(١).

واستدلوا: بـ«أن من كان القول قوله في أصل شيء، كان القول قوله في صفته»^(٢).

ونوقش: بأن الوكيل مفوض بالشراء، فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري؛ كما لو عين له الشراء بما ادعاه^(٣).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم قول من شهدت قيمة السلعة الموكل بشرائها له، فإن كان ما ادعاه الوكيل مساويًا لها أو ليس فيه غبن فاحش فقوله مقدم يمينه؛ لشهادة الظاهر له؛ ولما استدل به أصحاب القول الثاني، وأما إن كانت تساوي ما ادعاه الموكل أو كان فيما ادعاه الوكيل غبن فاحش فقوله الموكل مقدم يمينه؛ لما استدل به أصحاب القول الأول.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال لزوم العقد للموكل، فمتى قيل بتقديم قول الوكيل فالشراء لازم للموكل، ويكون للوكيل الرجوع على الموكل بما دفعه، وأما إن قيل بتقديم قول الموكل فلا يلزم الموكل شيء ويكون الشراء لازمًا

(١) وهو: القاضي أبو يعلى من الحنابلة. ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٤٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٤٠-٥٤١). (٣) ينظر: المرجع السابق.

للوكيل، وكذلك على القول بالتحالف يفسخ العقد الذي بين الموكل والوكيل، فيلزم الوكيل فقط^(١).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: الخلاف في تأثير الغرم والضمان في هذه المسألة على ترجيح قول أحد المتداعين، فعلى القول بتأثيرها يقدم قول من اقتضى تقديم قول خصمه غرمه وضمانه الثمن المتنازع في قدره، وأما من لم ير تأثيرها جعل القول للوكيل لأنه أمين.

الأمر الثاني: الخلاف في تأثير دلالة الظاهر: قيمة السلعة في هذه المسألة على ترجيح قول أحد المتداعين، فمن قال بتأثيرها جعل القول المقدم قول من تشهد له، ومن لم ير تأثيرها جعل قول الوكيل مقدماً لأنه أمين.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة ظاهر جلي لا يكاد يخفى، وذلك من وجوه:

الوجه الأول: أن الوكيل مؤتمن مأذون له فيما باشره من الشراء، فكانت (الأمانة) عاضدة جانبه ومقوية قوله ليقدم على قول الموكل.

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٤/٢٦٧-٢٦٨)، البناية: (٩/٢٥٨-٢٥٩)، فتح القدير: (٨/٦٣-٦٤)، الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: (ص٢١٢).

الوجه الثاني: أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ على اختلاف أقوالهم بين التفصيل فيمن يقدم قوله، وبين إطلاق تقديم قول الوكيل اتفق ثلاثة مذاهب منهم: الحنفية والمالكية والحنابلة على الاستدلال بقرينة الأمانة على تقديم قول الوكيل.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فمن الأصول:

الغرم.

الإنكار.

ومن الظواهر:

الأمانة.

ظاهر الحال.

أن الإنسان أدري بما عقد عليه.

فرجح أصحاب كل قول ما قوي عندهم جانبه، أو كان الترجيح بالتفصيل وفق قوة كل جانب على اختلاف الأحوال.

المطلب الثاني

اختلاف الوكيل الموكل بالتزويج والموكل في التزويج^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

أقر أنه وكّل فلانًا ليتزوج له امرأة، فادعى الوكيل أنه تزوجها له، وأنكر الموكل ذلك قبل عزل الوكيل، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن القول المقدم قول الموكل ولا يقبل قول الوكيل، وهو قول أبي حنيفة^(٢)، وأظهر القولين عند الشافعية^(٣)،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٨٨/٣).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٨/٣٣٩، ٣٤٣)، بدائع الصنائع: (٣/٣٦٨-٣٦٩).

(٣) ينظر: البيان؛ للعمري: (٦/٤٦٢)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء؛ للشاشي:

(٥/١٥٧-١٥٨)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٤-٢٦٥)، روضة الطالبين:

(٤/٣٤٢)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٤)، نهاية المحتاج: (٥/٥٩-٦٠)، تحفة المحتاج:

(٥/٣٤٧)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٢)، والنص فيها على أن التقديم باليمين، وذلك في

اختلاف الموكل والوكيل في إتيان الوكيل التصرف المأذون فيه، فيدخل في عموم المسألة

محل البحث خصوصًا أن المراجع الثلاثة الأولى نصت على تناقض أبي حنيفة أو استثنائه

المسألة محل البحث من عموم تقديمه قول الوكيل.

..... ورواية عند الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**لا نكاح إلا بشهود**»^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** نفى النكاح بغير شهود من غير فصل بين الانعقاد والظهور بل حمله على الظهور أولى؛ لأن فيه عملاً بحقيقة اسم الشاهد إذ هو اسم لفاعل الشهادة وهو المؤدي لها، والحاجة إلى الأداء عند الظهور لا عند الانعقاد^(٣)، وعليه لا يقبل قول الوكيل فيما يظهر النكاح ويثبته إلا بشهود.

٢- أن الوكيل أقر على الغير فيما لا يملكه بعقد يتم به وحده وإنما يتم به وبشهادة الآخرين، فلا يصدق إلا بمساعدة آخرين قياساً على الوكلاء الثلاثة في النكاح والبيع^(٤).

٣- أن الوكيل أقر بالنكاح والإقرار بالنكاح إقرار بمنافع البضع وأنها غير مملوكة، والوكيل لا يملك هذه المنافع؛ ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها لا للأب، فلم يقبل إقرار الوكيل وادعائه النكاح على موكله،

(١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣ / ٥٥٤-٥٥٥).

(٢) لم أجد هذا اللفظ في دواوين السنة، وذكره الزيلعي وقال بعده: «غريب بهذا اللفظ» (ينظر: نصب الراية: (٣ / ١٦٧))، كما ذكر العلائي لفظه، وقال بعده: «لم يثبت» (ينظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد: (ص ١٩٨-١٩٩))، وقد روي معناه بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، وصححه البيهقي والألباني. ينظر: السنن الصغير للبيهقي: (٣ / ٢١)، إرواء الغليل: (٦ / ٢٥٨-٢٦١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٣ / ٣٦٨-٣٦٩).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

بخلاف الأمة فإن منافع بضعها مملوكة فكان إقرار سيد أمة بالنكاح إقرارًا بما ملك^(١).

٤- أن الأصل عدم تصرف الوكيل بما وُكِّل به، فإنه عارض والأصل فيه العدم، فكان القول قول من ينفيه وهو الموكل^(٢).

٥- أن الوكيل يقر بحق على موكله، فلم يقبل، كما لو أقر بدين عليه، أو أبرأ من حق له^(٣).

ونوقش: بعدم التسليم بحكم المقيس عليه، فإن إقرار الوكيل بالدين أو الإبراء يصح بشروط وتفصيل عند الفقهاء^(٤).

٦- أن النكاح - كما سبق - لا ينعقد إلا بالشهادة، وعليه لا يتعذر إقامة البينة عليه، فلم يقبل قول الوكيل بلا بينة^(٥).

ونوقش: بأن عدم تعذر إقامة البينة على النكاح ليس معنى معتبرًا له أصل يمنع من قبول قول الوكيل وعليه لا يقبل^(٦).

٧- أن قول الموكل يقدم في هذه المسألة كما يقدم في الخلاف في الأصل الوكالة^(٧).

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٤-٢٦٥)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٤)، نهاية المحتاج: (٥/٥٩-٦٠)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٧)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٢).

(٣) ينظر: البيان؛ للعمراني: (٦/٤٦٢).

(٤) ينظر في ذلك: الشرح الكبير: (١٣/٤٤٤-٤٤٩، ٥٣٠)، الإحكام في التوكيل على الخصام؛ للشيخ: عبد الله آل خنين: (ص ٢٢٧-٢٣٨).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٥٤-٥٥٥). (٦) ينظر: المرجع السابق.

(٧) ينظر: الإنصاف: (١٣/٥٥٤-٥٥٥).

القول الثاني: أن المقدم قول الوكيل بيمينه، وهو قول صاحبين من الحنفية^(١)، ومذهب المالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الوكيل «أقر بعقد يملك إنشاءه فيصدق فيه من غير شهود كما لو أقر بتزويج أمته، ولا شك أنه أقر بعقد يملك إنشاءه؛ لأنه يملك إنشاء النكاح على الصغير والصغيرة والعبد ونحو ذلك، وإذا ملك إنشاءه لم يكن متهمًا في الإقرار فيصدق كالمولي إذا أقر بالفيء في مدة الإيلاء، وزوج المعتدة إذا قال في العدة راجعتك لما قلنا كذا هذا»^(٥).

- (١) ينظر: بدائع الصنائع: (٣/٣٦٨-٣٦٩).
- (٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٤/٢٧٣)، التبصرة: (٤/١٨٣٩)، وذلك بالنص على مقتضى تقديم قول الوكيل بلزوم النكاح وإجازته على الموكل، منح الجليل: (٣/٢٩٥)، والنص فيه على اختلاف المرأة مع وكيل وليها وفق ما ذكر في المسألة مع ادعاء الزوج له.
- (٣) ينظر: البيان؛ للعمراني: (٦/٤٦٢)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء؛ للقفال الشاشي: (٥/١٥٧-١٥٨)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٤-٢٦٥)، روضة الطالبين: (٤/٣٤٢)، نهاية المحتاج: (٥/٥٩-٦٠)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٧)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٢)، والنص فيها على أن التقديم باليمين، وذلك في اختلاف الموكل والوكيل في إتيان الوكيل التصرف المأذون فيه، فيدخل في عموم المسألة محل البحث خصوصًا أن المراجع الثلاثة الأولى نصت على تناقض أبي حنيفة أو استثنائه المسألة محل البحث من عموم تقديمه قول الوكيل.
- (٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٥٤-٥٥٥)، كشف القناع: (٣/٤٨٨)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٥).
- (٥) ينظر: بدائع الصنائع: (٣/٣٦٨-٣٦٩)، وينظر: البيان؛ للعمراني: (٦/٤٦٢)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٤-٢٦٥)، نهاية المحتاج: (٥/٥٩-٦٠)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٧)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).

٢- أن الوكيل مأذون له في التصرف ومؤتمن من قبل الموكل فيما ادعاه، فوجب على الموكل تصديق الوكيل، فكان قوله مقبولاً^(١).

٣- أن الوكيل هو المباشر للفعل، فكان أعرف من الموكل بما جرى على يديه^(٢).

٤- «أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به، فكان القول قوله، كما لو وكله في بيع ثوب، فادعى بيعه، أو في شراء عبد بألف، فادعى أنه اشتراه به»^(٣).

ويناقش: بالفرق بين المقيس عليه والمسألة محل البحث، وذلك بخطورة النكاح وعظيم أثره وما ينبنى عليه، إضافة إلى اشتراط الشهود في النكاح، وهذان الأمران غير موجودين في البيع والشراء المذكور، فكان ذلك مانعاً من القياس.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - تقديم قول الوكيل بيمينه؛ لما استدل به أصحاب القول الثاني، ما لم يضعف قوله بمعارضته الظاهر، كما لو مضت مدة طويلة على التوكيل، وكان بأجر، فقام الموكل وباشر عقد النكاح عليها، فادعى الوكيل حينها سبق عقده له عليها، فلا يقبل قوله إلا بينة ويكون القول قول الموكل لمعارضة الظاهر لما ادعاه الوكيل، واتهامه برغبته بتحصيل الأجر الموضوع له.

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٤-٢٦٥)، نهاية المحتاج: (٥/٥٩-٦٠)، تحفة

المحتاج: (٥/٣٤٧)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).

(٢) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٨٨).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٥٤-٥٥٥).

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة من وجهين:

الوجه الأول: لزوم عقد النكاح وثبوته في حق الموكل، فعلى القول بتقديم قول الوكيل يلزم النكاح ويثبت في حق الموكل، وعلى القول بتقديم قول الوكيل لا يثبت النكاح في حق الموكل ولا يلزمه^(١).

الوجه الثاني: لزوم طلاق المرأة المدعى العقد عليها، فعلى القول بتقديم قول الموكل يلزمه طلاقها؛ لإزالة الاحتمال، وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه، فأشبهه النكاح الفاسد، وعلى القول بتقديم قول الوكيل لا يلزمه طلاقها^(٢).

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذه المسألة هو أن المعتبر لقبول قول مدعي النكاح، هل هو ولاية العقد وملك المعقود عليه أو ولاية العقد فقط، فمن قال بأن المعتبر ولاية العقد وملك المعقود عليه قدم قول الموكل، ومن قال بأن ولاية العقد تكفي جعل القول المقدم قول الوكيل^(٣).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) ظاهر بين في هذه المسألة، ويظهر ذلك من وجهين:

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (٤/٢٧٣)، التبصرة: (٤/١٨٣٩)، الشرح الكبير:

(١٣/٥٥٤-٥٥٥)، كشف القناع: (٣/٤٨٨).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٥٤-٥٥٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٣/٣٦٨-٣٦٩).

الوجه الأول: أن الوكيل قبل قوله لأنه مأذون له في التصرف الذي ادعى حصوله بعقده النكاح الموكل فيه، فكان أميناً عليه من قبل الموكل فكان قوله مقدماً على قول الموكل.

الوجه الثاني: أن اعتبار قرينة: (الأمانة) في هذه المسألة لم يقتصر على مذهب واحد، بل نص على اعتبارها في ترجيح قول الوكيل الشافعية والحنابلة مما يدل على كثرة اعتبارها وسعة تطبيقها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر، فمن الأصول:

الأصل في الأمور العارضة العدم.

ومن الظواهر:

أن الإنسان أدري بما جرى على يديه.

الأمانة.

ورجح كل فريق من قوي جانبه عنده.

المطلب الثالث

اختلاف الوكيل والموكل في البيع وقبض الثمن، أو قبض الثمن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الوكيل المفوض والموكل في البيع وقبض الثمن، فقال الوكيل: «بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف»، فأنكر الموكل البيع، أو أقر الموكل بالبيع وأنكر قبض الوكيل الثمن، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن الوكيل يقدم قوله في البيع، ولا يقدم في قبض الثمن بل يكون القول المقدم فيه قول الموكل وهذا إذا لم يكن المبيع مسلمًا للوكيل، وأما إن سلم له، فالقول المقدم قول الوكيل بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٤٨٥).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٢/٢١٥، ١٩/٤٩، ٧٥، ٢٢/٥١، ٢٥/١١٩)، بدائع الصنائع:

(٧/٤٥٧-٤٥٨)، والنصوص في المرجع الأول على تقديم قول الوكيل بإطلاق أما

الثاني، فهو من تناول التفصيل الوارد في القول.

واستدلوا على تقديم قول الوكيل بالتالي:

١- أن الوكيل مسلط على البيع، وقبض الثمن، فكان قوله مقبولاً فيما سلط عليه^(١).

٢- أن الوكيل أمين على ما في يده من المبيع، فكان قوله مقبولاً بيمينه فيما تصرف فيه من أداء الأمانة التي أوّتمن عليها بالبيع وقبض الثمن^(٢).

وأما إذا لم يكن المبيع مسلماً له، فاستدلوا على تقديم قول الموكل في القبض بالتالي:

١- أن قول الوكيل إنما يقبل فيما أقرب به على نفسه، وإقراره بالقبض إقرار على غيره - لصالح المشتري على الموكل - فلا يقبل^(٣).

القول الثاني: أن المقدم قول الوكيل بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: المبسوط: (٤٩/١٩). (٢) ينظر: المرجع السابق: (٤٩/١٩، ٥١/٢٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٤٥٧/٧).

(٤) ينظر: النواذر والزيادات: (٢٧٧/٩)، الذخيرة: (١٧/٨)، التوضيح: (٤٠٦/٦)، منح الجليل: (٤٠١/٦)، وقيد (المفوض) الوارد في صورة المسألة وجدته عند المالكية، فقد فرقوا بين الوكيل المفوض والوكيل المخصوص بقبض الثمن، فقولهم قبول قول الوكيل مطلقاً في الوكيل المفوض، وأما الوكيل المخصوص بقبض الثمن فيقبل قوله في البيع دون القبض، فلا يبرأ المشتري بإقرار الوكيل بالقبض، ولا أجد فرقاً ظاهراً خصوصاً أن الوكيل المخصوص أقربها وكل به.

(٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٥٣٩/١٣-٥٤٠)، كشاف القناع: (٤٨٥/٣)، شرح المنتهى: (٥٣٥/٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الوكيل أمين وتتعذر عليه إقامة البينة على ذلك فلا يكلفها وكان قوله مقبولاً فيه بيمينه؛ كالمودع^(١).

٢- أن الوكيل يملك البيع والقبض فكان قوله مقبولاً فيه بيمينه؛ كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها^(٢).

القول الثالث: أن قول الموكل بيمينه مقدم ومقبول في قبض الثمن قبل تسليم المبيع للمشتري، أو إذا كان الثمن مؤجلاً، وأما إن كان بعد تسليم المبيع، أو كان الثمن حالاً فقول الوكيل مقدم بيمينه، وهو المذهب عند الشافعية^(٣).

واستدلوا على تقديم قول الوكيل فيما ذكر بالتالي:

١- أن الوكيل يملك البيع والقبض، ومن ملك شيئاً ملك الإقرار به، فكان قوله مقبولاً فيه بيمينه؛ كما يقبل قول ولي البكر في تزويجها^(٤).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٤٨٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٣٩-٥٤٠)، كشاف القناع: (٣/٤٨٥).

(٣) ينظر: حلية العلماء: (٥/١٥٧-١٥٨)، المهذب: (٣/٣٧٥-٣٧٦)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٦-٢٦٧)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٥)، نهاية المحتاج: (٥/٦١-٦٢)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٩)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٣)، والتفصيل المذكور هو في غير المرجعين الأولين، وهي المنفردة بالنص على المسألة بصورتها المذكورة، ولكن أطلق فيها القولان في تقديم قول الوكيل أو الموكل، وذكر في غالب المراجع - غير المرجعين الأولين - أن هذه طريق في حكاية الخلاف المذهب.

(٤) ينظر: المهذب: (٣/٣٧٥-٣٧٦).

٢- أن الموكل ينسب الوكيل إلى الخيانة قبل قبض الثمن، ولزوم الضمان، والوكيل ينكر، والأصل عدمها فكان قول الوكيل مقدماً؛ أشبه ما إذا قال الموكل: طالبتك برد الثمن الذي دفعته إليك، أو بثمان المبيع الذي قبضته، فامتنعت مقصراً إلى أن تلف، فقال الوكيل: لم تطالبني، ولم أكن مقصراً، فإن القول قوله^(١).

وأما على تقديم قول الموكل، فاستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل بقاء حق الموكل وعدم قبض الثمن؛ إذ لم يوجد تسليم للمبيع، فكان القول المقدم قول من يتمسك بهذا الأصل، وهو الموكل^(٢).

٢- أن الموكل أذن في التسليم قبل قبض الثمن، أو أذن في البيع بثمان مؤجل، وتنازعا في القبض بعد الأجل، فهاهنا لا يكون الوكيل خائناً بالتسليم قبل القبض، ويكون الاختلاف كالاختلاف قبل التسليم، فيقدم فيه قول الموكل كما يقدم قبل التسليم^(٣).

القول الرابع: أنه لا يقبل قول الوكيل، ويكون القول المقدم قول الموكل

بيمينه، وهو وجه عند الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٦)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٥)، نهاية المحتاج: (٥/٦١-٦٢).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٦١-٦٢)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٩)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٣).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٦-٢٦٧).

(٤) ينظر: حلية العلماء: (٥/١٥٧-١٥٨)، المهذب: (٣/٣٧٥-٣٧٦)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٦)، نهاية المحتاج: (٥/٦١-٦٢)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٣).

(٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٣٩-٥٤٠).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن دعوى الوكيل إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن فلم يقبل؛ كما لو أقر عليه أنه باع ماله على رجل وقبض ثمنه^(١).
- ٢- أن الأصل بقاء حق الموكل على المشتري وعدم قبض الوكيل الثمن، فكان القول المقدم قول الموكل لتمسكه بهذا الأصل^(٢).
- ٣- أن الوكيل يقرب بحق لغيره على موكله، فلم يقبل، كما لو أقر بدين عليه^(٣).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الثاني بقبول قول الوكيل مطلقاً؛ وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول؛ وأما ما استدل به غيرهم؛ فإن الوكيل مفوض من الموكل بالبيع وقبض الثمن؛ فأقر بما يملكه، ولا يؤثر على ذلك كون السلعة تحت يده أم لا أو أن السلعة سلمت للمشتري أو لم تسلم؛ لأن البيع انعقد بالإيجاب والقبول، وأما غيره فمن لوازم البيع ومقتضياته، فالتسليم يكون مصدقاً للوكيل لكن عدمه لا يكون مكذباً له، وأما براءة المشتري وسقوط المطالبة في مواجهته فهي تابعة لتصديق الوكيل بقبض الثمن، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

(١) ينظر: المهذب: (٣/٣٧٥-٣٧٦).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٦-٢٦٧)، نهاية المحتاج: (٥/٦١-٦٢)، تحفة

المحتاج: (٥/٣٤٩)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٣).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٣٩-٥٤٠).

وكل ما سبق ما لم يكن المشتري ممن لا تقبل شهادة الوكيل له ويكون متهمًا في الادعاء بما ذكر ليبرأه من الثمن، فلا يقبل قول الوكيل بقبض الثمن منه.

ثمرة الخلاف:

إن للخلاف المذكور ثمرة تظهر من وجهين:

الوجه الأول: أنه على القول بتقديم قول وكيل في البيع وقبض الثمن، فإنه تبرأ ذمة المشتري ولا يكون للموكل مطالبتة، وأما إذا لم يُصدق الوكيل في قبض الثمن فيكون للموكل الرجوع على المشتري بالثمن، ويكون المشتري بالخيار إما أن ينقد الثمن مرة أخرى للموكل، وإما أن يفسخ البيع، ويرجع في الحالين على الوكيل بما نقده^(١).

الوجه الثاني: أنه على القول بتقديم قول الوكيل، فإنه يبرأ من ضمان الثمن والمبيع؛ لأنه أمين^(٢)، وأما على القول بتقديم قول الموكل، فلعل ذلك يقتضي ألا يبرأ الوكيل من ضمان السلعة؛ لأنه قبضها ولم يثبت تصرفه فيها.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع لأمرين:

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٧/٤٥٧-٤٥٨)، الذخيرة: (٨/١٧)، التوضيح: (٦/٤٠٦)، منح الجليل: (٦/٤٠١)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٦-٢٦٧)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٥)، نهاية المحتاج: (٥/٦١-٦٢)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٩)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٣) على خلاف عند الشافعية.

(٢) ينظر: الذخيرة: (٨/١٧)، التوضيح: (٦/٤٠٦)، منح الجليل: (٦/٤٠١).

الأمر الأول: هو الخلاف في تأثير حيازة المبيع وتسليمه على ترجيح قول الوكيل، فعلى القول بتأثيرها كان تقديم قول الوكيل متأثراً بها وجوداً وعدمًا، وعلى القول بعدم تأثيرها كان الترجيح لغيرها.

الأمر الثاني: هو أن دعوى الوكيل هل هي إقرار بسقوط حق غيره، فلا تتعدى ولا تقبل على الموكل، وإنما تقبل على الوكيل نفسه فقط، أو هي إقرار بما وكل فيه وخوّل له فكان قوله مقبولاً فيه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة بين ظاهر، وذلك من أوجه:

الوجه الأول: أن عمدة من استدلت لتقديم قول الوكيل؛ أنه أمين مأذون له في التصرف فكان قوله مقدمًا، ويظهر ذلك من خلال الدليل الثاني للقول الأول، والدليل الأول للقول الثاني، والدليل الثاني للقول الثالث.

الوجه الثاني: أن أعمال قرينة: (الأمانة)، والاستدلال بها على ترجيح قول الوكيل لم يقتصر على مذهب واحد بل عم ذلك المذاهب الأربعة كما يظهر ذلك مواضع استدلالهم الواردة في الوجه السابق، وذلك مما يدل على أهميتها وسعة أعمالها.

الوجه الثالث: أن الاستدلال بها ليس على طريق واحدة بل تنوع، فاستدل بها مباشرة كما في الدليل الثاني للقول الأول، والدليل الأول للقول الثاني، واستدل على أن الأصل بقاؤها واتصاف الوكيل بها كما في الدليل الثاني للقول الثالث.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر، فمن الأصول: الأصل بقاء ما كان على ما كان، الإنكار، الأصل في الأمور العارضة العدم.

ومن الظواهر: تسليم المبيع للمشتري، تسليم المبيع للوكيل، الأمانة، أن
من ملك شيئاً ملك الإقرار به.
ورجح كل فريق من رأى جانبه أقوى.

المطلب الرابع

الاختلاف مع الوكيل في التفريط والتعدي^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الوكيل مع الموكل في تفريط الوكيل أو تعديه في تلف العين التي قبضها، فقال الموكل: «إنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك، أو فرطت في حفظها، أو لبست الثوب» ونحو ذلك، مما يؤدي إلى تلف المال أو قال الموكل: «أمرتك برد المال فلم تفعل» ونحو ذلك، وأنكرها الوكيل، وادعى أن الهلاك من غير تعد ولا تفريط منه، وخلا قولهما عن بيعة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اتفق الفقهاء^(٢) رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في الجملة أن القول المقدم قول الوكيل بيمينه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٤٨٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (٧/٤٥٥، ٤٥٧)، التبصرة: (١٠/٤٦٣٦، ٤٦٤٤)، شرح التلقين: (٢/٨٤٨-٨٤٩)، منح الجليل: (٣/٥٠٢، ٦/٤٠١)، الحاوي الكبير: (٦/٥٣٠-٥٣١)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٥)، مغني المحتاج: (٢/٥١٤، ٣/٢٦٢)، (٤/١٤٢)، الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٣٧-٥٣٨)، كشاف القناع: (٣/٤٨٥)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٥)، الاختلاف بين المتعاقدين في الوديعة والوكالة: (ص ١٢٢)، =

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان - الذي يدعيه الموكل عليه بالتعدي والتفريط - عن نفسه^(١)؛ لأن الغالب أن الصدق في جهته؛ إذ ليس يتهم في حبس المال أو تركه دون رده، وهو لا ينتفع بذلك^(٢).
- ٢- أن الموكل يدعي على الوكيل ما يوجب ضمانه وشغل ذمته، والوكيل يتمسك ببرائها ذلك، فكان القول المقدم قوله؛ لأن الأصل براءة الذمة^(٣).
- ٣- أن الأصل أمانة الوكيل باستئمان الموكل، والموكل يدعي حدوث الخيانة، والوكيل ينكرها، فلم تقبل دعوى الموكل^(٤)، وكان القول المقدم قول الوكيل؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.
- ٤- أن عدم التعدي والتفريط مما يتعذر إقامة البينة عليه فلم يكلف الوكيل ذلك^(٥).

- = وأكثر مراجع التوثيق - في غير الحنابلة - في هذه المسألة نصت على صور استدلال لتقديم قول الوكيل ونحوه بأن قوله مقدم في نفي الضمان عن نفسه، أو بأنه أمين فيقبل قوله في نفي الخيانة المدعاة ونحو ذلك، وفي بعضها خلاف، ولأجل ذلك عبرت بـ (في الجملة)؛ كما عبر به في الإنصاف: (١٣/٥٣٧-٥٣٨).
- (١) ينظر: بدائع الصنائع: (٧/٤٥٥، ٤٥٧)، الشرح الكبير: (١٣/٥٣٧-٥٣٨)، كشاف القناع: (٣/٤٨٥) شرح المنتهى: (٣/٥٣٥).
 - (٢) ينظر: التبصرة: (١٠/٤٦٤٤)، مغني المحتاج: (٢/٥١٤).
 - (٣) ينظر: شرح التلقين: (٢/٨٤٨-٨٤٩)، كشاف القناع: (٣/٤٨٥).
 - (٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٣٠-٥٣١)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٥).
 - (٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٣٧-٥٣٨) شرح المنتهى: (٣/٥٣٥).

٥- أن الموكل يدعي على الوكيل التعدي والتفريط، والوكيل ينكر، فكان القول المقدم قوله؛ لأنه منكر^(١).

٦- أنه لو لم يقبل قول الوكيل في نفي التعدي والتفريط لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها، فكان قبول قول الوكيل درءاً لهذه المفسدة^(٢).

٧- أن الوكيل نائب المالك فكان قوله مقبولاً في نفي التعدي والتفريط أشبه المودع^(٣).

والذي يظهر - والله أعلم - : هو أن الأمر يدور مع التهمة، فإن كان الوكيل متهمًا لم يقبل قوله في نفي التعدي والتفريط، وإلا فالأصل قبول قول يمينه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن اثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة ظاهر بين، وذلك من وجوه:

الوجه الأول: دلالتها الظاهرة على ترجيح قول الوكيل لأنه مؤتمن من الموكل، وقبض العين بإذنه، فكان قوله مقبولاً عليه في مقتضى الاستئمان.

الوجه الثاني: اتفاق المذاهب الأربعة على الأخذ بها في هذه المسألة كما يظهر ذلك من الدليل الأول، فلم يقتصر اعتبارها في هذه المسألة على مذهب واحد مما يدل على أهمية هذه القرينة وسعة تطبيقها.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٣٧-٥٣٨).

(٢) ينظر: شرح المنتهى: (٣/٥٣٥).

(٣) ينظر: الاختلاف بين المتعاقدين في الوديعة والوكالة: (ص ١٢٢-١٢٣).

الوجه الثالث: أن الاستدلال بها ليس على طريق واحدة بل تنوع، فاستدل بها مباشرة كما في الدليل الأول، واستدل على أن الأصل بقاؤها واتصاف الوكيل بها كما في الدليل الثالث.

المطلب الخامس

اختلاف رب المال مع الوكيل أو المضارب في الإذن بصفة في البيع أو الشراء أو اختلفا في صفة الإذن^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

ادعى الوكيل على الموكل الإذن له بالبيع بصفة؛ كالبيع بثمن مؤجل، أو الإذن بالبيع بغير نقد البلد أو بعرض ونحو ذلك، فأنكر الموكل الإذن المدعى، أو اختلفا في صفة الإذن بأن قال الوكيل: «وكلتني في شرائه بعشرة»، فقال الموكل: «بل بخمسة»، أو ادعى الوكيل: «وكلتني في شراء عبد»، فقال الموكل: «بل وكلتك في شراء أمة»، أو قال الوكيل: «وكلتني أن أبيعه من زيد»، فقال الموكل: «بل من عمرو»، أو قال الموكل: «أمرتك ببيعه نسيئة برهن أو ضامن»، وأنكر الوكيل ذلك، ونحوه من الصور، وخلا قولهما عن بيعة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٨٦/٣)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٧-٥٣٨).

القول الأول: أن القول المقدم قول الموكل بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(١)،

والشافعية^(٢)، ووجه عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الوكالة مستفادة من الموكل فكان القول قوله في صفتها^(٤).
- ٢- أن الإذن بما ادعاه الوكيل طارئ، والأصل عدمه، فكان القول المقدم قول من ينكر وهو الموكل^(٥).
- ٣- أن من جعل القول قوله في أصل التصرف كان قوله المقدم في صفته وكيفيته؛ كالزوجين إذا اختلفا في عدد الطلاق كان المقدم قول الزوج؛ لأن قوله مقدم في أصله^(٦).

(١) ينظر: تبين الحقائق: (٤/٢٦٨)، البناية: (٩/٢٦٠)، فتح القدير (٨/٦٥)، حاشية ابن عابدين: (٨/٢٥٥).

(٢) ينظر: المهذب: (٣/٣٧٥)، الحاوي الكبير: (٦/٥٢١)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٠-٢٦١)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٢)، نهاية المحتاج: (٥/٥٦-٥٧)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٣)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٠).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٤٤-٥٤٦).

(٤) ينظر: تبين الحقائق: (٤/٢٦٨)، البناية: (٩/٢٦٠)، فتح القدير (٨/٦٥).

(٥) ينظر: المهذب: (٣/٣٧٥)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٠-٢٦١)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٢)، نهاية المحتاج: (٥/٥٦-٥٧)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٣)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٠).

(٦) ينظر: المهذب: (٣/٣٧٥)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٠-٢٦١)، الشرح الكبير: (١٣/٥٤٤-٥٤٦).

٤- أن الوكيل في هذه الدعوى بمثابة مدعي عقد الوكالة، ومدعي الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها^(١)، والقول المقدم قول من ينفيا وهو الموكل، فكذلك هنا.

٥- أن الإذن صادر من الموكل فكان أعرف بحال الإذن الصادر منه^(٢).

٦- «أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل، فكان القول قول من ينفيه؛ كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره»^(٣).

القول الثاني: أن القول المقدم قول الموكل يمينه ما لم تفت السلعة أو الثمن، فيكون القول المقدم قول الوكيل يمينه ما لم يدع ما يستنكر، وهو مذهب المالكية^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن قول الموكل قدم فيما ذكر؛ لأنه مدعى عليه انشغال ذمته بما يدعيه الوكيل فكان القول المقدم قوله؛ لأن الأصل براءة الذمة^(٥).

٢- أن قول الوكيل قدم فيما ذكر؛ لأمرين:

أ- أنه ادعى ما يشبه أن يكون موكلاً فيه، فكان القول المقدم قوله^(٦).

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٢١).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٠-٢٦١)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٢)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٠). (٣) الشرح الكبير: (١٣/٥٤٤-٥٤٦).

(٤) ينظر: التبصرة: (١٠/٤٦٤٢-٤٦٤٣)، شرح التلقين: (٢/٨٥٥)، التوضيح: (٦/٤١٦)، منح الجليل: (٦/٤٠٧-٤٠٨)، وفي الأول والأخير من المراجع تفصيل في خلاف المالكية في بعض صور المسألة فراجع.

(٥) ينظر: التوضيح: (٦/٤١٦). (٦) ينظر: التبصرة: (١٠/٤٦٤٢-٤٦٤٣).

ب- أن الوكيل عند فوات الثمن أو السلعة مدعى عليه الضمان، فكان القول المقدم قوله^(١)؛ لأن الأصل براءة الذمة.

القول الثالث: أن المقدم قول الوكيل يمينه، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن الوكيل أمين في التصرف، فكان القول قوله في صفته، كالخياط يقدم قوله إذا ادعى قائلاً: «أذنت لي في تفصيله قباءً». فقال المالك: «بل قميصاً»^(٣).

ونوقش: بالفرق بين المسألة محل البحث وبين الاختلاف بين الخياط ومالك الثوب المذكور؛ بأن المالك هناك يريد إلزام الخياط الأرش، والأصل عدمه وهاهنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة، وإن لزمه الثمن، بحكم إطلاق البيع على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في ثمرة الخلاف^(٤).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر فيما احتف بخلافهما من قرائن حالية، كما لو كان العرف جرى أن السلعة لا تباع إلا بأجل، أو كان لا يمكن بيع السلعة أو شرائها بما أراده الموكل من ثمن - وظهر أنه المقصود الأهم

(١) ينظر: منح الجليل: (٦/٤٠٧-٤٠٨).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٤٤-٥٤٦)، كشف القناع: (٣/٤٨٦)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٧-٥٣٨).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/٥٤٤-٥٤٦)، كشف القناع: (٣/٤٨٦)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٧-٥٣٨)، وقد سبقت دراسة المقيس عليه في المطلب الثاني من الفصل الثالث من الباب الأول: اختلاف الخياط والمستأجر في صفة الإذن.

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٠-٢٦١).

للموكل - إلا على الصفة التي ادعاها الوكيل، أو كان ما ادعاه الموكل مستنكراً لا يشبه ونحو ذلك مما يؤيد قول الوكيل ويرجح جانبه، فيقدم قول الوكيل بيمينه، وعلى الضد من ذلك ما لو كان ظاهر الحال لصالح الموكل فقوله مقدم بيمينه، وأما إن خلت الواقعة من شاهد حال يشهد لأحد الجانبين، فإن القول المقدم قول الوكيل بيمينه إذا كانت السلعة فائتة، وذلك لما استدل به أصحاب القول الثالث والقول الثاني، وأما المناقشة الواردة على دليل القول الثالث، فإنه على القول بتقديم قول الموكل سيكون الوكيل ضامناً وتشغل ذمته سواء أكان شغل ذمته بالأرش أو بالثمن للمشتري، والوكيل أمين مأذون له ومؤتمن فكان القول المقدم قوله فيما أوتمن عليه، وفيما يدفع به الضمان عن نفسه، خصوصاً إذا كان الوكيل متبرعاً، وأما إن كانت السلعة أو الثمن لم يفت فيتوجه القول بتقديم قول الموكل ويفسخ التصرف، وتعود الحال ما كانت ما لم يحصل ضرر على المتعامل مع الوكيل في الفسخ، أو كان له مقصود في التعامل مع الموكل دون الوكيل، فيقدم قول الوكيل ويمضى التصرف، وأما إذا لم يكن له قصد في التعامل مع الموكل ويمكن إكمال العقد مع الوكيل، فيلزم الوكيل به.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف السابق من خلال لزوم العقد وصحته أو بطلانه، وذلك:

أنه على القول بتقديم قول الموكل، فقد اختلف أصحاب هذه القول في ثمرته، فعند الحنفية يلزم الوكيل العقد، ولا يكون للموكل به علاقة^(١)، وأما عند الشافعية^(٢) ففيه تفصيل:

في التوكيل في الشراء إما أن يكون التعاقد بعين مال الموكل أو في الذمة: فإن كان بعين مال الموكل، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له، فالعقد باطل؛ لأن المال في يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء، فيقبل إقراره فيه، وحيث أن يكون العقد واقعاً بمال الغير وقد ثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل، فيلغو، فإن لم يذكره في العقد وقال بعد الشراء: إني اشتريت له، فإن صدقه البائع، فالعقد باطل أيضاً، وإذا أبطل الشراء كان المعقود عليه باقياً على ملك البائع، وعليه رد ما أخذه، وإن كذبه البائع، وقال: «إنما اشتريت لنفسك، والمال لك» حلف على نفي العلم بالوكالة، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر، وسلم الثمن المعين إلى البائع، وغرم الوكيل مثله للموكل.

وإن كان الشراء في الذمة، نظر إن لم يسم الموكل، ولكن نواه كانت الجارية للوكيل، والشراء له ظاهراً، وإن سماه، فإن صدقه البائع بطل الشراء، لاتفاقهما على كونه للغير، وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه وإن كذبه البائع، وقال: أنت مبطل في تسميته، فهل يلزم الشراء الوكيل، ويكون كما لو اقتصر

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٢٦٨)، البناية: (٩/٢٦٠)، فتح القدير (٨/٦٥).

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/٢٦٠-٢٦٤)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٢-٢٨٤)،

مغني المحتاج: (٣/٢٦٠-٢٦٢).

على النية، أو يبطل الشراء من أصله؟ فيه وجهان: والأظهر عندهم صحته ووقوعه للوكيل ظاهرًا.

وأما التوكيل في البيع وكان الخلاف في الإذن بتأجيل الثمن: فلا يخلو إما أن ينكر المشتري الوكالة، أو يعترف بها:

الحال الأولى: أن ينكر الوكالة، أو يقول: إنما عرفت البائع مالكا، فالموكل يحتاج إلى البيعة، فإن لم تكن بيعة، فالقول قول المشتري على نفي العلم بالوكالة، فإن حلف قرر المبيع في يده، وإلا ردت على الموكل؛ فإن حلف حكم بطلان البيع، وإلا فهو كما لو حلف المشتري، ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري لا يمنعه من الحلف على التوكيل، فإذا حلف عليه، فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع، أو مثله إن كان مثليا، والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الأجل، مؤاخذا له بموجب تصرفه، فإذا حل نظر إن رجع الوكيل عن قوله الأول، وصدق الموكل، فلا يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن، أو القيمة؛ لأنه إن كان الثمن أقل، فهو موجب عقده وتصرفه، فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير، وإن كانت القيمة أقل، فهو الذي غرمها، فلا يرجع إلا بما غرم؛ لأنه قد اعترف آخرًا بفساد العقد، فإذا لم يرجع وأصر على قوله الأول، فيطالبه بالثمن بتمامه، وإن كان مثل القيمة، أو أقل، فذاك، وإن كان أكثر، فالزيادة في يده للموكل ينكرها، فيحفظها، أو يلزم دفعها إلى القاضي فيه خلاف.

الحال الثانية: أن يعترف المشتري بالوكالة، إن صدقه الموكل، فالبيع باطل، وعليه رد المبيع إن كان باقيا، وإن تلف، فالموكل بالخيار إن شاء غرم الوكيل لتعديده، وإن شاء غرم المشتري لتفرع يده عن يد مضمونه، وقرار

الضمان على المشتري لحصول الضمان في يده. نعم يرجع بالثمن الذي دفعه على الوكيل لخروج المبيع مستحقاً، وإن صدق الوكيل، فالقول قول الموكل، فإن حلف أخذ العين، وإن نكل حلف المشتري، وبقيت له.

وأما على الوجه عند الحنابلة^(١) فقريب من قول الشافعية، وقولهم في الوجه المذكور:

لا يخلو؛ إما أن يكون الشراء بعين المال، أو في الذمة؛ فإن كان بعين المال، فالبيع باطل، ويرد المبيع على البائع إن اعترف بذلك، وإن كذبه في الشراء لغيره، أو بمال غيره بغير إذنه، فالقول قول البائع، فلو ادعى الوكيل علمه بذلك، حلف أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله، فإذا حلف مضى البيع، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله، ودفع الثمن إلى البائع، وتبقى الجارية في يده.

وإن اشتراها في الذمة، ثم نقد الثمن، فالبيع صحيح، ويلزم الوكيل في الظاهر، فأما في الباطن؛ فإن كان كاذباً في دعواه، فالجارية له، وإن كان صادقاً، فالجارية لموكله.

وأما التوكيل في البيع وكان الخلاف في الإذن بتأجيل الثمن:

فإن كذب الموكل الوكيل والمشتري، فيحلف الموكل، ويرجع في العين إن كانت قائمة، وإن كانت تالفة، رجع بقيمتها على من شاء منهما، فإن رجع على المشتري، رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه؛ لأنه لم يسلم له المبيع، وإن ضمن الوكيل، لم يرجع على المشتري في الحال؛ لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن، وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه، وأنه إنما

(١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣ / ٥٤٤ - ٥٥٠).

يستحق المطالبة بالثمن بعد الأجل، فإذا حل الأجل، رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من القيمة أو الثمن المسمى؛ لأن القيمة إن كانت أقل، فما غرم أكثر منها، فلم يرجع بأكثر مما غرم، وإن كان الثمن أقل، فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه، وأن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن، فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل. وإن كذبه أحدهما دون الآخر، فله الرجوع على المصدق بغير يمين، ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه. هذا إن اعترف المشتري بالوكالة، وإن أنكر ذلك، وقال: إنما بعثني ملكك، فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلًا ولا يُرجع عليه بشيء.

وأما على القول الثاني: فإذا كانت السلعة أو الثمن باقية فيحلف الموكل ويأخذ سلعته أو ثمنه ويفسخ البيع، وإن فاتت غرم الموكل الثمن أو القيمة^(١).
وأما القول الثالث: فمقتضاه صحة العقد ولزومه للموكل على الصفة التي ادعاها الوكيل.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو التعارض بين كون الوكيل أمينًا يقبل قوله في دفع الضمان عن نفسه، وبين أن الأصل في الأمور العارضة العدم، ومنها الإذن الذي يدعيه الوكيل، فمن قال بترجيح قول الموكل رأى أن الأصل في الأمور العارضة العدم أقوى من كون الوكيل أمينًا، ومن رأى أن

(١) ينظر: التبصرة: (١٠/٤٦٤٢-٤٦٤٣)، منح الجليل: (٦/٤٠٧-٤٠٨)، وفيها أيضًا تفاصيل تراجع في المرجعين المذكورين.

الوكيل أمين مأذون له في التصرف والأصل براءة ذمته فكان القول المقدم قوله، ومن رأى أن الظاهر لها مدخل في ترجيح أحدهذين الأمرين رجح وفقه.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة من وجهين:

الوجه الأول: أن الوكيل أمين تصرف بإذن الموكل، فكان قوله مقبولاً في بيان صفة التصرف المأذون فيه خصوصاً أن به يدفع الضمان عن نفسه، وبهذا تكون (الأمانة) رجحت جانب الوكيل.

الوجه الثاني: أنها عمدة القائلين بتقديم قول الوكيل مطلقاً فقد اقتصر وا عليها في الاستدلال.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فمن الأصول: الأصل في الأمور العارضة العدم، الأصل براءة الذمة، الإنكار.

وأما الظواهر: ظاهر الحال، الأمانة.

ورجح أصحاب كل قول من قوي جانبه عندهم.

المطلب السادس

اختلاف الوكيل والموكل في رد العين أو ثمنها إلى الموكل إذا كان الوكيل متبرعاً^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف الوكيل المتبرع والموكل في رد العين التي وكل فيها أو في رد ثمنها، فادعى الوكيل ردها على الموكل، وأنكر الموكل ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤٨٥/٣)، ونصها: «(وإن اختلفا في رد عين) وكل فيها (أو) في رد (ثمنها إلى موكل فقول وكيل مع يمينه إن كان) الوكيل (متبرعاً) بعمله لأنه قبض المال لنفع مالكة فقط فقبل قوله فيه، كالوصي والمودع المتبرع»، وبه يظهر عدم النص صراحة على قرينة: (الأمانة)، ولكن ما نص عليه من أن علة تقديم قول الوكيل: هو أنه قبض المال لنفع مالكة فقط هو في حقيقته تعليل واستدلال بقرينة الأمانة، وذلك لأنه أحد أنواع الأمانة. ينظر في ذلك: الحاوي الكبير: (٦/٥٢٠-٥٢١)، الشرح الكبير: (١٣/٥٤٢-٥٤٣)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/١١١٩).

القول الأول: أن المقدم قول الوكيل بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمشهور من مذهب المالكية^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- قوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ﴾^(٥).

وجه الاستدلال: أن الله عَزَّوَجَلَّ أمر برد الأمانة إلى الذي أعطى الأمين، ولم يأمر بالإشهاد مما يدل على أن قوله مقبول بلا بينة؛ إذ لو لم يكن قوله مقبولاً إلا ببينة لأمره بالإشهاد؛ كما أمر أولياء الأيتام وأوصياءهم عند دفع الأموال إليهم^(٦).

٢- أنه أمين مأذون له في التصرف، قبض العين لمصلحة موكله فقط، فكان قوله مقبولاً في ردها أو رد ثمنها عليه؛ كالمودع^(٧).

(١) ينظر: المبسوط: (١٠/١٩)، بدائع الصنائع: (٧/٤٥٧-٤٥٨)، حاشية ابن عابدين: (٢٧٣/٨).

(٢) ينظر: النواذر والزيادات: (٩/٢٧٧)، الذخيرة: (٨/١٧، ١٨)، التوضيح: (٦/٤٠٧-٤٠٨)، منح الجليل: (٦/٤٠٢-٤٠٤)، وأشار في المرجع الأخير إلى قول بعدم قبول قول الوكيل إذا قبض بينة إلا ببينة.

(٣) ينظر: المهذب: (٣/٣٧٧-٣٧٨)، الحاوي الكبير: (٦/٥٢٢)، روضة الطالبين: (٤/٣٤٢)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٤)، نهاية المحتاج: (٥/٦٠)، تحفة المحتاج: (٥/٣٤٧)، مغني المحتاج: (٣/٢٦٢-٢٦٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/٥٤١-٥٤٢)، كشف القناع: (٣/٤٨٥)، شرح المنتهى: (٣/٥٣٦).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٨٣). ينظر: منح الجليل: (٦/٤٠٢).

(٦) ينظر: المبسوط: (١٠/١٩)، بدائع الصنائع: (٧/٤٥٧-٤٥٨)، الذخيرة: (٨/١٨)، منح الجليل: (٦/٤٠٢-٤٠٤)، المهذب: (٣/٣٧٧-٣٧٨)، أسنى المطالب: =

٣- أنه لو لم يقبل قول الوكيل لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات، فيلحق بالناس ضرر^(١).

٤- أن الوكيل لما أقامه الموكل فيما وكل فيه مقام نفسه وجب أن يكون قوله مقبولاً على الموكل؛ كقول الموكل على نفسه^(٢).

القول الثاني: أن الخلاف إن كان قريباً من التسليم بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل، وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جداً قدم قول الوكيل، ولم يكن عليه يمين، وهو قول عند المالكية^(٣).

ويستدل لهم: بدلالة ظاهر الحال، فإن العادة والعرف على عدم رد العين أو ثمنها بعد أيام يسيرة، وأما بعد المدة الطويلة نحو الشهر، فهذا يدل على أن الوكيل إما أنه تصرف فيما وكل فيه أو أنه أرجعها إلى الموكل بدلالة ظاهر الحال، وتكون عليه اليمين لاحتمال صدق الموكل، وأما مع المدة الطويلة جداً فهنا لا يحتمل صدق الموكل، فيقبل قوله بلا يمين.

= (٢/ ٢٨٤)، نهاية المحتاج: (٥/ ٦٠)، تحفة المحتاج: (٥/ ٣٤٧)، مغني المحتاج: (٣/ ٢٦٢-٢٦٣)، الشرح الكبير: (١٣/ ٥٤١-٥٤٢)، كشاف القناع: (٣/ ٤٨٥)، شرح المنتهى: (٣/ ٥٣٦).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/ ٥٤٢-٥٤٣).

(٢) ينظر: المرجع السابق: (٦/ ٥٢٠-٥٢١).

(٣) ينظر: الذخيرة: (٨/ ١٨)، بداية المجتهد: (٤/ ١٠٩)، التوضيح: (٦/ ٤٠٧-٤٠٨)، منح الجليل: (٦/ ٤٠٢-٤٠٤)، وهناك تفصيل وأقوال أخرى تنظر في المراجع السابقة باستثناء بداية المجتهد.

القول الثالث: أن المقدم قول الموكل، وهو قول منسوب إلى المالكية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**»^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** جعل قول المنكر مقدماً وأن على المدعي البينة، والوكيل أقر بقبض ما وكل فيه، وادعى ردها أو رد ثمنها إلى الموكل، والموكل ينكر ذلك فكان قوله مقدماً^(٤).

ونوقش: بأن هذا القول وإن كانت فيه قوة إلا أنه تضييقاً على الناس؛ إذا يؤدي إلى امتناع الناس عن قبول الأمانات؛ لأنه يصعب إقامة البينة على الرد لا سيما في الأشياء المتكررة وغير الثمينة^(٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أن المقدم قول الوكيل بيمينه؛ لما استدل به أصحاب القول الأول؛ لأن الوكيل محسن؛ وقد قال تعالى: ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**﴾^(٦) ما لم يظهر خلافه نحو: أن يجري بخلافه العرف في مثل ما وكل به الوكيل، فإن كان ما وكل فيها لا يرد هو أو ثمنه إلا ببينة نحو الحوالة المصرفية أو الشيك المصدق - خصوصاً مع ضخامة المبلغ - ونحو

(١) ينظر: بداية المجتهد: (٤/١٠٩)، ولم أصرح بنسبته للمالكية لما قيل في أصالة العزو إلى بداية المجتهد في أقوال المالكية.

(٢) ينظر: الإنصاف: (١٣/٥٤٢). (٣) سبق تحريجه.

(٤) ينظر: الدرر السنية في الأجوبة النجدية: (٦/٢٩٥-٢٩٦).

(٥) ينظر: الاختلاف بين المتعاقدين في الوديعة والوكالة: (ص ١٢٩).

(٦) سورة التوبة، الآية (٩١).

ذلك من يقوي جانب الموكل ويضعف جانب الوكيل، فهنا لا يقبل قول الوكيل إلا ببينة.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف -والله أعلم- هي تضمين الوكيل العين التي قبضها، وإلزامه بردها أو رد ثمنها للموكل، فعلى القول بتقديم قول الموكل يكون على الوكيل ضمان ما قبضه، وعلى القول بتقديم قول الوكيل في الرد لا يلزمه شيء، وأما على التفصيل فحيث قدم قول الموكل فعلى الوكيل الضمان، وحيثما قدم قول الوكيل فلا ضمان على الموكل.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو أن وصف الوكيل بأنه متبرع وأمين هل يصح أن يكون سبباً لتقديم قول الوكيل أو لا يصح، فعلى القول بتأثيره يقدم قول الوكيل وعلى القول بعدم تأثيره يرجع إلى الأصل بتقديم قول المنكر، وهو الموكل.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن لقرينة: (الأمانة) أثراً ظاهراً على هذه المسألة ويظهر ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الوكيل المتبرع أمين محض قبض العين لمصلحة الموكل فقط، فكان قوله مقبولاً في ردها أو رد ثمنها إليه، وهو عين الاستدلال بهذه القرينة.

الوجه الثاني: أن الاستدلال بهذه القرينة في هذه المسألة لم يقتصر على مذهب واحد؛ فقد استدل بها أصحاب المذاهب الأربعة على ترجيح قول

الوكيل في هذه المسألة، وذلك بالاستدلال بها بذكر نصها أو الاستدلال بها بذكر قسم من أقسامها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصل وظواهر:

فأما الأصل فهو: الإنكار، وأما الظواهر، فهي: الأمانة، دلالة التقادم على ظاهر الحال.

المبحث الرابع
أثر قرينة: (الأمانة) في باب الشركة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلاف رب المال مع العامل في قدر الربح.

المطلب الثاني: الاختلاف مع المضارب في الربح ثم خسارته.

المطلب الأول

اختلاف رب المال مع العامل في قدر الربح^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف العامل في المضاربة ورب المال في قدر الربح، فقال العامل: «الربح ألف فقط»، وقال رب المال: «بل الربح ألفان»، أو بالعكس، ونحو ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول المقدم قول العامل إن أشبه، وإلا رد إلى ما يشبهه، وهو مذهب المالكية^(٢).

ويستدل لهم: بدلالة الظاهر والعرف على صدق العامل إن ادعى ما يشبهه، فيكون أقرب إلى الواقع، وإن لم يدع ما يشبهه رد إليه لأنه علامة على حقيقة الأمر، وكان خلافه دليلاً على كذبه.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٣).

(٢) ينظر: التبصرة: (١١/٥٣٠٤)، الذخيرة: (٦/٥٣).

القول الثاني: أن القول المقدم قول العامل بيمينه، وهو مذهب الشافعية^(١)،
والصحيح من مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن العامل ورب المال اتفقا على ما ادعاه العامل، ورب المال يدعي
زيادة الأصل عدمها فكان القول قول من ينفیها، وهو العامل^(٣).

٢- أن العامل أمين مأذون في قبض المال والتصرف فيه، فكان القول
قوله؛ لأن هذا مقتضى ائتمانه^(٤).

القول الثالث: أنه لا يقبل قول العامل، ويقدم قول المقدم قول رب المال،
وهو رواية عند الحنابلة^(٥).

ولم أجد لهم دليلاً ولا ما يمكن أن يستدل لهم به.

القول الرابع: أنهما يتحالفان، وهو رواية عند الحنابلة^(٦).

ويستدل لهم: بأن كلاً منهما يدعي وينكر دعوى خصمه، فكان
عليهما اليمين.

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤٦/٦)، أسنى المطالب: (٣٩١/٢)، نهاية المحتاج:
(٢٤٢/٥)، تحفة المحتاج: (١٠٣/٦)، مغني المحتاج: (٤١٨/٣).

(٢) ينظر: الإنصاف: (١٤٦/١٤)، كشف القناع: (٥٢٣/٣)، شرح المنتهى: (٥٨٦/٣).

(٣) ينظر: أسنى المطالب: (٣٩١/٢)، نهاية المحتاج: (٢٤٢/٥)، تحفة المحتاج: (١٠٣/٦)،
مغني المحتاج: (٤١٨/٣)، وبه يتضح أن نص الشافعية على ما لو ادعى رب المال أن
الربح أكثر مما ادعاه العامل، وهو كذلك.

(٤) ينظر: كشف القناع: (٥٢٣/٣)، شرح المنتهى: (٥٨٦/٣).

(٥) ينظر: الإنصاف: (١٤٦/١٤). (٦) ينظر: المرجع السابق.

وأما الحنفية فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة ولا ما يمكن الترخيص عليه^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - أنه إن كانت شواهد الحال من الجهد الذي بذله العامل ونشاط السوق، ورواج السلع المضارب بها، وإيراد المحل التجاري في مثل المدة المتنازع في قدر ربحها في مدة سابقة يوافق ما ادعاه رب المال، فالقول المقدم قوله بيمينه؛ لشهادة الظاهر له، وإلا كان القول المقدم قول العامل بيمينه لما استدل به أصحاب القول الثاني.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تظهر من خلال تغريم العامل مما زاد على أقرب به وادعاه، فعلى القول بتقديم قوله، فإنه لا يغرم ما زاد على ما أقرب به،

(١) ولا يؤثر على ذلك النص على الخلاف بين العامل في المضاربة ورب المال في قدر الربح؛ إذا إن المقصود من النص المذكور الاختلاف في المقدار المشترط للعامل من الربح؛ بأن ادعى رب المال أن المشترط للعامل ثلث الربح، وادعى العامل أن المشترط له نصفه، فعند الحنفية يقدم قول رب المال (ينظر: تبين الحقائق: (٥/ ٧٤-٧٥)، البناية: (١٠/ ١٠٢-١٠٣))، وبينها وبين المسألة محل الدراسة فرق لا يخفى، ويؤكد الفرق بينها النص على المسألتين عند الحنابلة والتفريق بينهما في المقدم قوله (ينظر: كشاف القناع: (٣/ ٥٢٣))، كما لا يؤثر النص على الخلاف بينهما بأن أحضر المضارب ألفين، وادعى أن رأس المال ألف والربح ألف، وادعى رب المال أن رأس المال ألفان، فعند الحنفية يقدم قول المضارب؛ وذلك لأن سبب تقديم قول المضارب أنه منكر قبض الزائد عما أقرب به من رأس المال الذي يدعيه ربه: (ينظر: تبين الحقائق: (٥/ ٧٤-٧٥)، البناية: (١٠/ ١٠٢-١٠٣))، وليس لكونه أميناً كما في المسألة محل الدراسة، كما أنه لا يلزم منه نفي الربح؛ إذا قد يقر رب المال بوجود الربح ويدعي أن رأس المال ما ذكر فيجبر رأس المال منه، فتبين عدم صلاحية أي من المسألتين للتخريج عليها.

وعلى القول بتقديم قول رب المال، فإنه يغرم العامل ما ادعاه رب المال، وعلى القول بمراعاة الأ شبه، فيكون غرم العامل للأ شبه بالربح المدعى، وأما على القول بالتحالف، فقد يقال: إنه ترد دعواهما ولا يرجح قول أحدهما، ولا يلزمان بشيء، أو يلزمان بقول من ادعى الأقل لأنه المتفق عليه.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو الخلاف في تأثير الظاهر والأ شبه في ترجيح قول أحد المتداعين، فمن قال بتأثيره، رجح من عضد جانبه، ومن لم يقل بتأثيره أعمل أصل عدم الزيادة التي يدعيها البائع وظاهر الأمانة التي اتصف بها العامل ورجح جانبه، ومن لم يرجح لديه جانب أحدهما جعل التحالف عليهما.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة يظهر من خلال تأثيرها بترجيح قول العامل؛ إذ كان جانبه أقوى ورجح لأنه قبض المال وتصرف فيه بإذن ربه، واتتمنه، فكان قوله مقبولاً على رب المال ومقدماً على قوله^(١).

(١) ولم أذكر ما يتعلق بتعارض القرائن لأنني لم أجد دليلاً سوى للقول الثاني.

المطلب الثاني

الاختلاف مع المضارب في الربح ثم خسارته^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلف العامل في المضاربة ورب المال في خسارة الربح أو تلفه، فقال العامل: «ربحت ألفًا ثم خسرتها» أو «هلكت»، ونحو ذلك، وأنكر دعواه رب المال، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول العامل بيمينه في الهلاك، وفي الخسارة الممكنة، وإن لم تكن ممكنة لم يقبل قوله وقدم قول رب المال، وهو مذهب الشافعية^(٢).

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٤).

(٢) ينظر: المهذب: (٣/٤٩١-٤٩٢)، العزيز شرح الوجيز: (٦/٤٦)، أسنى المطالب:

(٢/٣٩١)، نهاية المحتاج: (٥/٢٤٢)، تحفة المحتاج: (٦/١٠٣)، مغني المحتاج:

(٣/٤١٨).

واستدلوا: بأن دعوى العامل التلف أو الخسارة الممكنة بعد إقراره بالربح لا تكذب الإقرار فقبلت^(١).

ويستدل لهم على اشتراط الإمكان في الخسارة: بأن إقرار العامل بالربح، ثم ادعائه الخسارة هو بسبب غيره من كساد السوق ونحوه، وهذا السبب يمكن معرفته والوقوف عليه ويكون عامًا يشهد للعامل، وهذا هو المحتمل، وإن لم يكن محتملاً كذبه الظاهر بعدم وجود السبب الذي يدعيه لأجل الخسارة، وعليه قبل قول رب المال.

أو يقال: إن ادعائه الخسارة إذا لم يكن محتملاً كان رجوعاً عن الإقرار بالربح بلا بينة فلا يقبل.

القول الثاني: أن القول المقدم قول العامل بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن العامل في المضاربة أمين باتتمان رب المال، يقبل قوله في التلف فقبل في الخسارة كالوكيل^(٣).

وأما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة:

فأما الحنفية فأقرب ما وجدته هو ما لو جاء العامل في المضاربة بألفين، فقال: ألف رأس المال، وألف ربح ثم قال: ما أربح إلا خمسمائة، ثم هلك المال كله في يد العامل فإن العامل يضمن الخمسمائة التي جردها، ولا

(١) ينظر: المهذب: (٣/٤٩١-٤٩٢).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤٤/١٤)، كشف القناع: (٣/٥٢٤)، شرح

المنتهى: (٣/٥٨٧). (٣) ينظر: المراجع السابقة.

ضمان عليه في باقي المال؛ لأن الربح أمانة في يده^(١)، وعليه يكون الأقرب لمذهب الحنفية تقديم قول العامل في المضاربة؛ لأنه أمين في الربح، فكان قوله مقدمًا؛ كما سبق الاستدلال بذلك لدى الحنفية.

وأما المالكية، فأقرب ما وجدته هو الخلاف في تلف مال القراض أو خسارته إذا ادعاه العامل، وأنكره رب المال، فعندهم يقدم قول العامل؛ لأن رب المال أئتمنه^(٢)، وعليه يكون الأقرب لمذهب المالكية - إن لم تدخل المسألة محل الدراسة في عموم: (مال القراض) - أن يقدم قول العامل لأن رب المال أئتمنه على الربح.

الترجيح:

يظهر مما سبق أن الخلاف بين القولين في ادعاء العامل الخسارة، فعلى القول الأول يقبل عند احتمالها، وعلى القول الثاني يقبل مطلقًا، وعليه فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى سبب الخسارة التي ادعاها العامل، فإن ادعى سببًا خاصًا نحو موقع ترويج السلع وبيعها بأن كانت بعيدًا عن الناس أو بعيدة عن محتاجها أو يشتريها، ولم يتمكن من الإعلان عنها، ونحو ذلك

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٧٧ / ٨)، ونصها: «ولو جاء المضارب بألفين، فقال: ألف رأس المال، وألف ربح ثم قال: ما أربح إلا خمسمائة، ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جردها، ولا ضمان عليه في باقي المال؛ لأن الربح أمانة في يده، فإذا جرده صار غاصبا بالجحود فيضمن إذا هلك».

(٢) ينظر: منح الجليل: (٣٧٦ / ٧)، ونصها: «(و) إن ادعى العامل تلف مال القراض أو خسره وكذبه ربه ف (القول للعامل في) دعوى (تلفه) أي مال القراض كله أو بعضه لأنه أمين عليه (وظاهره ولو كان غير أمين) لأنه رضيه أمينًا (و) القول له في دعوى (خسره) أيضًا بضم الخاء المعجمة وسكون السين، أي نقص المال بسبب التجربه»، وينظر: النوادر والزيادات: (٧ / ٢٩١).

مما يكون سبباً خاصاً للخسارة لا يشارك العامل فيه غالب الناس، فإنه يقبل قول العامل في الخسارة بيمينه وكذا إن كانت الخسارة محتملة، وإلا قبل قول رب المال بيمينه جمعاً بين أدلة القولين.

ثمره الخلاف:

لعل ثمره الخلاف -والله أعلم- هو في إلزام العامل دفع الربح المدعى خسارته خسارة غير محتملة، فعلى القول الأول يلزم العامل أن يدفع الربح الذي أقر به ويضمن نصيب رب المال منه، وعلى القول الثاني لا يلزم العامل ضمان نصيب رب المال.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- التفريق بين الخسارة المحتملة وغيرها، فعلى القول بالتفريق بينها يقدم قول العامل إن كانت محتملة وإلا قدم قول رب المال، وعلى القول بعدم التفريق يقدم قول العامل في ادعاه خسارة الربح الذي أقر به مطلقاً.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

يظهر أثر قرينة: (الأمانة) من خلال تأثير قبول قول العامل؛ إذ قبل قوله في هلاك الربح وخسارته؛ لكونه أمينه ائتمنه رب المال وقبض المال وتصرف فيه بإذن ربه، فكان قوله مقبولاً بيمينه في يدعيه من هلاك وخسارة.

المبحث الخامس
أثر قرينة: (الأمانة) في أبواب الإجارة،
والوديعة، واللقيط

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اختلاف المرضعة والمسترضع في الإرضاع.

المطلب الثاني: اختلاف المؤجر والمستأجر في مرض العبد المؤجر أو إياقه، أو شرود الدابة المستأجرة أو موتها، أو تلف المحمول.

المطلب الثالث: اختلاف المكثري مع رب البهائم في قدر النفقة على البهائم.

المطلب الرابع: اختلاف اللقيط وواجده في قدر الإنفاق أو التفريط فيه.

المطلب الأول

اختلاف المرضعة والمسترضع في الإرضاع^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

اختلفت المرضعة، والمسترضع ولي الصبي، فقالت المرضعة: «أرضعت الصبي بلبني»، وأنكر ذلك المسترضع، وادعى أنها أرضعته بلبن غيرها، وخلا قولهما عن بيعة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

ذهب الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن القول المقدم قول المرضعة بيمينها.

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٥٥٣).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٥/١٢٩)، المحيط البرهاني: (٧/٤٤٩)، البناية: (١٠/٢٩٥-٢٩٦)، حاشية ابن عابدين: (٩/٧٤)، وصورة المسألة عندهم الاختلاف بين الإرضاع بلبن البهائم والطعام أو لبنيها.

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٢٨٤-٢٨٥)، كشف القناع: (٣/٥٥٣)، شرح المنتهى: (٤/١٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الظاهر شاهد لها؛ فإن نمو الولد وصلاح بدنه دليل على أنها أرضعته بلبن الأدمية فكان قولها مقبولاً فيه^(١).

٢- أن المرضعة مؤتمنة على الإرضاع أذن لها به ولي المرتضع فكان قوله مقبولاً فيه^(٢).

وأما المالكية، والشافعية فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة:

فأما المالكية فلم أجد لهم ما يمكن الترخيح عليه.

وأما الشافعية، فقد نصوا على أنه إذا استأجر المرضعة على الإرضاع فقط، فالمقصود به الحضانة الصغرى: «أن تلقمه بعد وضعه في حجرها مثلاً الثدي وتعصره عند الحاجة»، واللبن تابع^(٣)، فالمعقود عليه عند الشافعية في الإرضاع هو ما ذكر، وليس بالضرورة أن يكون من لبنها، فلعله لا معنى للاختلاف بين المرضعة والمسترضع المذكور في المسألة، ولا ثمره له عند الشافعية؛ لأن كون الإرضاع من لبنها ليس مشروطاً ولا مقصوداً عندهم؛ بل اللبن كله تابع ليس مقصوداً فقصد لبن المرضعة من باب أولى.

والظاهر: أنه إن ثبت طبيياً إمكان معرفة مصدر شرب الرضيع، فيؤخذ به

إثباتاً ونفيًا، وإلا فكما نص عليه الفقهاء يرجح قول المرضعة.

(١) ينظر: المبسوط: (١٢٩/١٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٢٨٤-٢٨٥)، كشاف القناع: (٣/٥٥٣)، شرح المنتهى: (١٣/٤).

(٣) ينظر: مغني المحتاج: (٣/٤٦٣-٤٦٤).

ثمرة:

ذكر بعض الفقهاء ما يبني على القول بترجيح قول المرضعة بأنها تستحق أجره الرضاع بتقديم قولها، وإن ثبت رضاعه من غيرها، وعدم رضاعه منها، فلا أجره لها^(١).

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) ظاهر بين على هذه المسألة، وذلك من خلال تأثيرها على ترجيح قول المرضعة؛ بأن أمانة مأذون لها في التصرف الذي تدعيه، فكان قولها المقدم فيه.

(١) ينظر: المبسوط: (١٢٩/١٥)، المحيط البرهاني: (٤٤٩/٧)، البناية: (٢٩٥/١٠) - (٢٩٦)، الشرح الكبير: (٢٨٤-٢٨٥/١٤)، كشف القناع: (٥٥٣/٣)، شرح المنتهى: (١٣/٤).

المطلب الثاني

اختلاف المؤجر والمستأجر في مرض العبد المؤجر أو إباقه، أو شرد الدابة المستأجرة أو موتها، أو تلف المحمول^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

ادعى المستأجر مرض العبد المؤجر أو إباقه^(٢)، أو ادعى هرب الدابة المؤجرة أو موتها^(٣)، وذلك بعد فراغ مدة الإجارة أو فيها، أو ادعى الأجير تلف ما استؤجر لحمله على وجه لا يضمنه، وأنكر ذلك المؤجر ومالك السلعة مستأجرًا حاملها، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدنا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

وفيه فروع ثلاثة:

الفرع الأول: حكم المسألة في الاختلاف في مرض العبد أو إباقه:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

- (١) ينظر: كشاف القناع: (٣٩/٤).
- (٢) ويلحق به ما استجد في هذا الزمان من تأجير العمالة، ثم يدعي المستأجر هربها أو مرضها وينكر ذلك المؤجر.
- (٣) ويلحق بها التداعي في تأجير السيارات بمثل الاختلاف المذكور.

القول الأول: أنه يحكم الحال، فمن شهد له الظاهر^(١) كان قوله مقدمًا بيمينه، وهو مذهب الحنفية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحًا لجانب من شهد له، وإن لم يصلح حجة^(٤).

ونوقش: بأنه إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فلا إشكال فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له، وإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق^(٥).

وأجيب: أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد، وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقًا بمجرد الظاهر؛ وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه، ثم الإنكار

(١) ظاهر الحال المقصود عندهم هو حال العبد عند التنازع. ينظر: تبين الحقائق: (١٤٢/٥)، البناية: (٣٣٤-٣٣٥/١٠)، حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٩)، الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠١، ٥٠٤-٥٠٥).

(٢) ينظر: تبين الحقائق: (١٤٢/٥)، البناية: (٣٣٤-٣٣٥/١٠)، حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٩).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠١، ٥٠٤-٥٠٥) على تفصيل وخلاف عندهم يراجع في المرجعين السابقين، وعبر عن هذه الرواية في الإنصاف: «وعنه، القول قول ربه. وقطع به في «المغني»، فيما إذا ادعى مرض العبد وجاء به صحيحًا».

(٤) ينظر: تبين الحقائق: (١٤٢/٥)، البناية: (٣٣٤-٣٣٥/١٠)، حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٩).

(٥) ينظر: المراجع السابقة.

بعد ذلك يكون متعرضاً لنفيه فلا يقبل منه إلا بينة، فالظاهر في الحقيقة دافع لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجب^(١).

٢- وإن قدم قول المؤجر؛ فلأن الأصل السلامة من العيب الذي يدعيه المستأجر^(٢).

القول الثاني: أن المقدم قول المستأجر بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن المستأجر أمين، استأمنه المالك فيما قبضه وأذنه له فيه، فكان قوله مقدماً بيمينه؛ أشبه المودع^(٥).

٢- أن الأصل براءة ذمة المستأجر من ضمان المنفعة، فالمؤجر يدعي شغل ذمة المستأجر بها، والمستأجر ينفيه ويتمسك بهذا الأصل فكان قوله مقدماً^(٦).

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٤-٥٠٥).

(٣) ينظر: النوادر والزيادات: (٧/١٣٦-١٣٧)، الذخيرة: (٥/٤٤٧).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠٠، ٥٠٤-٥٠٥)، كشاف القناع: (٤/٣٩)، شرح المنتهى: (٤/٦٦)، ونص في الأخير على أن تقديم قول المستأجر بيمينه.

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٤-٥٠٥)، كشاف القناع: (٤/٣٩)، شرح المنتهى: (٤/٦٦).

(٦) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٤-٥٠٥).

٣- أن الأصل عدم انتفاع المستأجر بما قبضه، والمؤجر يدعي عليه الانتفاع بإنكاره ما ادعى المستأجر فكان القول المقدم قول المستأجر لتمسكه بهذا الأصل^(١).

الفرع الثاني: حكم المسألة في الاختلاف في هرب الدابة المؤجرة أو

موتها:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن المقدم قول المستأجر بيمينه ما لم يتبين كذبه، وهو مذهب المالكية^(٢).

ويستدل لهم على تقديم قول المستأجر بما استدل به أصحاب القول الثاني، وأما عدم قبول قوله إن تبين كذبه: فلأن الظاهر يرد دعواه ويكذبها، ويعتبر في الدعوى ألا يكذبها ظاهر الحال، فكانت دعواه مردودة مع تكذيب ظاهر الحال لها.

القول الثاني: أن المقدم قول المستأجر بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(٣).

(١) ينظر: شرح المنتهى: (٦٦/٤).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل: (٩/٩٢، ١٣٠)، النوادر والزيادات: (٧/١١٤، ١١٥-١١٦)، الذخيرة: (٥/٥٢٦)، وذكروا من صور تبين كذبه كونه ادعى الهرب أو الموت في جماعة ولا يعلمون عن ذلك.

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠٠، ٥٠٤-٥٠٥)، كشف القناع: (٤/٣٩)، شرح المنتهى: (٦٦/٤)، ونص في الأخير على أن تقديم قول المستأجر بيمينه.

واستدلوا بالتالي:

١- أن المستأجر أمين، استأمنه المالك فيما قبضه وأذنه له فيه، فكان قوله مقدماً بيمينه؛ أشبه المودع^(١).

٢- أن الأصل براءة ذمة المستأجر من ضمان المنفعة، فالمؤجر يدعي شغل ذمة المستأجر بها، والمستأجر ينفيه ويتمسك بهذا الأصل فكان قوله مقدماً^(٢).

٣- أن الأصل عدم انتفاع المستأجر بما قبضه، والمؤجر يدعي عليه الانتفاع بإنكاره ما ادعى المستأجر فكان القول المقدم قول المستأجر لتمسكه بهذا الأصل^(٣).

القول الثالث: أن المقدم قول المؤجر، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا: بأن الأصل السلامة من العيب الذي يدعيه المستأجر^(٥).

الفرع الثالث: حكم المسألة في تلف ما استؤجر لحمله:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن المقدم قول المستأجر على الحمل في تلف المحمول

إلا في الطعام والإدام، وهو مذهب المالكية^(٦).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٤-٥٠٥)، كشف القناع: (٤/٣٩)، شرح المنتهى: (٤/٦٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٤-٥٠٥).

(٣) ينظر: شرح المنتهى: (٤/٦٦).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠٠، ٥٠٤-٥٠٥).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٤/٥٠٤-٥٠٥).

(٦) ينظر: النوادر والزيادات: (٧/١٠٦)، الذخيرة: (٥/٥١٢).

واستدلوا على تقديم قول المستأجر: أن المستأجر أمين، فكان الأمر على هذا الأصل واستصحب في هذا الخلاف، وقدم به قول المستأجر^(١).
وأما على عدم قبول قوله في تلف الطعام والإدام: فالتهمة فيها، فضمنها الأجير للمصلحة العامة كما في تضمين الصانع^(٢).

القول الثاني: أن القول المقدم قول المستأجر بيمينه، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بأن المستأجر أمين، استأمنه المالك فيما قبضه وأذنه له فيه، فكان قوله مقدماً بيمينه؛ أشبه المودع^(٤).

القول الثالث: أن المقدم قول المؤجر، وهو رواية عند الحنابلة^(٥).
ويستدل لهم: بأن الأصل بقاء المحمول وعدم تلفه فكان القول المقدم قول من يتمسك به، وهو المؤجر.
وأما الحنفية في آخر فرعين والشافعية في فروع المسألة فلم أجد لهم نصاً عليها:

فأما الحنفية فلم أجد ما يمكن التخرج عليه.

(١) ينظر: الذخيرة: (٥/١٢٠). (٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠٠، ٥٠٤-٥٠٥)، كشاف القناع: (٤/٣٩)، شرح المنتهى: (٤/٦٦)، ونص في الأخير على أن تقديم قول المستأجر بيمينه، على تفصيل وخلاف عندهم يراجع في الشرح الكبير والإنصاف.

(٤) ينظر: كشاف القناع: (٤/٣٩)، شرح المنتهى: (٤/٦٦).

(٥) ينظر: الإنصاف: (١٤/٤٩٩-٥٠٠).

وأما الشافعية، فلم أجد لم ما يمكن التخريج عليه إلا في الفرع الثالث، فأقرب ما وجدته هو ما ذكره من عدم ضمان الحامل ما استؤجر لحمله إن تلف إن كان الأجير لم ينفرد عن مالكها، وعلى الأظهر من مذهب الشافعية: وإن انفرد، وكذلك تقديم قول الأجير في نفي التعدي إن اختلف معه في التعدي وتعذر سماع كلام خبير في وجود التعدي^(١)، وعليه فيكون الأقرب لقول الشافعية في الفرع الأخير تقديم قول المستأجر؛ إذ هو مقتضى عدم تضمينه.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - في هذه المسألة هو النظر في قرائن الحال، فإذا كان العبد أو الدابة وفق ما ادعى المستأجر حين الاختلاف، ودلت التقارير الطبية والفحوص المخبرية على تقدم المرض أو كان العبد معروفًا بإباقه، والدابة جموحًا معروفة بعدم سهولة الانقياد، فيقدم قول المستأجر بيمينه، وكذا إن كان الأمر بخلاف دعوى المستأجر ووفق دعوى المؤجر وشهد بذلك الطب الحديث، ولم يعرف العبد أو الدابة بما ادعاه المستأجر بل عرف بما ادعاه المؤجر، فيقدم قول المؤجر بيمينه، وأما إن خلت الواقعة مما يشهد لأحدهما فيقدم قول المستأجر لما استدل به الحنابلة في الصحيح من مذهبهم على تقديم قول المستأجر بيمينه.

وأما تلف المحمول فلعل ذلك يرجع إلى نظر القاضي، فإذا وجد في زمن تساهل من الأجراء في تلف ما يحملونه، أو خيانتهم ما حملوه ثم ادعاء تلفه، أو كانت السلعة المدعى تلفها مما يلحق الحامل التهمة بتلفها؛ كما لو

(١) ينظر: مغني المحتاج: (٣/٤٧٧-٤٧٨).

كان خصمًا أو قريبًا لخصم مالك السلعة ونحوهم ممن يستفيد بتضرر مالكيها وتلف سلعته، فلا يقبل قولهم، وإلا قبل قول الأجير بيمينه في تلف ما استؤجر لحمله جمعًا بين أدلة القولين؛ الأول والثاني.

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف تظهر من وجهين:

الوجه الأول: ضمان المستأجر منفعة العين المؤجرة، فعند تقديم قول المؤجر، فإن المستأجر يكون استوفى منفعة العين المؤجرة مدة بقائها عنده فيلزمه أجرتها، وأما عند تقديم قول المستأجر، فإنه لا يلزمه إلا مدة انتفاعه وصلاحيته العين المؤجرة للانتفاع.

الوجه الثاني: ضمان المستأجر ما حملة، فعند تقديم قول المستأجر فلا يضمن السلعة التي استؤجر لحملها، وأما عند تقديم قول مالك السلعة فيلزم من ذلك أن يضمنها الأجير له.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- يظهر من وجهين:

الوجه الأول: اعتبار الظاهر وقرائن الأحوال مرجحة في هذه المسألة فعلى القول باعتبارها، رجح من عضدت جانبه، وأما عند عدم اعتبارها يرجع إلى الأصل في التنازع بين الطرفين.

الوجه الثاني: التعارض بين الأصول التي عضدت جانب المؤجر مع الأصول التي عضدت جانب المستأجر، فرجح أصحاب كل قول من كان جانبه أقوى عندهم.

المسألة الثانية: أثر قريئة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن لقريئة: (الأمانة) أثرًا ظاهرًا وبيِّنًا على هذه المسألة، وذلك من أوجه:

الوجه الأول: أن كل فرع من فروع هذه المسألة تأثر بقريئة: (الأمانة)،

ويظهر ذلك من الاستدلال بها في كل فرع من فروعها.

الوجه الثاني: أن المستأجر والأجير على الحمل أمينان قبضا العين

وتصرفا بها بإذن ربها فكان قولهما مقبولاً عليه، وهذا أثر ظاهر في تأثير قريئة:

(الأمانة) في ترجيح قولهما.

الوجه الثالث: أن اعتبار قريئة الأمانة في هذه المسألة لم يقتصر على

مذهب واحد، فإن الحنابلة اعتبروه في فروع المسألة كلها، واعتبره المالكية

أيضًا ونصوا عليه في الفرع الثالث من هذه المسألة مما يدل على أهمية هذه

القريئة وسعة تطبيقها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فأما الأصول: الأصل في الأمور العارضة العدم، الأصل براءة الذمة،

الأصل بقاء ما كان على ما كان.

وأما الظواهر: ظاهر الحال. الأمانة.

ورجح كل فريق من قوي عنده جانبه بما اعتضد به من قرائن.

المطلب الثالث

اختلاف المكتري مع رب البهائم في قدر النفقة على البهائم^(١)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

استأجر رجل من آخر بهائم، فهرب رب البهائم وتركها عند المستأجر، فأنفق عليها المستأجر، ثم رجع رب البهائم، فاختلفا في قدر ما أنفق المستأجر على البهائم، فادعى المستأجر قدرًا وادعى رب البهائم أقل منه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الحاكم إن كان أذن للمستأجر بالإنفاق، فقد اختلف

الشافعية في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن المقدم قول المستأجر إذا ادعى نفقة مثله في العادة، وإلا

كان القول المقدم قول رب البهائم، وهو الصحيح من مذهب الشافعية^(٢).

(١) ينظر: كشف القناع: (٢٧/٤).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٢١)، روضة الطالبين: (٥/٢٤٦)، أسنى المطالب:

(٢/٤٣٢)، مغني المحتاج: (٣/٤٨٨) على خلاف وتفصيلات عند الشافعية تراجع في

المراجع السابقة.

واستدلوا: بأن المستأجر أمين استأمنه رب البهائم، وأذن له الحاكم واستأمنه على النفقة فكان قوله مقدمًا في قدر ما أنفقه^(١).

ويستدل لهم: بشهادة الظاهر على صدق دعوى المستأجر بشهادة العرف له، فإذا لم يوجد رجوع فيه إلا أن الأصل في الزيادة التي يدعيها المستأجر العدم، فقدم قول نافيها وهو رب البهائم.

القول الثاني: أن المقدم قول المستأجر، وهو وجه عند الشافعية^(٢).

واستدلوا: بأن المستأجر أمين استأمنه رب البهائم، وأذن له الحاكم واستأمنه على النفقة فكان قوله مقدمًا في قدر ما أنفقه^(٣).

القول الثالث: أن المقدم قول رب البهائم، وهو وجه عند الشافعية^(٤).

واستدلوا: بأن رب البهائم غارم لما يدعيه عليه المستأجر؛ بأن كان قرار ضمان النفقة الواجبة عليه فكان قوله مقدمًا في قدرها^(٥).

وأما إذا لم يأذن الحاكم، وقيل برجوع المستأجر فيما أنفقه، ففيه قولان:

القول الأول: أنه يقدم قول رب البهائم، وهو المذهب عند الشافعية^(٦).

واستدلوا: بأن إنفاق المستأجر لم يستند إلى إذن ولا ائتمان من الحاكم، فلم يقدم قوله، وكان القول المقدم قول رب البهائم^(٧).

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٢/٤٣٢)، مغني المحتاج: (٣/٤٨٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٤٢١).

(٣) ينظر: المرجع السابق. (٤) ينظر: المرجع السابق.

(٥) ينظر: المرجع السابق.

(٦) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/١٧٥)، روضة الطالبين: (٥/٢٤٦).

(٧) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/١٧٥).

القول الثاني: أنه يقدم قول المستأجر، وهو احتمال عند الشافعية^(١).

واستدلوا: بأن الشرع سلطه على الإنفاق على البهائم لحرمتها وحفظ حياتها، فكان قوله مقدماً فيما أذن له فيه الشرع^(٢).

القول الثاني: أن المقدم قول المستأجر فيما قدره الحاكم دون ما زاد فيقدم فيه قول رب البهائم، وأما إن لم يقدره حاكم، فيقبل قول المستأجر في قدر النفقة بالمعروف دون ما زاد فيقدم فيه قول رب البهائم، وهو مذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا على ما قبل قول المستأجر فيه: بأن المستأجر أمين، فأشبهه الوصي إذا ادعى النفقة على الأيتام بالمعروف^(٤).

وأما ما لا يقبل فيه قول المستأجر: فلأنه متطوع بالإنفاق زيادة على ما قدره الحاكم، وزيادة على قدر النفقة بالمعروف^(٥).

وأما الحنفية، والمالكية فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة.

فأما الحنفية، فأقرب ما وجدته هو: اختلاف الراهن والمرتهن في إنفاق المرتهن على الرهن بأن أذن القاضي للمرتهن بالإنفاق على الرهن ويجعله ديناً عليه، فادعى المرتهن أنه أنفق على الرهن، وأنكره الراهن فيقدم عند الحنفية قول الراهن، لأن المرتهن يدعي عليه الدين، وهو ينكر، فكان القول

(١) ينظر: المراجع السابقة. (٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/١٧٥).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/٤٤٥)، كشف القناع: (٤/٢٧)، شرح المنتهى: (٤/٥٤).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٥/٤٤٥).

قوله مع يمينه^(١)، وعليه فيكون المستأجر يدعي على رب البهائم زيادة الدين وربها ينكر فيكون الأقرب لمذهب الحنفية تقديم قول رب البهائم، وأما إذا أنفق بغير إذن القاضي للمرتهن بالإئناق على الرهن وجعله ديناً عليه، فليس للمرتهن الرجوع ويكون متبرعاً^(٢)، ونصوا على ذلك في اللقطة إذا أنفق بغير أمر القاضي بذلك وجعل الرجوع له، فإن الملتقط لا يرجع^(٣).

وقد يقال: إن الحنفية لم ينصوا على هذه المسألة؛ لعدم وجوب النفقة للبهائم على مالکها عندهم - قضاء - إلا الدواب والخيول^(٤)، وعليه فلا تسمع دعوى المستأجر ولا يكون له الرجوع على رب البهائم بما دفعه؛ لعدم وجوب النفقة عليها على ربها.

وعليه فيظهر مما سبق أن الأقرب لمذهب الحنفية تقديم قول رب البهائم، فأما إن كان إئناق المستأجر بأمر القاضي بأن أمره أو أذن له بالإئناق وجعل له الرجوع، فيقدم قول رب البهائم تخريجاً على ما ذكر في اختلاف

(١) ينظر: المبسوط: (٢١/١١١-١١٢)، ونصه: «ولا يصدق المرتهن على النفقة إلا ببينة؛ لأنه يدعي لنفسه ديناً في ذمة الراهن، وهو غير مقبول القول فيما يدعيه لنفسه في ذمة غيره إلا ببينة، فإن لم يكن له بينة حلف الراهن ما يعلم أنه أنفق على رهنه كذا وكذا؛ لأن المنفق يدعي عليه الدين، وهو ينكر، فالقول قوله مع يمينه، ولأنه يستحلف على فعل الغير، وهو الإئناق من المأمور، واليمين على فعل الغير يكون على العلم».

(٢) ينظر: المبسوط: (٢١/١١١-١١٢).

(٣) ينظر: تبیین الحقائق: (٣/٣٠٥) البناية: (٧/٣٣٤، ٣٣٦-٣٣٧).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (٣/٥٨٨)، ونصه: «ظاهر مذهب أصحابنا رَحْمَةُ اللَّهِ: أن الإنسان لا يجبر على إئناق ملكه سوى الرقيق كالدابة والدرع والخيول، وأما في سائر الحيوانات يفتى فيها بينه وبين الله تعالى بالاتفاق»، وينظر: بدائع الصنائع: (٤/٤٠)، حاشية ابن عابدين: (٥/٣٧٧) على خلاف عند الحنفية في ذلك ينظر: المرجعان السابقان.

الراهن والمرتهن السابق، وأما إن كان إنفاق المستأجر بغير أمر القاضي فليس له الرجوع أصلاً فلا يلتفت لدعواه ولا ينظر لقوله إلا في الدواب والخيل، وعلى كل حال فالله أعلم بتحقيق قول الحنفية في هذه المسألة.

وأما المالكية:

فلعلهم لم ينصوا على هذه المسألة لعدم وجوب علف الدابة عندهم على مالكها^(١)، فلا يرد الخلاف عندهم ولا تسمع دعوى المستأجر، ولكن يشكل عليه أنهم جعلوا ما ينفقه المرتهن على الرهن - إن كان عبداً أو دابة - في ذمة المرتهن سواء أنفق بأمره أم لا، وذلك بخلاف الضالة^(٢)، والدواب المستأجرة التي تركها ربها يحتمل أن يصح إلحاقها بالرهن؛ لأنها قبضت بأمر المالك، ويحتمل أن تلحق بالضالة؛ لأن مالكها لم يقصد توثيق حق المستأجر بها، ولا النفقة عليها لازمة لحفظ الوثيقة.

ويزيد الإشكال: أنهم جعلوا للغاصب - على خلاف عندهم - إذا رد الدابة وغلتها؛ أن يرجع بما أنفق عليها مما لا مندوحة في تركه ما لم يجاوز غلتها، وأما إذا لم يكن للدابة غلة فلا يرجع^(٣).

(١) ينظر: البيان والتحصيل: (٢٠٨/٩)، ونصها: «بخلاف ما يملكه من البهائم، فإنه يؤمر بتقوى الله في ترك إيجاعتها، ولا يقضى عليه بعلفها».

(٢) ينظر: التبصرة: (٥٧٢٠/١٢)، ونصها: «قال مالك في المدونة في العبد أو الدابة ترهن: النفقة على الراهن، فإن أنفق المرتهن كانت النفقة في ذمة الراهن، وسواء أنفق بأمره أو بغير أمره، بخلاف الضالة».

(٣) ينظر: المرجع السابق: (٥٧٩٠-٥٧٩١/١٢).

ويؤكدده: أن من اشترى جملاً فعلفه حتى سمن ثم استحق، فعند المالكية يخير ربه بين دفع ما أنفق مشتريه، وبين أخذ قيمة الجمل يوم قبضه المشتري^(١)، فجعلوا ما أنفقه المشتري مضموناً على رب الدابة - إن أراد أخذها - ولو لم يأذن ربه بذلك.

بل إن المالكية نصوا على أن المودع إذا أنفق على الدابة بغير أمر السلطان وشهدت بينة بأنها ودیعة عنده من حين كذا فإن الإمام يبيعها ويقضيه النفقة وإن لم يشهد ما لم يدع ما فيه حيف^(٢)، بل لو لم يأمر رب البهائم المودع بعلفها للزمه علفها أو دفعها للحاكم، فيتدين على صاحبها لعلفها أو بيعها إن كان قد غاب، فإن تركها المودع فلم يعلفها فهلكت ضمنها^(٣).

ولعله لما سبق نص المالكية على صاحب الولاية أن يلزم السادة حقوق العبيد والإماء وحقوق البهائم من العلف وعمل الطاقة^(٤).

(١) ينظر: المرجع السابق: (٥٧٩٢/١٢)، ونصها: «وقال مالك فيمن ابتاع جملاً فعلفه حتى سمن ثم استحق، فربه بخير في دفع ما أنفق أو يأخذ قيمة جملة يوم قبضه المشتري».

(٢) ينظر: الذخيرة: (١٥١/٩)، ونصها: «إذا أنفقت على الدابة بغير أمر السلطان وشهدت بينة بأنها ودیعتك من حين كذا فإن الإمام يبيعها ويقضيك النفقة وإن لم يشهد بها إذا لم تدع شططاً».

(٣) ينظر: الذخيرة: (١٥١/٩)، ونصها: «قال القاضي في الإشراف إذا لم يأمر بك بعلف البهيمة لزمك علفها أو تدفعها للحاكم فيتدين كذا على صاحبها لعلفها أو بيعها إن كان قد غاب فإن تركها لم يعلفها فهلكت ضمنها».

(٤) ينظر: الذخيرة: (٥٠/١٠).

ونصوا على أن للمرأة أن ترجع بجميع ما أنفقت على عبد أو أمة أو بهيم أو ثمرة جعلت صداقاً في نكاح لا يلزم فيه مهر كنكاح تفويض طلقت فيه قبل البناء، وكنكاح فاسد فسخ قبله^(١).

بل نصوا على ترك رب البهائم بهائمته المذكورة في المسألة، وأنه يرجع للحاكم ليحكم له بالنفقة الواجبة على رب البهائم - إن خلف مالاً - للمستأجر، وإن لم يخلف مالاً كان للمستأجر الرجوع إما بالرجوع على ذمة رب البهائم أو بالبيع من البهائم واستيفاء ما أنفق^(٢).

فيظهر مما سبق: أن قول المالكية أن للمستأجر أن يرجع بما أنفقه ولعل الأقرب لمذهبهم أنه يقدم قول المستأجر فيما أنفقه ما لم يدع زيادة على العادة تخريجاً على مسألة المودع المذكورة سابقاً^(٣)، والله أعلم.

(١) ينظر: منح الجليل: (٣/ ٥٠٠)، ونصها: «(ورجعت المرأة) إن شاءت (ب) جميع (ما) أنفقت على عبد) أو أمة أو بهيم (أو ثمرة) جعلت صداقاً في نكاح لا يلزم فيه مهر كنكاح تفويض طلقت فيه قبل البناء، وكنكاح فاسد فسخ قبله».

(٢) ينظر: التبصرة: (١١/ ٥٢١٠)، ونصها: «ومن أكرى إبلاً بعينها ثم تركها وغاب، كان للمكثري أن يستعملها فيما اكرأها له في حضر أو سفر من غير حاكم، وأما النفقة عليها، فإنه يرجع إلى الحاكم ليحكم بالواجب في ذلك من مال المكثري إن خلف مالاً، وإن كانت تحتاج إلى سائق ومن يحفظها استؤجر لها. فإن لم يخلف مالاً كان المكثري بالخيار بين: أن ينفق ويرجع على ذمة المكثري لأنه موسر بالإبل، أو يبيع لذلك أحدها ويسقط كراءها. وإن كان الكراء على راحلة واحدة كان بالخيار بين: أن يسلفه وتباع له إذا بلغ، أو يفسخ عنه الكراء» وينظر: منح الجليل: (٧/ ٥٠٥، ٥٠٦).

(٣) وبني الشافعية القول بتقديم قول المستأجر على القول بأن له الرجوع. ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/ ١٧٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - القول الثاني؛ وذلك لدلالة الظاهر على صدق المستأجر فيه إضافة إلى أنه أمين أنفق بإذن الحاكم أو بإذن الشرع فكان قوله مقدماً بيمينه.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال تضمين رب البهائم ما أنفقه المستأجر، فعند تقديم قول المستأجر يلزم رب البهائم بما ادعاه، وعند تقديم قول رب البهائم لا يلتفت إلى دعوى المستأجر ولا يلزم بأكثر مما أقر به وادعاه.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف يرجع إلى أمور:

الأمر الأول: أن الحاكم هل له أن يأذن للمستأجر أن ينفق على البهائم ليرجع، فعلى القول بأن له ذلك، فيقدم قول المستأجر ويقبل في قدر النفقة، وعلى القول بأنه ليس للحاكم أن يأذن للمستأجر أن ينفق ليرجع، فإن المستأجر يكون متبرعاً وليس له الرجوع ولا المطالبة بما أنفق فلا يلتفت لدعواه^(١).

الأمر الثاني: الاختلاف في تأثير الظاهر المتمثل بالنفقة بالمعروف، فعلى القول باعتباره فإنما يقدم قول المستأجر إذا وافقه، وإلا لم يقدم، وعلى القول بعدم اعتباره فيقدم قول المستأجر مطلقاً.

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/ ١٧٤-١٧٥).

الأمر الثالث: الاختلاف في اعتبار إذن الحاكم للمستأجر بالنفقة، فعلى القول باعتباره، فإنه لا يلتفت لدعوى المستأجر ما لم يكن الحاكم أذن له، وعلى على القول بعدم اعتباره فيقدم قول المستأجر لإذن الشرع له بذلك.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن اثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة ظاهر جلي، وذلك من وجهين: **الوجه الأول:** أن المستأجر أمين، البهائم التي عنده تركها ربها، وأذن له الحاكم أو الشرع في النفقة عليه فكان قوله مقدماً في قدر ما أنفق.

الوجه الثاني: أن كل من نص على هذه المسألة اعتبر فيها قرينة الأمانة، فقد اعتبرها الشافعية والحنابلة، ونص عليها في أغلب المراجع التي تناولتها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصل وظواهر:

فأما الأصل: فهو الغرم.

وأما الظواهر: ظاهر الحال، الأمانة.

ورجح أصحاب كل قول من قوي عندهم جانبه بما اعتضد به من قرائن رجحته.

المطلب الرابع

اختلاف اللقيط وواجده في قدر الإنفاق أو التفريط فيه^(١)



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: دراسة المسألة فقهيًا:

صورة المسألة:

أنفق الولي أو واجد اللقيط عليه من مال وجده معه، فلما بلغ اللقيط
اختلف هو وواجده أو وليه في قدر ما أنفق عليه بأن ادعى الواجد أو الولي
قدرًا وادعى اللقيط أقل منه، أو ادعى اللقيط أن الولي أو الواجد فرط في
الإنفاق بأن أنفق عليه أكثر من المعروف، وأنكر ذلك الولي أو الواجد وادعى
أنه أنفق بالمعروف، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل
بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه منهما؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول الملتقط إن ادعى نفقة مثل اللقيط،

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/٢٢٩).

والإلم يقبل، وقدم قول اللقيط، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)،
والشافعية^(٣).

واستدلوا بالتالي:

- ١- أن الملتقط أمين مأذون في التصرف في هذا المال، ويخبر بما هو
محتمل، ويعسر عليه الإشهاد على ما يدعيه، فكان قوله مقدماً^(٤).
- ٢- أن الملتقط ينكر وجوب الضمان عليه، فيقبل قوله في ذلك كمن دفع
إلى إنسان مالاً، وأمره بأن ينفق على عياله فيقبل قوله في نفقة مثلهم^(٥).
- ٣- أن ما زاد على نفقة مثل اللقيط، الملتقط فيها متعد، فلم يقبل
قوله فيها^(٦).

- (١) ينظر: المبسوط: (٢١٤ / ١٠)، البناية: (٣٢٠ / ٧)، حاشية ابن عابدين: (٦ / ٤٢٩ -
٤٣٠) على خلاف عند الحنفية في اشتراط إذن القاضي للإتفاق على اللقيط يترتب عليه
تضمن الملتقط. ينظر في المراجع السابقة، وفي: تبين الحقائق: (٣ / ٣٠٠ - ٣٠١).
- (٢) ينظر: النوادر والزيادات: (٣٠٨ / ١١)، التبصرة: (٨ / ٣٥٨٠)، الذخيرة: (٨ / ٢٤١)،
منح الجليل: (٩ / ٥٩٠) والنص فيها على الاختلاف بين اليتيم ووصيه، وكان اليتيم في
حجره، ولا يظهر فرق مؤثر بينها وبين المسألة محل البحث، وفي المرجع الأخير خلاف
بين المالكية في اليمين على الوصي.
- (٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٨ / ٣٨)، العزيز شرح الوجيز: (٦ / ٣٩٢ - ٣٩٤)، أسنى
المطالب: (٢ / ٤٩٩)، على تفصيل عندهم في اشتراط إذن القاضي للإتفاق والرجوع،
ينظر في المراجع السابقة.
- (٤) ينظر: المبسوط: (١٠ / ٢١٤)، الذخيرة: (٨ / ٢٤١).
- (٥) ينظر: المبسوط: (١٠ / ٢١٤).
- (٦) ينظر: الحاوي الكبير: (٨ / ٣٨)، العزيز شرح الوجيز: (٦ / ٣٩٢ - ٣٩٤)، أسنى
المطالب: (٢ / ٤٩٩).

القول الثاني: أن المقدم قول الملتقط بيمينه، وهو مذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الملتقط أمين مأذون في التصرف في هذا المال، فكان قوله مقدمًا؛ كولي اليتيم^(٢).

٢- أن الملتقط ينكر ضمان ما يدعيه اللقيط، ويتمسك بأصل براءة ذمته، فكان قوله مقدمًا؛ لأن الأصل براءة الذمة^(٣).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الأول بتقديم قول الملتقط إن ادعى نفقة المثل، وذلك لما استدلوا به، ولما عضد جانبه من الظاهر الذي يجعل قوله أقرب لواقع الحال، ولما عضد جانب اللقيط من تعدي الملتقط نفقة المثل الذي يدل على تفريطه الذي يدعيه اللقيط، وهو ما تناقش به أدلة القول الثاني.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في هذه المسألة تظهر من خلال تضمين الملتقط ما يدعيه اللقيط، فعلى القول الأول يضمن الملتقط ما زاد على نفقة المثل لتعديده^(٤)، وأما القول الثاني فيلزم منه عدم تضمين الملتقط ولو زاد على النفقة بالمعروف.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٢٩٢/١٦)، كشف القناع: (٢٢٩/٤)، شرح المنتهى: (٣١٥/٤). (٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: كشف القناع: (٢٢٩/٤).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٦/٣٩٢-٣٩٤)، أسنى المطالب: (٢/٤٩٩).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو الخلاف في تأثير ظاهر الحال بمخالفة الملتقط نفقة مثل اللقيط، فعلى القول بتأثيره يقبل قوله إن ادعى نفقة المثل للقيط، وعلى القول بعدم تأثيره يقبل قول الملتقط مطلقاً.

المسألة الثانية: أثر قرينة: (الأمانة) على هذه المسألة:

إن أثر قرينة: (الأمانة) ظاهر على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الملتقط إنما قبل قوله لأنه مأذون له في التصرف في هذا المال بالإنفاق على الصبي، فكان قوله مقبولاً فيما أذن له فيه، وهذا معنى الترجيح بقرينة: (الأمانة).

الوجه الثاني: أن اعتبار هذه القرينة لم يقتصر على مذهب أو قول واحد بل كلا القولين استدل بها واعتبرها في هذه المسألة مرجحة جانب الملتقط، ونص على اعتبارها الحنفية والمالكية والحنابلة مما يدل على أهميتها وسعة تطبيقها وكثرة اعتبارها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر ورجح كل قول من قوي جانبه عنده:

فالأصول: الأصل براءة الذمة، والإنكار.

ومن الظواهر: ظاهر الحال بموافقة نفقة المثل، والأمانة.

المبحث السادس
أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



لم أجد النص صراحة على اعتبار قرينة: (الأمانة) في شيء من الأنظمة القضائية، ولكن يمكن اعتبارها وفق عموم النصوص النظامية التالية^(١):

المادة الثالثة والتسعون من نظام الإثبات التي تنص على أنه: «تكون اليمين في جانب أقوى المتداعين».

ونصت المادة الخامسة والعشرون بعد المئة في فقرتها الثانية من النظام نفسه على أنه: «مع مراعاة ما ورد في الفقرة: (١) من هذه المادة تطبق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لترجيحات هذا النظام في مسائل الإثبات التي لم يرد في شأنها نص في النظام».

ونصت المادة الرابعة من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات على أنه: «تتحقق المحكمة من عبء الإثبات وفق القواعد المقررة قبل إجراء الإثبات»، ولا يكون ذلك إلا وفق ما قرره الفقهاء كما جرى به العمل في محاكم المملكة.

(١) ينظر في عموم اعتبار القرائن الفقهية بهذه النصوص النظامية: ضوابط يعرف بها المكلف بالإثبات؛ للدكتور: عبد الرحمن اللحيدان: (ص ٥).

فقريته: (الأمانة) من القواعد المقررة التي يعرف بها عبء الإثبات، ومما اعتبرته الشريعة الإسلامية مرجحاً لجانب أحد المتداعين كما سبق بيان ذلك في التمهيد^(١)، وبها يقوى جانب أحد المتداعين فتكون اليمين في جهته^(٢).

(١) ينظر فيما سبق.

(٢) وتحسن الإشارة هنا إلى أن نظام المعاملات المدنية ضيق نطاق تطبيق هذه القرينة، فليست من القواعد المنصوص عليها في المادة (٧٢١) منه بل نص على ضدها، وهو (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)، فيتنبه لذلك.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية



الحكم الأول^(١):

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى الدائرة التجارية الأولى وبناء على القضية رقم ٤٣٩٤٥٩٧٤٨

لعام ١٤٤٤هـ

المدعي: ... المدعى عليه: ...

الأسباب:

بناء على ما سبق، ولما كان المدعي أصالة ووكالة يطلب إلزام المدعى عليه أن يدفع له ولموكله مبلغاً وقدره مليون وستة مائة ألف (١,٦٠٠,٠٠٠) ريال؛ مستنداً على أن بين مورثة المدعين والمدعى عليه شركة مضاربة في الصناديق الاستثمارية، تسلم على إثرها المدعى عليه المبلغ محل الدعوى، وقدم لإثبات دعواه صورة من الحوالات الوارد لمورثتهم من المدعى عليه المسببة بأنها (أرباح صناديق استثمارية)، بالإضافة إلى استدلاله بما كتبه وكيل المدعى عليه في مذكرة الرد الأولى بأنه استلم المال من مورثة المدعين للمتاجرة به، فيما يدفع المدعى عليه بأنه استلم المال بصفته وكياً متبرعاً عن

(١) اقتضت من الحكم على أسبابه ومنطوق حكمه لكفايته عن غيرها، ومن أراد التفصيل فالحكم منشور في البوابة القضائية العلمية، وهذا رابطته:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/53020>.

مورثة المدعين، وليس مضارباً بمالها، وباطلاع الدائرة على ما أورده الطرفان، ولما كان تكييف العلاقة بين الطرفين سابقاً للفصل في موضوعها، إذ إن نظر دعوى عقد الشراكة يختلف كلياً عن نظر دعوى عقد الوكالة، لا سيما ما يتعلق باختصاص النظر في المنازعة، فشركة المضاربة تختص بها المحاكم التجارية أما عقد الوكالة تختص بها المحاكم العامة إذا كان الوكيل متبرعاً - وهو ما تمسك به المدعى عليه في هذه الدعوى -، ولما كان المدعى أصالة ووكالة يدعي أن بين مورثته والمدعى عليه شركة مضاربة، وطلبت منه الدائرة البينة على هذه الشراكة فاكتفى بأن المدعى عليه كان يحول الأرباح المكتوب في سبب تحويلها (أرباح صناديق استثمارية)، وبفحص الدائرة لهذه البينة ولما كان تحويل الأرباح من المدعى عليه لا تنفي عنه صفة الوكالة، ولا يمكن الاعتماد عليها لإثبات الشراكة، لذلك تطرّح الدائرة هذا الدليل، أما ما تمسك به المدعى وكالة بأن المدعى عليه أقر بأنه استلم المال للمتاجرة به، وبنظر الدائرة لهذا الإقرار فإن استلام المال للمتاجرة به يصدق على الوكيل وعلى الشريك، ولا يكفي هذا الإقرار لإثبات الشراكة، لذلك فإن هذه الدعوى ومرفقاتها خلت من البينة الواضحة الموصلة لإثبات الشراكة التي يدعيها المدعى، وتشير الدائرة إلى أنها استصحت في نظرها لهذه الدعوى أن المدعى عليه لا تطلب منه البينة على الوكالة، لأنه أمين، والأمين يقبل قوله بيمينه، لذلك طلبت الدائرة البينة من المدعى على الشراكة، وبما أن المدعى لم يقدم بينة واضحة تدل على الشراكة وتنفي الوكالة، ولما رواه البيهقي عن ابن عباس **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا** أن رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** قال: **«لَوْ يَعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لِادْعَى رِجَالٍ أَمْوَالِ قَوْمٍ وَدِمَائِهِمْ لَكُنَّ الْبَيْنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»**، وللقاعدة الشرعية (القول قول الأمين بيمينه)، لذلك أفهمت الدائرة

المدعى أصالة ووكالة أن لموكله يمين المدعى عليه على نفي الشراكة، وبما أن المدعى عليه أدى اليمين على نفي دعوى المدعى على النحو الوارد في الوقائع، ما تنتهي معه الدائرة إلى عدم ثبوت شراكة مورثة المدعين مع المدعى عليه، وأن العقد بينهما عقد وكالة، وبإمكان المدعين مطالبة المدعى عليه بصفته وكيلاً أمام المحكمة المختصة لأن هذه المحكمة لا تختص بنظر المنازعات بين الوكيل المتبرع وموكله لعد اكتساب الوكيل المتبرع الصفة التجارية، ولكل ما سبق تنتهي الدائرة إلى حكمها أدناه.

نص الحكم:

رفض الدعوى.

العضو الأول: (...) العضو الثاني: (...) رئيس الدائرة القضائية (...).

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى الدائرة التجارية الأولى استئناف وبناء على القضية رقم

٤٣٩٤٥٩٧٤٨ لعام ١٤٤٤ هـ

المدعى:

...

المدعى عليه:

...

الوقائع:

تتلخص واقعات هذه القضية بما أورده الحكم محل الاعتراض؛ وتحيل إليه الدائرة وفقاً للمادة (٧٦/٢) من نظام المحاكم التجارية، وقد أصدرت الدائرة ناظرة القضية حكمها فيها القاضي رفض الدعوى؛ وذلك للأسباب الواردة في الحكم وتحيل إليها الدائرة وفقاً للمادة المشار إليها أعلاه. ثم تقدم وكيل المدعين باعتراضه على الحكم خلال المدة النظامية، وقد تضمن تمسكه بما جاء في دعواه؛ وما استند عليه من أدلة ومبررات؛ مؤكداً صحة ما قدمه في سبيل ذلك؛ وخاتماً اعتراضه بطلب إلغاء حكم الدائرة الابتدائية محل الاعتراض، والحكم بإرجاع رأس المال المقبوض من المدعى عليه - حسب دعواه - وقدره مليون وستة مائة ألف ريال؛ وبإحالة القضية إلى هذه الدائرة، باشرت دراستها وتفحص مستنداتها ودراسة الحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه، ثم حددت لنظرها جلسة اليوم الأربعاء الموافق ١٤٤٤/٧/٢٤ هـ حيث افتتحت هذه الجلسة عبر الاتصال المرئي (عن بعد) وحضرها المدعي أصالة ووكيلاً عن بعض المدعين وهم/...، سجل مدني رقم: (...). بموجب وكالة عن المدعي/... رقم ٤٣٣٦٤٨٢٢٤ ووكالة عن المدعية/... رقم ٤٣٣٦٤٦٧٢٣، ووكالة عن المدعي/... رقم ٤٣٣٦٤٧٧٢٤ كما حضرها وكيل المدعى عليه/... سجل مدني رقم: (...). بموجب وكالة رقم ٤١٦٥٤٠٠٦ وبعد الاطلاع على ملف القضية والحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه؛ رأت الدائرة صلاحية القضية للفصل فيها، ورفعت الجلسة للمداولة والحكم.

الأسباب:

بما أن الاعتراض تم تقديمه خلال المدة النظامية؛ فيكون مقبولاً شكلاً. وأما الموضوع، فبما إنه لم يظهر للدائرة من خلال الاطلاع على أوراق القضية وتفحصها ما يحول دون تأييد الحكم، فإنه وبناءً على ما تقدّم؛ تنتهي الدائرة إلى تأييد نتيجة الحكم في هذه الدعوى محمولاً على أسبابه، وبه تقضي.

نص الحكم:

حكمت الدائرة بتأييد حكم الدائرة التجارية الأولى بالمحكمة التجارية ببيردة المؤرخ بـ ١٥ / ٠٦ / ١٤٤٤ هـ في القضية رقم ٤٣٩٤٥٩٧٤٨ لعام ١٤٤٣ هـ القاضي برفض الدعوى، لما هو مبين بالأسباب، وبالله التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

العضو الأول (...). العضو الثاني (...). رئيس الدائرة القضائية. (...)

أثر قرينة: (الأمانة) على الحكم القضائي:

إن أثر قرينة: (الأمانة) ظاهر بين على الحكم القضائي، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الدائرة ناظرة القضية استصحبت هذه القرينة في نظرها لهذه القضية، في توزيع عبء الإثبات، فجعل البيئة على خصم الأمين - الذي هو المدعي - ولم يطلب من المدعى عليه بيئة على ما ادعاه من عقد الوكالة، فكانت بذلك قرينة: (الأمانة) دافعة عن صاحبها عبء الإثبات إلى خصمه.

الوجه الثاني: أن الدائرة ناظرة القضية اعتبر قرينة: (الأمانة) مقوية جانب المدعى عليه ومرجحة قوله، فكان قوله مقدماً بيمينه فيما ادعاه من وكالة

ونفي الشراكة، فحكم بمقتضى قوله بعد أدائه اليمين فانفتت الشراكة، فانتهى الأصل الذي بنى عليه المدعي دعواه، فحكم برفضها.

الحكم الثاني^(١):

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى الدائرة الأولى وبناء على القضية رقم (٤٣٩٠٩٠٧٦٢) لعام ١٤٤٣هـ.

المدعي: ... المدعى عليه: ...

الأسباب:

تأسيسا على ما سبق، وبما أن هذه الدعوى متعلقة بشركة مضاربة فتكون الدائرة مختصة بنظرها بناء على الفقرة (٣) من المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٤٤١ / ٨ / ١٥ وبما أن الأصل في المضاربة أن يد المضارب يد أمانة وأنه لا يضمن ما لم يتعد أو يفرض، وبما أن المدعي لم يقدم بينة على تعدي المدعى عليه أو تفريطه، وبما أن المدعى عليه دفع بوجود مخالصة أمام مركز شرطة البرك على أن يستلم المدعي القارب وينقل باسمه وتنتهي الشراكة بينهما، وقدم شهادة على ذلك كما هي مثبتة في وقائع هذا الصك وقد طلبت منه الدائرة أداء اليمين فأداها كما طلب منه ولما رواه ابن عباس رضي الله عنهما من أن

(١) اقتصر من الحكم على أسبابه ومنطوق حكمه لكفايته عن غيرها، ومن أراد التفصيل فالحكم منشور في البوابة القضائية العلمية، ورابطه:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/60637>.

رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بشاهد ويمين وعليه انتهت الدائرة إلى المنطوق
الوارد في حكمها أدناه.

نص الحكم:

حكمت الدائرة برفض هذه الدعوى وذلك لما هو مبين في الأسباب
وبالله التوفيق والسداد.

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى دائرة الاستئناف الأولى وبناء على القضية رقم ٤٣٩٠٩٠٧٦٢

لعام ١٤٤٣ هـ

المدعي: ...

المدعى عليه: ...

الوقائع:

بما أن الوقائع أوردها حكم الدائرة الابتدائية والمنوه بيناتها بأعلاه فإن
دائرة الاستئناف تحيل إليه وإلى أسبابه منعاً للتكرار وطلباً للاختصار
وملخصها أن وكيل المدعي تقدم بصحيفة دعوى تضمنت ما نصه: (إنه في
تاريخ: ٢٠/١٠/١٤٤٢ هـ اتفق موكلي مع المدعى عليه على شركة مضاربة
على أن يكون المال من موكلي والجهد وبذل العمل من المدعى عليه وذلك
بعد أن أخبر المدعى عليه موكلي أنه خبير في مجال اليخوت والقوارب
ويعرف فيها ويوجد سياقتها جيدا وعرض على موكلي شراء يخت والعمل به
في بحر البرك فوافق موكلي على الشراكة وسلمه مبلغ وقدره (٧٥٠٠٠ ريال)

بتاريخ ١٤٤٢/١١/٠١ هـ من أجل شراء اليخت من قبل المدعى عليه وتم شراء اليخت من قبل المدعى عليه وتم تسليمه أيضا مبالغ أخرى من أجل السفر ونقل اليخت إلي محافظة البرك على أن يعمل عليه المدعى عليه ويكون الربح مناصفة بينه وبين موكلني لكل منهم ٥٠٪، وفي أول نزول لليخت البحر بقيادة المدعى عليه سقط اليخت في البحر مباشرة وتركه لمدة (٧) أيام في البحر ولم يتم بإخراجه حتى علم موكلني بذلك وقام بإخراجه بعد جهد جهيد لكون القارب كان باسم المدعى عليه، وبعد إخراجه من البحر عرضه موكلني على مهندس قوارب فتيين أن القارب فيه عيوب عدة مع أن المدعى عليه قد أخبر موكلني أنه جيد ولا يوجد به عيوب، ونرفق لفضيلتكم التقرير الفني الذي يثبت عدم صلاحية القارب لكون المدعى عليه لم يتم بالفحص الفني له وهذا تفريط منه وكذلك ما لحق القارب بسبب سقوطه في البحر وتركه لمدة سبعة أيام دون انتشاله من البحر وزيادة على ذلك لا يجيد قيادة اليخوت وسبب تفريطه كله خسر موكلني رأس المال.

ولجميع ما سبق ذكره وبيانه ولتفريط المدعى عليه ولأن المضارب ضامن ما يفرط فيه لأن يده يد أمانه، وبعد عرض قيمة اليخت السوقية بحالته الراهنة بمبلغ إجمالي وقدره: (١٥٠٠٠٠) خمسة عشر ألف، فالمتبقي من قيمة اليخت (٦٠٠٠٠) ستون ألف ريال، وجميع ما تم دفعه كرأس مال أثناء الشراء للسفر ونقل اليخت وكذلك ما تم دفعه بعد إخراج القارب وإرساله للصيانة بمبلغ إجمالي وقدره: (٣٢٣٧٠) اثنان وثلاثون ألفاً وثلاثمائة وسبعون ريالاً واختتم صحيفة دعواه بطلب إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ وقدره: (٩٢٣٧٠) اثنان وتسعون ألفاً وثلاثمائة وسبعون ريالاً ثم انتهت الدائرة إلى حكمها المستأنف القاضي برفض هذه الدعوى فاعترض عليه

وكيل المدعي وتقدم بلائحة اعتراضية تضمنت طلب قبول اللائحة شكلاً وموضوعاً مرافعة وإلغاء حكم الدائرة برفض الدعوى والحكم لموكلي بإلزام المدعى عليه بمبلغ وقدره اثنان وتسعون ألف وثلاثمائة وسبعون ريال وباطلاع الدائرة عقدت جلسة استئناف للترافع عبر الاتصال المرئي (عن بعد) حضرها المستشارف وكالة/...، هويته الوطنية برقم (...). بموجب الوكالة رقم (٤٤٤٣٢٧٥٢٤) بتاريخ ٢٣ / ٨ / ١٤٤٤ هـ، كما حضر المستشارف ضده أصالة/...، هويته الوطنية برقم (...). وباطلاع على ملف القضية والحكم الصادر فيها واللائحة الاعتراضية المقدمة رأت الدائرة صلاحية القضية للفصل فيها.

الأسباب:

بعد دراسة أوراق القضية ومستنداتها والحكم الصادر والاعتراض المقدم من وكيل المدعى عليها وما بني عليه من أسباب، فظهر أن الاعتراض قدم خلال المهلة النظامية، ومن ثم فهو مقبول شكلاً. أما عن الموضوع فقد استبان للدائرة صحة النتيجة التي خلصت إليها الدائرة في قضائها، وأن في الأسباب التي أقامت عليها هذا القضاء ما يكفي لتأييد هذا الحكم، ولذلك فإن هذه الدائرة تؤيد الحكم محمولاً على أسبابه.

نص الحكم:

حكمت الدائرة بتأييد الحكم الصادر من الدائرة التجارية الأولى بالمحكمة التجارية بأبها في القضية رقم ٤٣٩٠٩٠٧٦٢ لعام ١٤٤٣ هـ والحكم رقم (٤٤٣٠٤٤٧٢٨٨) والمؤرخ بتاريخ ٢٤ / ٦ / ١٤٤٤ هـ، فيما

انتهى إليه الحكم برفض هذه الدعوى؛ لما هو مبين بالأسباب وبالله التوفيق
وصل الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أثر قرينة: (الأمانة) على الحكم القضائي:

إن أثر قرينة: (الأمانة) ظاهر على هذا الحكم القضائي؛ وذلك بترجيح
جانب المضارب بأنه أمين فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط، فجرى طلب البينة
من المدعي على ما ذكره من التفريط، فلم يقدم بينة، فلم يلتفت لدعواه
ورجح جانب المضارب بأمانته، وأقام المدعى عليه شهادة على المخالصة،
فعضدتها الدائرة بيمين المدعى عليه ورفضت الدعوى.

الفصل الثالث

أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)

وفيه تمهيد، وستة مباحث:

المبحث الأول: اختلاف البائع والمشتري فيما يفسد العقد.

المبحث الثاني: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق.

المبحث الثالث: اختلاف البائع والمشتري في بيع مال غيرهما بغير إذنه.

المبحث الرابع: اختلاف البائع والمشتري مع الموكل فيما يبطل البيع.

المبحث الخامس: الاختلاف مع الضامن فيما يفسد العقد.

المبحث السادس: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)^(١) مكونة من عدة مصطلحات ومفردات، وقد سبق تناول بعضها في فصول سابقة، وهي: (الظاهر، والحال)، والمقصود منها هناك هو المقصود بها هنا، فيقتصر البحث في هذه المسألة على غيرها، وهي:

(١) وإنما اخترت الإبقاء على التعبير بهذه الصياغة عن الصيغة المشهورة: (الأصل في العقود الصحة) لأمر:

الأول: أنها هي الصيغة التي اختارها صاحب كشف القناع للتعبير عن هذه القرينة. الثاني: أنها أوضح دلالة على أن هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر؛ إذا عبر بلفظ (الظاهر) فيها، وهي حقيقتها؛ إذ هي مما ينقل عن الأصل إذ الأصل براءة الذمة من الالتزام الناشئ عن العقد، ولكن الظاهر صحته ولزومه، أو أن الصحة هي الظاهر من عقود المسلمين والغالب عليها ما لم يطرأ عائق أو يمنع مانع من ذلك، بل صرح بعض الفقهاء على أن الأصل المقصود في الصيغة المذكورة هو الظاهر. ينظر: الأشباه والنظائر؛ لابن السبكي: (١/٢٥٣)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/٩١٨).

الثالث: أن التعبير عنه بالظاهر هو ما أخذ كثير من المتقدمين - فيما وقفت عليه - ينظر في ذلك مثلًا: الفروق: (٤/٧٣)، المثور: (١/١٣٣). الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: (١/١٧٨)، المغني: (٦/٢٨٥).

المفردة الأولى: (المسلم)^(١):

لغة: اسم فاعل من الإسلام، وأصله: (أسلم)، من: (سَلِمَ)، والهمزة للتعدية؛ قال ابن فارس: «السين واللام والميم معظم بابه من الصحة والعافية، ويكون فيه ما يشذ، والشاذ عنه قليل، فالسلامة أن يسلم الإنسان من العاهة والأذى... ومن الباب أيضًا: الإسلام، وهو الانقياد؛ لأنه يسلم من الإباء والامتناع»^(٢).

اصطلاحًا: عرفه النبي الإسلام صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقوله: «الإسلام: أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، وتقيم الصلاة، وتؤتي الزكاة، وتصوم رمضان، وتحج البيت إن استطعت إليه سبيلاً»^(٣).

وعرف صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المسلم بقوله: «المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده»^(٤).

ففسر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الإسلام بأعمال الجوارح الظاهرة من القول والعمل، وأن المسلم من قام بالأعمال الظاهرة، وبهذا يتبين أن المسلم هو

(١) وإضافة قيد الإسلام في هذه القرينة محل خلاف، فقد نص الشافعية على أن «الأصح تصديق مدعي الصحة بيمينه غالباً، مسلماً كان أو كافراً». ينظر نهاية المحتاج: (٤/١٦٨).
(٢) مقاييس اللغة؛ مادة: (سلم): (٣/٩٠)، وينظر: لسان العرب؛ مادة: (سلم): (٧/٢٤٣).

(٣) جزء من أول حديث أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، (ص ٢٩)، برقم: [٩٣] - ١ ((٨))، وأخرج البخاري بعضه عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) هو جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الإيمان، باب: المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، (١/١٩٦-١٩٧)، برقم: (١٠)، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، (ص ٤٢)، برقم: [١٦٢] - ٦٥ - ((٤١)).

من ظهرت عليه أمارات أهل الإسلام مما ذكر وغيره، وحكم عليه به، وأجريت عليه أحكامه^(١)، وهو المقصود بهذه المفردة في التعريف.

المفردة الثانية: (يتعاطى):

لغة: أصلها: (عطو)، قال ابن فارس: «العين والطاء والحرف المعتل أصل واحد صحيح يدل على أخذ ومناولة، لا يخرج الباب عنهما... ومنه اشتق الإعطاء، والمعاطاة: المناولة، ويقال: عاطي الصبي أهله؛ إذا عمل لهم وناول ما أرادوا، والعطاء: اسم لما يعطى، وهي العطية، والجمع عطايا، وجمع العطايا أعطية... ويقولون: إن التعاطي: تناول ما ليس له بحق؛ يقال: فلان يتعاطى ظلم فلان، وفي كتاب الله تعالى: ﴿فَتَعَاطَى فَقَرَ﴾^(٢)»، «وتعاطينا فعطوته أي: غلبته... تعاطينا وتعطينا فتعاطينا من اثنين... وفرق بعضهم بينهما فقال: هو يتعاطى الرفعة ويتعاطى القبيح»^(٤).

ول (التعاطي) في اللغة معان^(٥):

- ١- تناول ما ليس له بحق؛ كما سبق.
- ٢- تناول معالي الأمور وقصدها.
- ٣- التناول مطلقاً، ومنه تعاطى الشيء إذا تناوله.

(١) ينظر: جامع العلوم والحكم: (ص ٢٢-٢٤)، وهو شرح للحديث الثاني من الأربعين النووية، فراجع لمزيد تفصيل في معنى الإسلام والإيمان والفرق بينها.

(٢) سورة القمر، الآية (٢٩).

(٣) مقاييس اللغة؛ مادة: (عطو): (٤/٣٥٣-٣٥٤).

(٤) لسان العرب؛ مادة: (عطو): (١٠/١٩٧).

(٥) ينظر: النهاية؛ مادة: (عطا): (٢/٢٢٤)، لسان العرب؛ مادة: (عطو): (١٠/١٩٦-١٩٧).

(١٩٧)، القاموس المحيط؛ مادة: (عطو): (ص ١٣١٢-١٣١٣).

٤- وتعاطوا الشيء: تناوله بعضهم من بعض وتنازعه.

٥- وفلان يتعاطى كذا أي: يخوض فيه.

٦- التناول والجرأة على الشيء.

٧- وهو يعاطيني؛ أي: ينصفني ويخدمني.

٨- القيام على أطراف أصابع الرجلين مع رفع اليدين إلى الشيء.

وهذه المعاني متقاربة سوى الأخير؛ فإنها تتضمن معنى التناول إما الحسي أو المعنوي، أو وصف هذا التناول بأنه في معالي الأمور أو قبيحها أو أنه جريء أو بمنازعة، ولعل الأخير دخل فيما أطلق عليه التعاطي؛ لأن أهم أعمال الخدمة تناول الشيء أو مناولته للمخدوم، وهذا المعنى الذي اشتركت فيه هذه المعاني هو المقصود من هذه المفردة بأن يتناول العقد.

المقصود به: لا يخرج المقصود به عن المعنى المختار لغة.

المفردة الثالثة: (عقد صحيح):

هي مكونة من كلمتين:

الأولى: (عقد):

لغةً: قال ابن فارس: «العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شدّ وشدّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها. من ذلك عَقَدَ البناء، والجمع أعقاد وعقود... وعَقَدْتُ الحبلَ عَقِدُهُ عَقْدًا وقد انعقد، وتلك هي العقدة»^(١).
«وعَقَدَ الحَبْلَ والبَيْعَ والعَهْدَ يَعْقِدُهُ عَقْدًا، فانعقد: (شَدَّهُ)، والذي صرح به أئمة الاشتقاق: أن أصل العَقْدِ يَقِيضُ الحَلَّ، عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا وتَعَقَدًا،

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (عقد): (٤/٨٦).

وَعَقْدَهُ، وَقَدْ أُنْعِدَ، وَتَعَقَّدَ، ثُمَّ اسْتَعْمَلَ فِي أَنْوَاعِ الْعُقُودِ مِنَ الْبُيُوعَاتِ، وَالْعُقُودِ وَغَيْرِهَا، ثُمَّ اسْتَعْمَلَ فِي التَّصْمِيمِ وَالِاعْتِقَادِ الْجَازِمِ»^(١).

اصطلاحًا:

يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين:

المعنى الأول: المعنى العام:

وهو: «ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود - عقود المبيعات - ونحوها، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرًا مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوزات عقودًا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمي اليمين على المستقبل عقدًا لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضًا عقودًا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور

(١) تاج العروس؛ مادة: (عقد): (٣٩٤ / ٨)، وينظر: النهاية؛ مادة: (عقد): (٢ / ٢٣٢) - (٢٣٣)، لسان العرب؛ مادة: (عقد): (١٠ / ٢٢٠ - ٢٢٣)، القاموس المحيط؛ مادة: (عقد): (ص ٣٠٠).

== قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) = { ٩٣٧ }

وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك»^(١)، وهو بذلك يشمل المعنى الخاص، ويرادف مصطلح (الالتزام)^(٢).

المعنى الثاني: المعنى الخاص:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف العقد:

وعرفه الحنفية بأنه: «ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً»^(١).

وعرفه المالكية بأنه: «كل ما يتوقف على إيجاب وقبول»^(٤)، وبأنه: «الإيجاب والقبول»^(٥).

وعرفه الشافعية بأنه: «ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي»^(٦).

وعرفه الحنابلة بأنه: «المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول»^(٧).

وعرف عند المعاصرين بأنه: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»^(٨).

وبتأمل هذه التعاريف يتبين أنها متقاربة سوى أن بعضها نص على أن ارتباط الإيجاب بالقبول يكون شرعياً، وبعضهم أضاف الالتزام على

(١) أحكام القرآن؛ للخصاص: (٣/٢٨٥)، واستفدت وضع «عقود المبيعات» بين الشرطتين من: أثر اختلال التوازن في العقود المالية؛ للدكتور: أحمد البدراني: (ص ٢٧).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/٢٩١٧-٢٩١٨).

(١) التعريفات: (ص ٢٤٨). (٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/٥).

(٥) المقدمات الممهدة: (٢/٤٠٩). (٦) المثور: (٢/١٢٢).

(٧) المادة: (١٦٢) من مجلة الأحكام الشرعية؛ للقاري.

(٨) المدخل الفقهي العام: (١/٣٨٢)، وجمع به المؤلف بين المادتين: (١٠٣، ١٠٤) من مجلة الأحكام العدلية.

التعريف، ولعل الأولى عدم تقييده بالتزام؛ لتدخل العقود غير اللازمة كالجعالة والمضاربة، وقد يقال: إنها داخلة، وإن قيد بالالتزام؛ لأنه لا يخلو عقد من التزام مبتدأ، وزاد التعريف الأخير بأن الارتباط يثبت أثره في محله، ولعل تقييد الارتباط بأنه شرعي أو أنه يثبت أثره في محله خاص بالعقد الصحيح، فأما العقد فيشمل بعمومه الصحيح والفساد^(١).

وهذا المعنى الثاني هو المقصود من العقد في هذه القرينة^(٢).

الثانية: (صحيح):

لغة: مصدر الفعل: (صَحَّ)؛ قال ابن فارس: «الصاد والحاء أصل يدل على البراءة من المرض والعيب، وعلى الاستواء، من ذلك الصحة: ذهاب السُّقْم، والبراءة من كل عَيْب، والصَّحِيح والصَّحَّاح بمعنى»^(٣) «وقد استعيرت الصحة للمعاني، ف قيل: صَحَّت الصلاة إذا أسقطت القضاء، وصَحَّ العقد إذا ترتب عليه أثره، وصَحَّ القول إذا طابق الواقع، وصَحَّ الشيء يصحُّ من باب ضَرَبَ، فهو صحيح والجمع صحاح مثل كريم وكرام... والصحيح الحق وهو خلاف الباطل... ورجل صحيح الجسد خلاف المريض، وجمعه: أصحاء»^(٤).

(١) ولمزيد تفصيل في مصطلح العقد ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٢٩١٧-٢٩٢٠)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: (١/ ٤٧-٥٠)، أسباب انحلال العقود المالية: (ص ٣٣-٣٥)، أسباب انحلال العقود غير المالية: (ص ٤١-٤٩).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١/ ٥٦٢-٥٦٣، ٢/ ٩١٤-٩١٥).

(٣) مقاييس اللغة؛ مادة: (صَحَّ): (٣/ ٢٨١)، وينظر: النهاية؛ مادة: (صحيح): (٢/ ١٣-١٤)، لسان العرب؛ مادة: (صحيح): (٨/ ٢٠١-٢٠٢).

(٤) المصباح المنير؛ مادة: (صحيح): (ص ١٢٧)، وينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (صحيح): (ص ٢٢٨).

اصطلاحاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الصحيح:

ف عند الحنفية: «ما اجتمع أركانه وشرائطه حتى يكون معتبراً في حق الحكم»^(١).

وعند المالكية: ما «ترتب آثار العمل عليه»^(٢).

وعند الشافعية: «ما استجمع جميع أركانه وشرائطه»^(٣).

وعرف الحنابلة صحة المعاملة: «ترتب أحكامها المقصودة بها عليها»^(٤)،

وصحة العقد بأنه: «ترتب أثره من ملك وغيره»^(٥).

فيظهر من التعريفات السابقة أن بعضها عرف الصحيح بماهيته؛ بأن جعله ما استجمع أركانه وشرائطه، وبعضهم عرف الصحيح بأثره، بأن جعله ما أنتج الأثر المطلوب من العقد، ولعضهم جمع بينها كما في التعريف الأول، ولا شك أن الأولى تعريف الصحيح بماهيته^(٦).

(١) التعريفات: (ص ٢١٨).

(٢) الموافقات: (١/ ٢٥٩)، وهو تعريف الصحة عنده، وذكر أنها تطلق «باعتبارين: أحدهما: أن يراد بذلك ترتب آثار العمل عليه في الدنيا... وكما نقول في العادات: إنها صحيحة بمعنى أنها محصلة شرعاً للأعمال، واستباحة الأبدان، وجواز الانتفاع، وما يرجع إلى ذلك. والثاني: أن يراد به ترتب آثار العمل عليه في الآخرة؛ كترتب الثواب، فيقال: هذا عمل صحيح، بمعنى أنه يرجى به الثواب في الآخرة، ففي العبادات ظاهر، وفي العادات يكون فيها نوى به امتثال أمر الشارع وقصد به مقتضى الأمر والنهي، وكذلك في المخير إذا عمل به من حيث إن الشارع خير...».

(٣) تحقيق المراد؛ للعلائي: (ص ٧٢).

(٤) التحبير: (٣/ ١٠٨٥)، شرح الكوكب المنير: (١/ ٤٦٧).

(٥) التحبير: (٣/ ١٠٩٠)، شرح الكوكب المنير: (١/ ٤٦٨).

(٦) ولعل اختلاف التعريفات يرجع إلى أن بعضها تعريف للصحة لدى الأصوليين وبعضها تعريف للصحيح لدى الفقهاء.

وأما العقد الصحيح، فسبق تعريف له بأنه: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»^(١).

وعرف أيضًا بأنه: «ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبرًا شرعًا في حق الحكم»^(٢).

وهما تعريفان متقاربان، ولكن الثاني نص على اعتبار الشروط لصحة العقد، ونص كذلك على الاعتبار الشرعي للتأثير، فلعله بذلك يشمل عدم المانع، فهو أولى.

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة جملة:

إن قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا): هي أن ما يكون عليه المسلم في تعامله يدل على أنه لا يتناول إلا ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون على وجه تترتب عليه الآثار التي قررهما الشارع للعقد الصحيح إثر إتمامه.

فإن اختلف المتداعيان فادعى أحدهما أن ما جرى بينهما من تعامل هو ما استجمع الشروط والأركان وانتفت عنه الموانع، فوقع على وجهه الشرعي،

(١) المدخل الفقهي العام: (١/ ٣٨٢)، وجمع به المؤلف بين المادتين: (١٠٣، ١٠٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/ ٩١٥-٩١٦)، وبين المراد بكون (العقد معتبرًا في حق الحكم): بـ«حصوله على وجه تترتب عليه الآثار التي قررهما الشارع للعقد الصحيح إثر إتمامه؛ وذلك يكون باستكمال لأركانه وشروطه الموضوعية له شرعًا، فالصحة هي ترتب علة هذا الأثر».

== قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) = ٩٤١ :

وادعى الآخر فساد العقد بتخلف ركن أو شرط أو وجود مانع، فالمقدم قول من يدعي الصحة^(١).

(١) ينظر: ضوابط يعرف بها المكلف بالإثبات: (ص ٣٩).

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقريظة



إن لقريظة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) أدلة دلت على اعتبارها من الكتاب واتفق الفقهاء والمعقول:

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿لَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ﴾ (١٣) (١).

وجه الاستدلال: أن الآية فيها «أمر المؤمنين بأن يظنوا خيرًا بمن كان ظاهره العدالة وبراءة الساحة وأن لا يقضوا عليهم بالظن... وهو يوجب أن يكون أمور المسلمين في عقودهم وأفعالهم وسائر تصرفهم محمولة على الصحة والجواز وأنه غير جائز حملها على الفساد وعلى ما لا يجوز فعله بالظن والحسبان ولذلك قال أصحابنا فيمن وجد مع امرأة أجنبية رجلا فاعترف بالتزويج إنه لا يجوز تكذيبهما بل يجب تصديقهما...» (٢).

اتفاق الفقهاء:

اتفق الفقهاء رَجَهُمُ اللَّهُ عَلَى قريظة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)، وتأثيرها في ترجيح قول أحد المتداعين، ولكن الخلاف وقع في ترجيحها على أن الأصل عدم العقد الصحيح، أو أن الأصل عدم

(١) سورة النور، الآية (١٢). (٢) أحكام القرآن؛ للجصاص: (١٦١/٥).

الشرط، أو الإنكار، أو وجود ظاهر أقوى منها من عرف أو غلبة فساد ونحوه^(١)، ولعل فيما يأتي من مسائل هذا الفصل ما يبين ذلك ويوضحه.

(١) ينظر: المبسوط: (١/١٢٤، ٢٢/٩٠)، حاشية ابن عابدين: (٩/٣٠)، فتح القدير مع العناية: (٥/٣٥٠)، البيان والتحصيل: (١٥/٤٢٠-٤٢١)، الفروق: (٤/٧٣)، شرح الخرشي: (٦/٢٢٥)، مغني المحتاج: (٢/٣١٥)، تحفة المحتاج: (٤/٤٨٣)، كشف القناع: (٣/٢٣٩)، شرح المنتهى: (٣/٢٢٨)، معلمة زايد: (١٦/٢٣)، ويتنبه إلى الفرق بين هذه القرينة الدالة على ترجيح قول مدعي الصحة، وبين قاعدة (الأصل في العقود الصحة واللزوم)، فإن بينهما فروقاً، منها:

الفرق الأول: أن هذه القرينة أقوى مستند لها هو الظاهر وواقع الحال، وعليه فتجرى على ظاهرها ويعمل بها ما لم يتغير واقع المسلمين بأن يغلب عليهم تناول العقود الفاسدة والمحرمة، فيرجح قول مدعي فساد العقد (ينظر: شرح الخرشي مع حاشية العدوي: (٦/٢٢٥-٢٢٦)، معلمة زايد: (١٦/٢٢-٢٣))، وهذا بخلاف قاعدة: (الأصل في العقود الصحة واللزوم) فهي مستندة على أصول وأدلة كثيرة من الكتاب والسنة تنظر في: القواعد النورانية: (ص ٢٥٦-٣٠٢)، وأن الأصل في العقد والشرط المتفق عليه بين المتعاقدين الصحة واللزوم ما لم يرد دليل بطلانه، فلا يحجر على المتعاقدين بعض الشروط والعقود دون بعض إلا بدليل.

الفرق الثاني: أن هذه القرينة ترد في حال لم يثبت فيه المبطل للعقد، وإنما وقع النزاع في ثبوته، فيرجح بناء عليها قول مدعي الصحة، وأما قاعدة: (الأصل في العقود الصحة واللزوم)، فهما اتفق على وجود محل النزاع، ولكن ادعى أحدهما أنه مؤثر على العقد وصحته، وادعى الآخر أن العقد صحيح وأن ما جرى بينهما لازم ويجب الوفاء به ولا يؤثر على العقد، فالثاني هو الذي يرد عليه الخلاف بين الفقهاء في أن (الأصل في العقود الصحة واللزوم) أو أن (الأصل فيها الحظر) ينظر: القواعد النورانية: (ص ٢٥٦-٣٠٢). ينظر هذا الفرق في: الأشباه والنظائر؛ لابن السبكي: (١/٢٥٣-٢٥٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة: (٢/٨٢٥).

ولكن قد يقال: إن قاعدة (الأصل في العقود الصحة واللزوم) تشمل بعموم لفظها صورتين المذكورتين، وهو ظاهر صنيع بعض الباحثين. ينظر مثلاً: الأصل والظاهر في القواعد الفقهية: (ص ٤٨٦)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/٩٢٠-٩٢٩)، وعلى كل حال إن سلم الاتفاق على اعتبار القرينة فذاك، وإلا فإن الخلاف فيها هو الخلاف في المسألة الأولى من هذا الفصل.

ومن المعقول:

- ١- أن الأصل عدم المفسد فهو طارئ عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم^(١).
- ٢- أن الشارع يتشوف إلى الإلزام بالعقود والعمل بمقتضاها، وفي حمل العقد على الصحة وتقديم قول مدعيها عمل بمقصود الشارع هذا وتحقيق له^(٢).
- ٣- أن صحة التعاقد مقصود المتعاقدين، ففي حمله عليها إعمال كلامهما بتحقيق مقصودهما على وجه شرعي، وهو أولى من إهماله، فكان أولى؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله^(٣).

(١) ينظر: مغني المحتاج: (٥١٣/٢).

(٢) ينظر: أسنى المطالب: (١١٦/٢)، مغني المحتاج: (٥١٣/٢)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٩٢٧/٢).

(٣) ينظر: المبسوط: (١٨٧/١٢)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٩٢٦/٢).

المبحث الأول
اختلاف البائع والمشتري فيما
يفسد العقد^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٣٩).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف البائع والمشتري في مفسد للعقد، كأن ادعى أحدهما جنونًا أو إكراهًا أو صغرًا عند التعاقد، أو غير ذلك، وأنكره الآخر وادعى صحة العقد، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: إن اختلفا بين الصحة والبطلان قدم قول مدعي البطلان، وأما إن اختلفا في الصحة والفساد قدم قول مدعي الصحة، وهو مذهب الحنفية^(١).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٦/٤٣٨-٤٣٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/٣٤٧)، والتفصيل المذكور انفرد به المرجع الأخير.
والفرق بين الباطل والفساد عند الحنفية أن الباطل هو ما لم يشرع لأصله ولا بوصفه، وأما الفاسد، فهو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، ومرادهم من مشروعية أصله: كونه مالا متقومًا لا جوازه، وإنما أطلقوا المشروعية على الأصل نظرًا إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعًا. ينظر: كشف الأسرار: (١/٢٥٩)، تبين الحقائق: (٤/٤٤)، البحر الرائق: (٦/١١٢-١١٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الظاهر شاهد لمدعي الصحة؛ لأن عقل الإنسان ودينه يمنعه عن مباشرة العقد الفاسد وعن دعوى الصحة كاذبًا، وظاهر عقل مدعي الفساد ودينه إن كان يمنعانه عن دعوى الفساد كاذبًا يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، فظاهر عقل مدعي الفساد شاهد له من وجه وعليه من وجه وظاهر عقل مدعي الصحة شاهد له من كل وجه، والقول قول من يشهد له الظاهر، فمن كانت شهادة الظاهر له أكثر كان قوله أولى بالقبول^(١).

٢- إذا كان مدعي الفساد بدعوى الفساد يدفع استحقاق مال عن نفسه لو جعلنا القول قول مدعي الصحة بشهادة الظاهر له، فقد جعلناه مستحقًا مألًا على صاحبه - مدعي الصحة - بشهادة الظاهر على سبب الفساد، فيؤدي إلى فسخ العقد، واستحقاق ما دفع مدعي الفساد على مدعي الصحة، والظاهر لا يصلح حجة الاستحقاق، ومتى جعلنا القول قول من يدعي الصحة بشهادة الظاهر لدفع صفة المعصية عن فعلهما - باتصافه بما يفسده - صح؛ فإن المعاصي أبدًا تدفع عن المسلمين بشهادة الظاهر^(٢).

٣- أن بيع العين بيع قائم على العدل بين الجانبين، فمدعي الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق شيء من حيث المعنى؛ لأنه يحصل له مثل ما استحق عليه متى صح العقد، فكأنه لم يستحق عليه شيئًا بالعقد، فبقي مجرد دعوى الفساد من غير دفع الاستحقاق فيكون القول قول مدعي الصحة^(٣).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٤٣٨/٦)، حاشية ابن عابدين: (٣٤٧/٧).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٤٣٨/٦). (٣) ينظر: المرجع السابق.

٤- أنهما اتفقا على عقد واحد؛ لأن البيع باشتراك شرط فاسد لا يصيره عقداً آخر بل يكون بيعاً فاسداً، فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده، فكان القول قول من يوافق ما اتفقا عليه من البيع الصحيح^(١).

٥- أن مدعي الفساد يدعي حق فسخ العقد بفساده، وخصمه ينكر فكان القول المقدم قوله^(٢).

٦- وأما تقديم قول مدعي البطلان، فلأنه ينكر أصل البيع، وانعقاد البيع حادث، والأصل عدمه فكان القول المقدم قول من ينفيه^(٣).

القول الثاني: أن القول المقدم قول مدعي الصحة بيمينه، وهو مذهب المالكية^(٤)، والأصح في مذهب الشافعية^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الغالب والظاهر تجنب العقد الفاسد وأن الإنسان لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً، فكان القول المقدم قول من يشهد له هذا الظاهر^(٧).

(١) ينظر: المرجع السابق: (٤٣٩/٦).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٣٤٧/٧). (٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: التلقين: (٣٩٥/٢)، الذخيرة: (٣٢١/٥)، منح الجليل: (٣٢٧-٣٢٨/٥) على تفصيل عندهم فيما إذا أدى الاختلاف إلى الزيادة في الثمن أو نقصانه، وفيما إذا غلب الفساد، أو إذا فاتت السلعة، ينظر في المرجعين الأخيرين.

(٥) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٣٧٨/٤)، روضة الطالبين: (٣٧٨/٣)، أسنى المطالب: (١١٦/٢)، مغني المحتاج: (٣١٥/٢)، نهاية المحتاج: (١٦٧-١٦٨/٤)، تحفة المحتاج: (٤٨٣/٤)، وهم من انفرد بالنص على أن ظاهر العقود الصحة يشمل حتى الكافر.

(٦) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٨١-٤٨٢/١١)، كشف القناع: (٢٣٩/٣)، شرح المنتهى: (٢٢٨/٣).

(٧) ينظر: الذخيرة: (٣٢١/٥)، العزيز شرح الوجيز: (٣٧٨/٤)، أسنى المطالب: (١١٦/٢) -

(١١٧)، مغني المحتاج: (٣١٥/٢)، نهاية المحتاج: (١٦٧-١٦٨/٤)، تحفة =

== قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) = ٩٤٩

ونوقش: بأن هذا لا يمنع من وجود حالات كثيرة يقع العقد فيها فاسدًا لأسباب كثيرة، كما هو مشاهد في هذا الزمان الذي كثر فيه الغش والاحتيال وقل الوازع^(١).

ويجاب عن ذلك: بأن هذا وإن كان مسلمًا فيما يتعلق بالكفار وبلادهم، فورود المفسد على عقودهم نحو الربا والغرر الفاحش وغيره كثير مؤثر على هذا الظاهر، ولكن بالنسبة للمسلمين، فإن الظاهر المذكور لا يزال حاضرًا قويًا - خصوصًا بالنسبة للأفراد - يشهد له كثرة الأسئلة والاستفتاءات التي ترد للمفتين للاستفسار عن حل عقد أو حرمة، ووجود جهات وهيئات متخصصة في دراسات المعاملات المالية، وإيجاد البدائل الخالية من المفسد الشرعية، واستمرارها وانتفاع الناس بها في نواح كثيرة من بلاد الإسلام.

٢- أنهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده، فكان القول المقدم قول مدعي الصحة؛ لأن الأصل عدم المفسد^(٢).

= المحتاج: (٤/٤٨٣)، الشرح الكبير: (١١/٤٨١-٤٨٢)، كشاف القناع: (٣/٢٣٩)، شرح المنتهى: (٣/٢٢٨)، ونص الشافعية والحنابلة في أكثر المراجع السابقة على أنه إن عضد جانب مدعي الفساد ظاهر كترسيم على مدعي الإكراه أو إمكان صغر أو جنون على مدعيه فيصدق بيمينه.

(١) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٨-٥٩).

(٢) ينظر: مغني المحتاج: (٢/٣١٥)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٧-١٦٨)، تحفة المحتاج: (٤/٤٨٣)، الشرح الكبير: (١١/٤٨١-٤٨٢)، كشاف القناع: (٣/٢٣٩).

القول الثالث: أن المقدم قول مدعي الفساد بيمينه، وهو قول عند الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم العقد الصحيح، وبقاء الملك للمالك، فهو كما لو اختلفا في أصل البيع^(٣)، فيصدق قول من ينفيه، فكذلك هنا يقدم من يقتضي قوله رفع البيع وإلغاءه.

ونوقش: بأن هذا معارض بأن الأصل عدم المفسد للعقد واكتمال شروطه وأركانه غالباً، وزاد عليه بتشوف الشارع لإنفاذ العقود والإلزام بها^(٤).

٢- بأن الأصل عدم اكتمال بعض شروط العقد؛ كما في الصغر، فإن الأصل بقاءه، فكان القول قول من يتمسك به^(٥).

الترجيح:

إن بعض ما ذكره الفقهاء من ادعاء المفسد يمكن إثباتها بسهولة في هذا الزمان، والعجز عن إثباتها يدل على عدمها غالباً كما في الصغر، فإن تواريخ الميلاد ضبطت بشهادات الميلاد، والجنون وجدت له مراكز للكشف وبيان

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٧٨)، روضة الطالبين: (٣/٣٧٨)، مغني المحتاج: (٢/٣١٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٨١-٤٨٢) على تفصيل في بعض صور المفسد المدعى والتفريق بينها ينظر فيه المرجعان السابقان.

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٣٧٨)، مغني المحتاج: (٢/٣١٥).

(٤) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١١٦-١١٧)، مغني المحتاج: (٢/٣١٥)، نهاية المحتاج: (٤/١٦٧-١٦٨)، تحفة المحتاج: (٤/٤٨٣).

(٥) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١١/٤٨١-٤٨٢).

مستوى الجنون هل هو مؤثر على الإرادة، ونحو ذلك من أسباب الفساد المدعاة، يمكن معرفة وجودها من عدمها بسهولة، وأما غير ذلك فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في قرائن الأحوال وظاهرها، فإن كان التعامل في بلاد الكفار، أو بلاد المسمين التي ضعف فيها تحكيم الشريعة الإسلامية وانتشرت فيها العقود المحرمة أو المعاوضة على المنافع المحرمة بأن أصبحت هي الظاهر والغالب، أو كان التعامل بالمعاملة المشتمة على المحرم كالربا والغرر الفاحش غالبًا على أناس كما في كثير من صور التمويل أو البيع بالتقسيط التي تجري بين الأفراد أو المؤسسات أو الشركات أو البنوك التي عرفت بهذا النوع من التعامل، أو كانت حال أحد المتعاقدين شاهدة له كما لو كان مخطوفًا أو عقد العقد في حال الحرب، وادعى الإكراه، فيكون القول المقدم قول مدعي الفساد بيمينه، وأما إن دل الظاهر على خلاف ما ذكر بظهور المعاملات المباحة وأنها هي الغالب، فيقدم قول من يشهد له الظاهر.

وإما إن استوى الأمران ووجد الظاهران وتعارضوا، فلعل الراجح تقديم قول البائع؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان»^{(١)(٢)}، فإذا رضى قول البائع وكان ادعاؤه بالفساد فسخ البيع، وإن كان ادعاؤه بالصحة أمضي، وإن لم يرضيا قول البائع فسخ البيع.

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: أثر اختلاف المتبايعين: (ص ٥٩).

ثمرة الخلاف:

لعل ثمرة الخلاف - والله أعلم - تظهر في أنه إن قيل بتقديم قول مدعي الفساد أو البطلان، فإن العقد يفسخ وترد العين إلى البائع، ويرد الثمن إلى المشتري، وأما إن قيل بتقديم قول مدعي الصحة، فإنه يمضى العقد، ويلزم البائع بتسليم العين، ويلزم المشتري بدفع الثمن.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو تعارض الأصل والظاهر، فأما الأصل فهو عدم العقد الصحيح وعدم لزومه وعدم توفر شرطه، وأما الظاهر، فهو أن الظاهر من المسلم أو العاقل ألا يبرم عقدًا إلا صحيحًا وألا يدعي إلا بعقد صحيح.

المطلب الثاني

**أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)
على هذه المسألة**



إن أثر قرينة (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) ظاهر بين على هذه المسألة وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الظاهر من حال المسلم المتقيد بتعاليم الإسلام ظاهرًا أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا، وعليه أعمل هذا الظاهر وأجري في الاختلاف المذكورة في هذا المسألة، فكان مرجحًا جانب مدعي صحة العقد، فقدم قوله.

الوجه الثاني: أن اعتبار هذه القرينة لم يقتصر على مذهب واحد بل اعتبرت المذاهب الأربعة ونصت على تأثيرها في ترجيح قول مدعي الصحة، ولكن تنوعت عباراتهم في التعبير عنها، كما في الدليل الأول للقول الأول والثاني.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فأما الأصول:

الأصل في الأمور العارضة العدم، الأصل بقاء ما كان على ما كان، الإنكار.

وأما الظواهر:

الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا.

ورجح كل من قوي لديه جانبه.

المبحث الثاني
اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض
الثمن في المجلس قبل التفرق^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٩٩).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اتفق المسلم والمسلم إليه على قبض المسلم إليه الثمن، ثم اختلفا، فادعى أحدهما قبضه في مجلس العقد قبل التفرق، وادعى الآخر أن القبض بعد التفرق، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو جدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول من يدعي القبض قبل التفرق بيمينه، وهو قول بعض الحنفية^(١)، ومذهب المالكية^(٢)،

(١) ينظر: المبسوط: (١٢/١٧٠-١٧١)، المحيط البرهاني: (٧/١١٠-١١٢)، وينظر في المرجع الأخير القول الثاني، فإنه مختلف عن القول الثاني الذي ذكرته، ولكن لأن المبسوط أولى أثبت ما ذكره. ينظر في تقديم المبسوط: المذهب الحنفي: (٢/٥١٨-٥٢١).

(٢) ينظر: منح الجليل: (٥/٣٣٣-٣٣٤)، ويتنبه إلى أن المالكية لا يحصرون شرط قبض رأس مال السلم بأن يكون القبض قبل التفرق بل يجعلون التأخير إلى ثلاثة أيام في حكم قبض رأس المال السلم قبل التفرق لقربه، وعليه فصورة المسألة المذكورة عندهم هي ما إذا ادعى القبض بعد مدة طويلة نحو الشهر والشهرين، وأنكره خصمه وادعى أن القبض قبلها، فيصدق قول مدعي الصحة - وهو مدعي القبض -، على تفصيل وخلاف ينظر في: التبصرة: (٧/٢٩٦٤-٢٩٦٧، ٢٩٨٣)، الذخيرة: (٥/٢٣٠)، منح الجليل: (٥/٣٣٢-٣٣٤).

..... والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

واستدلوا بالتالي:

١- أن العقد لا يتم إلا بقبض رأس المال قبل التفرق، فكان اتفاقهما على العقد اتفاقًا منهما على قبض رأس المال قبل التفرق؛ لأن السلم عبارة عن أخذ عاجل بأجل، فيصير مقرًا بقبض رأس المال قبل التفرق، ثم راجعًا بعد ذلك، فلم يقبل^(٣).

٢- أن مدعي القبض قبل التفرق يدعى صحة العقد، وخصمه يدعى فساده، فيكون القول قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر في العقود الصحة، وكما لو اختلفا في أصل الأجل كان القول قول من يدعي الأجل^(٤).

٣- إذا كان مدعي القبض قبل التفرق هو المسلم إليه: أن المسلم إليه أقر للمسلم بالمسلم فيه وكذبه المسلم فيما أقر له وادعى على المسلم إليه استحقاق ما في يده من الدراهم والمسلم إليه أنكر، فيكون القول قوله مع يمينه؛ كمن أقر لإنسان بدينار وكذبه المقر له، وادعى عليه عشرة دراهم في يد رب السلم، فلا يقبل قوله^(٥).

(١) ينظر: أسنى المطالب: (١٢٣/٢)، مغني المحتاج: (٤/٣)، والنص فيها على أن مدعي القبض بعد التفرق هو المسلم، ومدعي القبض قبله هو المسلم إليه.

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٣٢٢/١٢)، كشاف القناع: (٢٩٩/٣)، شرح المنتهى: (٣١٣/٣).

(٣) ينظر: المبسوط: (١٧١-١٧٠/١٢)، المحيط البرهاني: (١١٠-١١١/٧).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (١١٠-١١١/٧)، أسنى المطالب: (١٢٣/٢)، مغني المحتاج: (٤/٣)، الشرح الكبير: (٣٢٢/١٢)، كشاف القناع: (٢٩٩/٣)، شرح المنتهى: (٣١٣/٣).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني: (١١٠-١١١/٧).

القول الثاني: أن المقدم قول من في يده رأس المال، وهو قول بعض الحنفية^(١).

واستدلوا: بأن من ليس المال في يده يدعي على خصمه تملك ما في يده عليه وخصمه ينكر، فكان قوله مقدمًا؛ لأن القول قول المنكر^(٢).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لما استدلوا به ما لم يظهر الفساد في تعامل الناس في عقد السلم، ومنتشر بينهم عقد السلم مع عدم قبض رأس المال بعد التفرق، فيقدم قول من يشهد له الظاهر.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في أنه على القول بتقديم قول مدعي القبض قبل التفرق، فإن عقد السلم يصح، ويلزم المسلم - إن كان المال في يده - أن يرده إلى المسلم إليه، ويلزم الطرفان بالعقد^(٣)، وكذلك على القول الثاني إن كان المال بيد المسلم إليه، وأما إن كان المال بيد المسلم، فلا يصح العقد على القول الثاني ويبطل، ولا يلزم أحدهما شيئًا.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو تعارض الظاهر وهو أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا، مع أصل تقديم قول المنكر، فمن رأى الأول راجحًا قدم قول من يدعي القبض قبل التفرق، ومن رجح الثاني قدم قول من المال في يده؛ لأنه ينكر دعوى خصمه استحقاق ما بيده.

(١) هو أبو يوسف. ينظر: المبسوط: (١٢/١٧٠-١٧١).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٢/١٧٠-١٧١).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني: (٧/١١٠-١١١).

المطلب الثاني

**أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)
على هذه المسألة**



إن لقرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) أثرًا
بينًا على هذه المسألة، ويظهر من وجهين:

الوجه الأول: أن قول من يدعي القبض قبل التفرق إنما قدم؛ لأن يقتضي
صحة العقد، وإنفاذه، وذلك بخلاف من يدعي القبض بعد التفرق، فإن السلم
وفق دعواه يكون باطلاً، وعليه رجح قول من يدعي القبض قبل التفرق إعمالاً
لهذه القرينة بتقديم قول من يدعي الصحة.

الوجه الثاني: أن اعتبار تأثير هذه القرينة في ترجيح قول أحد المتداعين
لم يقتصر على مذهب واحد بل أخذ به ونص عليه الحنفية والشافعية
والحنابلة؛ كما في الدليل الثاني للقول الأول.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فمن الأصول:

عدم قبول رجوع المقر عن إقراره.

الإنكار.

ومن الظواهر:

الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا.

ورجح أصحاب كل قول من قوي عندهم جانبه بما عضده من قرائن.

المبحث الثالث
**اختلاف البائع والمشتري في بيع مال
غيرهما بغير إذنه^(١)**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٤٨٨).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف البائع والمشتري، فادعى أحدهما أن البائع باع ملك غيره بغير إذنه، وأنكر الآخر، وادعى أنه باع ملكه أو ملك موكله بإذنه، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول من يدعي ملك البائع أو الإذن له، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)،.....

(١) ينظر: البناية: (٨/ ٣٢٤)، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٤/ ١٠٨-١٠٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/ ٣٢٧-٣٢٨)، ونصوا على عدم اليمين؛ لأن دعوى مدعي عدم الملك أو الإذن لا تسمع عندهم.

(٢) ينظر: التبصرة: (١٠/ ٤٦٤٠)، والنص فيه على اختلافها في قدر الثمن المأذون للوكيل به، فادعى الوكيل عدم الإذن بالثمن الذي تم العقد عليه، وأنكر ذلك المشتري، وادعى الإذن.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٥٤٤)، والنص فيه على أن المشتري منكر للإذن للوكيل بالبيع والوكيل والموكل متفقان على الإذن.

..... ومذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أن إقدام مدعي عدم الإذن أو الملك على الشراء إقرار منه بصحته وأن البائع ملك البيع أو مأذون له فيه، وادعاءه عدم الإذن أو الملك يناقض إقراره فلم تسمع، ولم يقبل قوله^(٢).

٢- أن مدعي عدم الإذن أو الملك للبائع ساع في نقض ما صدر منه من التعاقد على البيع، فسعيه مردود عليه، فلم تقبل دعواه^(٣).

٣- أن مدعي الإذن أو الملك يدعي صحة العقد والآخر يدعي فساده، والظاهر الصحة، فقدم قول من يشهد له هذا الظاهر^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع: (٤٨٨/٣)، وانفردوا بالنص على اليمين، وإنما لم أذكر ذلك في الصلب؛ لأنه لا يلزم في المذاهب الأخرى أنه يقولون بأن تقديمه يكون بلا يمين، فإنه معروف من منهج الفقهاء أن يقعدوا أموراً ثم لا يشيرون إليها في أحاد المسائل اكتفاء بالتعديد، وقد سبقت الإشارة إلى اتفاق الفقهاء في مسائل على اليمين في جانب من رجح قوله، وعلى عموم ذلك في جانب من رجح قوله، ويدل لما ذكرته أنه إن أرادوا أن القول يقدم بلا يمين فإنهم ينصون عليه، ولا يكتفون بالسكوت عنه، وإنما أذكر ذلك في كثير من المسائل جمعاً للمادة العلمية وإشارة لها حتى تكمل عناصر النص الموثق منه قدر الإمكان أمام القارئ. ينظر هذا المنهج في فهم كلام الفقهاء في: الكتاب الفقهي؛ لمعالي الشيخ: عبد الله ابن خنين: (ص ٥١٥) وما بعدها.

(٢) ينظر: البناية: (٨/٣٢٤)، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٤/١٠٨-١٠٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/٣٢٧-٣٢٨).

(٣) ينظر: تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٤/١٠٨-١٠٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/٣٢٧-٣٢٨).

(٤) ينظر: كشف القناع: (٤٨٨/٣).

القول الثاني: أن القول المقدم قول من يدعي عدم الإذن للوكيل بالبيع،

وهو قول عند الشافعية^(١).

ولم أجد لم دليلاً ولكن يمكن أن يستدل لهم - على قول عند الشافعية -:

بأن الأصل عدم لزوم العقد وصحته، وأن الأصل عدم الإذن للوكيل.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم قول من يدعي ملك البائع يبيع ما

تم العقد عليه بيمينه سواء أكان ذلك بوكالة وإذن أو بملك خصوصاً إذا وافق

الموكل وكيله على الإذن بالبيع، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب القول

الأول بشهادة الظواهر له.

ثمرة الخلاف:

ثمرة الخلاف في لزوم البيع، فعلى القول بتقديم قول مدعي الإذن

والمملك يكون البيع صحيحاً ولازماً، وعلى القول الثاني بتقديم قول منكر

ملك البائع ما تعوقد عليه لا يكون البيع لازماً^(٢).

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٤٤)، والنص فيه على أن المشتري منكر للإذن للوكيل بالبيع والوكيل والموكل متفقان على الإذن.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٤٤)، ولم أتمكن من ذكر سبب للخلاف لعدم النص على أدلة القول الثاني.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)
على هذه المسألة



إن لقرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) أثرًا على هذه المسألة يظهر من خلال الدليل الثالث للقول الأول؛ بأن قول مدعي الإذن والملك للبائع مقدم وراجح؛ لأنه معتضد بظاهر حال المسلم: أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا، وهذا بالرغم مما يرد من أصل معارضته لأصل عدم الإذن مما يدل على قوة هذه القرينة وتأثيرها^(١).

(١) ولا محل لذكر تعارض الأصول والظواهر لعدم النص على أدلة القول الثاني.

المبحث الرابع
اختلاف البائع والمشتري مع الموكل فيما
يبطل البيع^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٤٨٨-٤٨٩).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اتفق الوكيل في البيع مع المشتري على أن البيع وقع باطلاً؛ لعدم الإذن أو الجهل بالمبيع ونحو ذلك، وأنكر ذلك الموكل، وادعى صحة البيع، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن القول المقدم قول الموكل.

واستدلوا بالتالي:

١- أن إقدام المشتري ووكيل البائع على البيع إقرار منهما بصحته، وادعاءهما بطلان البيع بما ذكر من عدم الإذن أو الجهل بالمبيع يناقض

(١) ينظر: تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٤/١٠٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/٣٢٨)، والنص فيها على أن محل البطلان المتفق عليه بين الوكيل والمشتري هو عدم الإذن من الموكل مالك المبيع.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٥٤٤)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٧)، وذلك بالنص على عدم تأثير اتفاقها على عدم الإذن أو عدم تأثير دعوى الوكيل عدم الإذن على صحة البيع.

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٨٨-٤٨٩).

إقرارهما فلم يقبل قولهما عليه^(١).

٢- أن في البيع الذي عقد حق للموكل، فلم يقبل قولهما في إسقاط حقه ببطلان البيع^(٢).

٣- أن الموكل يدعي صحة البيع، وهو الأصل، فكان قوله مقدماً لاعتضاد جانبه بذلك^(٣).

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة، وإنما وجدت لهم نصاً على مثلها في جانب المشتري، وهي ما لو اختلف الموكل مع وكيل المشتري والبائع في اشتراط شرط يفسخ به البيع، فادعاه الوكيل وصدقه البائع، وأنكره الموكل، فيقبل عند المالكية ويقدم قول البائع والوكيل يمينهما؛ لأن الوكيل يتهم على إبطال البيع لما تعلق به حق الأمر^(٤)، وهذا يصح هنا، فيتهم الوكيل به كذلك، فلعل الأقرب لمذهب المالكية أن يقدم في المسألة المبحوثة قول الوكيل والبائع، ولكن يرد عليه أن محل بطلان البيع هو اشتراط شرط يفسخ به بخلاف المسألة المبحوثة، فاتفق الوكيل مع المشتري على اختلال شرط صحة للبيع، فيرد عليه بأنه لما قبل قول الوكيل والبائع في اشتراط ما يبطل البيع، والأصل عدمه؛ لأنه زائد عن البيع، فقبول

(١) ينظر: حاشية الشلبي على تبين الحقائق: (٤/١٠٨-١٠٩).

(٢) ينظر: أسنى المطالب: (٢/٢٨٧)، كشف القناع: (٣/٤٨٨-٤٨٩).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٤٨٨-٤٨٩).

(٤) ونصه: «مسألة قيل لعيسى: رأيت من وكل على اشتراء سلعة فاشترها، فقال الموكل: اشتريتها بشرط كذا وكذا، وهو مما يفسخ البيع، فيقول الموكل: ما أمرت بذلك وأنت كاذب فيما تقول، وإنما تريد فسخ ما ثبت لي شراؤه، ويدعي ذلك البائع مع الوكيل وليس على الشرط بينة. قال: أرى على الوكيل اليمين بالله أنه على ذلك اشتراها ويكون القول قوله ثم يفسخ البيع بينهما إن كان حراماً». البيان والتحصيل: (٨/١٩٥-١٩٦).

قولهما في عدم توفر شرط صحة البيع من باب أولى، خصوصاً أن قول الوكيل والبائع قبل مع تهمتهما، وقد يقال: إنها تدخل في عموم اختلاف المشتري والبائع فيما يفسد العقد - الوارد في المبحث الأول من هذا الفصل - وعند المالكية يقدم قول من يدعي الصحة، فيكون القول المقدم قول الموكل، وعلى كل فهذا ما ظهر لي والله أعلم.

ومن تناول هذه المسألة ذكر ما يترتب على تقديم قول الموكل، فمن ذلك:

أولاً: أن البيع يمضى ولا يفسخ، ولا يؤثر اتفاقهما في إسقاط حق الموكل^(١).

ثانياً: أن الموكل له مطالبة الوكيل بالثمن الذي قبضه من المشتري، وإذا كان الموكل قبض الثمن لم يلزمه رده؛ لأن الظاهر أنه قبضه بحق^(٢).

(١) ينظر: تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٤/١٠٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/٣٢٨)، أسنى المطالب: (٢/٢٨٧).

(٢) ينظر: تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: (٤/١٠٩)، حاشية ابن عابدين: (٧/٣٢٨)، كشاف الفناع: (٣/٤٨٨-٤٨٩)، ويوجد قول عند الحنفية بجواز مطالبة المشتري أيضاً.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)
على هذه المسألة



إن لقرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) أثرًا
بينًا على هذه المسألة، وذلك أن الموكل مالك السلعة لما كان يدعي صحة
العقد، وكان خصمها يدعيان بطلانه كان قوله مقدمًا لادعائه وتمسكه بأن
الأصل الصحة، وهذا اعتبار واضح لهذه لقرينة، وهي من المواضع التي عبر
فيها بالأصل عن الظاهر.

المبحث الخامس

الاختلاف مع الضامن فيما يفسد العقد^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً) على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٣٦٦).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف الضامن والمضمون له، فقال الضامن: «كان الضمان وأنا صغير قبل بلوغي» أو «كنت مجنونًا»، أو نحو ذلك مما يفسد الضمان، فأنكره المضمون له، وقال: «بل كان بعد بلوغك»، أو «كنت عاقلًا غير مجنون» ونحو ذلك مما يقتضي صحة العقد، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القول المقدم قول الضامن يمينه في الصغر، أو إذا عرف منه الإغماء، وإلا لم يقبل قوله في الإغماء وقدم قول المضمون له، وهو مذهب الحنفية^(١).

(١) ينظر: المبسوط: (٢٠/٨-٩)، هذان المفسدان اللذان نص عليهما في هذا المرجع، ولعله يصح أن يقاس عليهما، فإن عوارض الأهلية التي تفسد العقد، إما أن تكون أصلية أو تكون عارضة، فأما الأصلية نحو الصغر، فيقدم فيها قول الضامن، وأما العارضة، فإذا عرف وجودها نحو الإغماء والجنون فيقدم فيها قول الضامن، وإلا قدم قول المضمون له.

واستدلوا بالتالي:

١- أن الثابت بالإقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه ضمن قبل بلوغه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه^(١)، وهو ما يدعيه الضامن.

٢- أن الضامن أضاف الإقرار إلى حال معهودة تنافي تلك الحال الضمان فكان منكرًا للضمان في الحقيقة لا مقرًا به، فقدم قوله؛ لأنه منكر^(٢).

القول الثاني: أنه إن احتمل كون الضامن صغيرًا عند الضمان، أو عهد له جنون سابق، فيقدم قول الضامن يمينه، وإلا قدم قول المضمون له يمينه، وهو مذهب الشافعية^(٣).

ولم أجد لهم دليلًا، ولعله: يستدل لهم بأدلة القول الأول والرابع، وبشهادة الظاهر والأصل، فإن الأصل عدم بلوغ الضامن خصوصًا مع احتمال، والظاهر جنون من عهد له سابق.

القول الثالث: أن المقدم قول المضمون له، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (٢٠/٨-٩).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٥/١٤٦)، أسنى المطالب: (٣/٢٣٦)، نهاية المحتاج: (٤/٤٣٤)، مغني المحتاج: (٣/١٩٩)، وقال الرملي الكبير في حاشيته على أسنى المطالب في الصفحة نفسها: «(قوله إن أمكن صباه في الأولى) هذا إذا كان بلوغه بالاحتلام، فإن كان بالسن رجع إلى تاريخ الولادة فإن وقع فيه نزاع فالقول قول الضامن؛ لأن الأصل عدمه قاله في التتمة».

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/١٦، ١٧-١٨)، كشف القناع: (٣/٣٦٦)، شرح المنتهى: (٣/٣٧٢).

واستدلوا: بأن الأصل سلامة العقد وصحته، وعدم المفسد فكان القول المقدم قول المضمون له لأنه يتمسك به؛ كما لو اختلفا في شرط فاسد، فيقدم قول منكره مدعي صحة العقد^(١).

ونوقش: بعدم الشبه بين هذه المسألة، وبينما إذا اختلفا في شرط فاسد؛ لأن المختلفين في الشرط الفاسد متفقان على أهلية التصرف، والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفاً صحيحاً، فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر، وههنا اختلفا في أهلية التصرف، وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند إليه، ولا أصل يرجع إليه، فلم ترجح دعواه^(٢).

القول الرابع: أنه القول المقدم قول الضامن في الصغر، أو إذا عرف له حال جنون، وإن لم يعرف له حال جنون فيقدم قول المضمون له، وهو قول عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الأصل عدم بلوغ الضامن عند الضمان والبلوغ طارئ وعارض، فكان القول المقدم قول من يتمسك بعدمه وهو الضامن^(٤).

٢- أن الأصل عدم وجوب الحق على الضامن وبراءة ذمته منه، فكان القول المقدم قول الضامن لاعتضاد جانبه بهذا الأصل^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٦/١٣، ١٧-١٨)، كشف القناع: (٣/٣٦٦)،

شرح المنتهى: (٣/٣٧٢). (٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/١٦-١٧).

(٣) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (١٣/١٦-١٨).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١٣/١٦-١٧). (٥) ينظر: المرجع السابق.

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصًا على هذا المسألة، وأقرب ما وجدته لهم هو ما ورد في المطلب الأول من هذا الفصل، وهو اختلاف البائع والمشتري فيما يفسد العقد، فمذهب المالكية فيه هو أن القول قول مدعي الصحة، فلعل الأقرب لقولهم في هذه المسألة تقديم قول المضمون له؛ لأنه يدعي صحة الضمان.

ولكن وجدت للمالكية في دعوى المقر أن الإقرار صدر منه وهو صبي قبل البلوغ أو وهو مجنون؛ أنه يقدم عندهم قول المقر في الصغر، وفي الجنون إن علم له سبق حال جنون^(١)، فلعله أن يقال: عن الأقرب لمذهب المالكية أن القول المقدم قول الضامن وفق ما ورد في القول الرابع.

ولعل التخريج على المسألة الأخيرة أولى لأنها ألصق، وأخص، فإن النص في المسألة الأولى عام في فساد العقد وصحته وهذا لا يقتصر على ما ادعاه الضامن في هذه المسألة، فقد ورد فيه الخلاف بين البائع والمشتري في وقوع البيع بعد نداء الجمعة الثاني وقبل السلام منها.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في ظاهر الحال وواقع الأمر خصوصًا مع التقدم الطبي، والتوثيق لتاريخ الميلاد بشهادة الميلاد مما يمكن معه تحديد كون الضمان تم قبل سن البلوغ أم لا إن كان محل الاختلاف في البلوغ هو البلوغ بالسن، وأما كان الاختلاف في البلوغ هو بالاحتلام، فإن ظهر من تاريخ الميلاد أنه كان في تاريخ لا يمكن أن يبلغ الضامن فيه، كما في سن التاسعة للذكر، وسن السابعة للأنثى، فيكون هذا ظاهرًا يؤيد قول الضامن أن الضمان قبل بلوغه، وأما إن احتتمل السن البلوغ بالاحتلام، فيسأل أهل

(١) ينظر: منح الجليل: (٦/٤٤١-٤٤٢).

الاختصاص من الأطباء، فإن كل بيئة تختلف في تقدير البلوغ بالاحتلام، يؤثر على ذلك الحرارة والبرودة وغير ذلك، فيسأل عنها أهل الاختصاص، فإن أجابوا بما يوافق قول أحدهما فهو ظاهر يرجح قوله، وإن لم يتمكن أهل الخبرة من ذلك فالراجح قول الضامن بيمينه؛ لأن ما لا يعلم إلا من جهة الإنسان فقوله مقبول فيه؛ ولأن الأصل عدم البلوغ؛ ولما استدل به من قال بتقديم قول الضامن، وأما في الجنون فإن ثبت بتقرير طبي إصابته به، وكان غالباً عليه أو كان يأتيه في وقت من الأوقات؛ بحيث يكون وقوع الضمان منه حال جنونه هو الغالب، فيقدم قوله، ولا يكفي سبق جنونه، فإن الضامن قد يكون شفي من المرض الذي يسبب الجنون قبل ضمانه، فيكون الضمان وقع منه صحيحاً، وإلا قدم قول المضمون له بيمينه.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال صحة الضمان ومن ثم لزوم الضامن أداء ما ضمنه عن غيره، فعلى القول بتقديم قول الضامن، فإن الضمان يكون باطلاً ولا يصح^(١)، ولا يلزم الضامن شيء، وأما على القول بتقديم قول المضمون له، فإن عقد الضمان صحيح، ويلزم الضامن أداء ما ضمنه.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو الخلاف في شبه هذه المسألة وإلحاقها بمسألة اختلاف المتعاقدين في اشتراط الشرط المفسد للعقد، فعلى القول بالشبه والإلحاق يقدم قول مدعي المضمون له، وعلى القول بعدم الشبه والإلحاق يقدم قول الضامن.

(١) ينظر: المبسوط: (٢٠/٨-٩).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)

على هذه المسألة



يظهر أثر قرينة: (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) من خلال ترجيح قول المضمون له ببلوغ الضامن وعقله عند الضمان على قول الضامن المدعي عدم البلوغ أو الجنون عند الضمان؛ وذلك لأن قول المضمون له يقتضي سلامة العقد وصحته وعدم المفسد؛ لأن (الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) فكان قول المضمون له مقدمًا.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظاهر:

فأما الأصول، فهي:

الأصل براءة الذمة.

الأصل في الأمور العارضة العدم.

الإنكار.

وأما الظاهر، فهي:

الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا.

ورجح كل منهم من قوي عنده جانبه، فقدم قوله.

المبحث السادس
أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه
لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على
التطبيق القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول:** أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية.
- المطلب الثاني:** أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.
- المطلب الثالث:** أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ القضائية يجد أثر قرينة: **(أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)** على ترجيح قول أحد المتداعين ظاهرًا من خلال بعض المبادئ، ومن ذلك:

١- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٤ / ٣٧٢)، وتاريخ: ١٩ / ٠٧ / ١٤١٥ هـ، والذي ينص على أن: «الأصل في العقود الصحة، ولا يصار إلى فساد العقد إلا إذا قام دليل فساد»^(١).

٢- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣ / ٣ / ٨)، وتاريخ: ٢٧ / ٠١ / ١٤٣٢ هـ، والذي ينص على أن: «الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل صحة العقود لا فسادها، وتصحيح العقود أولى من إفسادها»^(٢).

والناظر فيما سبق يجد أمورًا:

الأمر الأول: أن بين أول مبدأ اعتبر هذه القرينة، وآخره قريب من سبعة عشر عامًا مما يدل على أهميته، وأنه رغم مضي هذه المدة إلا أن أثر هذه القرينة بين وأهميتها واضحة في النظر القضائي بل لم يُكتفَ بما قرره المبدأ الأول عن النص على اعتباره في المبدأ الآخر.

(١) المبادئ والقرارات: (ص ٣٨). (٢) المبادئ والقرارات: (ص ٤٠).

== قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) == (٩٨٣)

الأمر الثاني: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) لا يزال ظاهرًا معتبرًا قائمًا يصح بناء الأحكام عليه وأنه لم يدخل الفساد عقود المسلمين ليكون ظاهرًا عليها، وهذا إلى صدور آخر مبدأ، والأصل بقاء ما كان على ما كان.

الأمر الثالث: أنها عبرت عن تقديم قول المتمسك بأن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا بعبارة متنوعة، ففي المبدأ الأول عبر بأن فساد العقد لا بد للمصير إليه من قيام دليل على ذلك مما يدل على أن من يدعي صحة العقد أو يدعي ما يقتضي صحته فلا دليل عليه وقوله مقبول بلا بينة، وفي المبدأ الثاني رجح صحة العقد على فساده الذي يدل على أن مدعي صحة العقد قوله أولى ممن يدعي فساده، وجانبه أرجح فكان قوله مقدمًا.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



إن الناظر في الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية يجد حضور قرينة: **(أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)** ظاهرًا بارزًا، وذلك في أبرز نظامين قضائيين في الجانب الحقوقي، وهما نظام الإثبات، ونظام المعاملات المدنية:

فأما نظام الإثبات:

فقد نصت المادة الثانية والثلاثون من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات على أنه: «يقع عبء إثبات الادعاء بوجود عيب من عيوب الإرادة في الإقرار على من يدعيه».

فاعتبر المنظم أن المدعي ما يبطل الإقرار الصادر منه - ويشمل هذا الإقرار الوارد في الإيجاب أو القبول - هو المطالب بالبينة ويكون عليه عبء إثباتها؛ وذلك لأن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا، فكان ادعاؤه وجود عيب من عيوب الإرادة مخالفًا لهذا الظاهر، فكان عليه إثباته؛ وفقًا لما نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من نظام الإثبات على أن «البينة لإثبات خلاف الظاهر...» ورجح جانب المتمسك بها لاعتضاد جانبه بهذا الظاهر.

وأما نظام المعاملات المدنية:

فقد نصت المادة السادسة والسبعون منه على أن: «كل عقد لم يذكر سببه يفترض أنه له سببًا مشروعًا، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك».

وهذا النص يكاد أن يكون مرادفًا لهذه القرينة، فإنه إذا اختلف المتداعيان، فادعى أحدهما أن سبب العقد مشروع، وادعى خصمه عدم مشروعية السبب، ولم يقيم أحدهما بينة على دعواه، فهذه المادة قدمت دعوى مدعي صحة العقد بينائه على سبب مشروع.

كما المادة العشرون بعد السبعمئة منه على أنه: «دون الإخلال بما تقضي به المادة (الأولى) من هذا النظام تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص النظامية مع مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، وهي: ... القاعدة العاشرة: الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم».

ففي هذه المادة اعتبر المنظم هذه القرينة^(١) بالتعبير عنها بالصيغة المذكورة، وذلك عند عدم وجود نص نظامي صريح يعارضها، وما ذاك إلا لأهميتها، وسعة تطبيقاتها، وشمولها لوقائع وتطبيقات كثيرة تغطي وتغني عن النص عليها كلها.

(١) وهذا عند بعض الباحثين كما سبقت الإشارة إليه.

المطلب الثالث

أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية^(١)



الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى الدائرة التجارية الأولى وبناءً على القضية رقم ٣٤٦ لعام ١٤٤٠ هـ المقامة من / (... هوية وطنية (... ضد / (... هوية وطنية (... القاضي (... رئيسًا. القاضي (... عضوًا. القاضي (... عضوًا.

(الأسباب):

لما كان المدعي يهدف من دعواه إلى المطالبة بإلزام المدعى عليه بمبلغ قدره (٦٠٠,٠٠٠) ستمائة ألف ريال إضافة إلى الأرباح، مقابل تسليم المدعي مبلغاً للمدعى عليه في عقد شركة تم بين الطرفين -حسب ما سبق بيانه-، وبما أن هذه الدعوى مرفوعة قبل نفاذ نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٠٨/١٤٤١ هـ وبناءً على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم (٥١١) والتاريخ ١٤/٠٨/١٤٤١ هـ المتضمن في البند (رابعًا) أن أحكام نظام المحاكم التجارية المشار إليه أعلاه تسري على الدعاوى التجارية التي لم يُفصل فيها والإجراءات التي لم تتم قبل نفاذه،

(١) اقتصر من الحكم على أسبابه ومنطوق حكمه لكفايته عن غيرها لطوله، ومن أراد التفصيل فهو حكم منشور في البوابة القضائية العلمية، ورابطه:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/31040>.

باستثناء المواد المعدلة للاختصاص بالنسبة إلى الدعاوى المرفوعة قبل نفاذ النظام، لذا فإن تحديد الاختصاص النوعي في هذه الدعوى يعتبر فيه ما يسبق نفاذ نظام المحاكم التجارية المشار إليه أعلاه، وبما أن هذه الدعوى تتعلق بمنازعة في دعوى شركة مضاربة، فإن الدوائر التجارية بهذه المحكمة تختص نوعياً بالفصل فيها، بناء على الفقرة (ج) من المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٠٠) [١] وتاريخ ٢٢/٠١/١٤٣٥ هـ، كما تختص هذه الدائرة بنظر الدعوى والفصل فيها بناء على تعميم معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ت) وتاريخ ٠١/٠١/١٤٣٩ هـ المنظم لاختصاص الدوائر التجارية النوعي والقيمي. أما من جهة الموضوع، ولما كان المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بما هو مبين في صدر هذه الأسباب، وقدم من البيانات ما يرى أنه يثبت استحقاقه لما يدعيه: أولاً/ عقد مبرم بين طرفي الدعوى بتاريخ: ٢٣/٠٤/١٤٣٧ هـ. ثانياً/ سند قبض يتضمن استلام مبلغ قدره (٦٠٠,٠٠٠) ستمائة ألف ريال ممن وقع عليه، وهذا السند مذيل بتوقيع منسوب للمدعى عليه ومختوم بختم مؤسسة (...). ومؤرخ في ٢٢/٠٤/١٤٣٧ هـ؛ وبما أن المدعى عليه أقر بأنه استلم المبلغ المذكور وأنه هو صاحب مؤسسة (...). الموجود ختمها على سند القبض ودفع بأنه وسيط وليس مضارباً، وبما أن العقد المقدم من المدعي تضمن في عدة مواد منه أن المدعى عليه يلتزم بالاشتراك بمال المدعي مع مستثمر في مشاريع حكومية، وأنه يلتزم بإيجاد الشخص المناسب الثقة، وأنه يلتزم بأخذ التعهد على المستثمر الذي سيضارب بمال المدعي أن يكون

(١) هكذا في الأصل، وصوابه: (م/١).

الاستثمار والمضاربة في أعمال مشروعة، وأنه يلتزم بتسليم المدعي أرباحه التي يستلمها المدعي عليه من المستثمر للمال، وبما أن المادة السابعة من العقد المذكور في الفقرة الثالثة منها تضمنت ما يلي: (يقر الطرف الثاني -المدعي- أن الطرف الأول -المدعي عليه- هو عبارة عن وسيط بينه وبين المستثمر الذي سيضارب بالمال المستثمر.)، وبما أن المدعي هو من قدم العقد فإن هذا يعد إقراراً منه بصحته وبصحته ما تضمنه، وبما أنه ادعى غش المدعي عليه وتدليسه ليقوم المدعي بتوقيع العقد وأن نية المدعي عليه من العقد هو الاستيلاء على مال المدعي، وبما أن المدعي عليه أنكر ذلك، وبما أنه من المتقرر فقها وقضاء أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وبما أن المدعي لم يقدم ما يثبت ما ادعاه من الغش والتدليس، وبما أن المدعي قرر أنه لا يطلب يمين المدعي عليه على نفي ذلك؛ فإن هذه الدعوى -دعوى غش المدعي عليه وتدليسه في العقد- مرسلة عن الإثبات، لذا، ولما تضمنه العقد المبرم بين طرفي الدعوى، ولما ذكره المدعي في مذكرته المقدمة منه في الجلسة المنعقدة بتاريخ ٠٥ / ٠٥ / ١٤٤١ هـ التي ذكر فيها المدعي أنه لا يهتم بالشخص الذي سيضارب المدعي عليه معه بالمبلغ طالما تعهد له المدعي عليه بأنه هو من سيقوم بإعادة رأس ماله مع الأرباح، لجميع ذلك؛ فقد ثبت للدائرة أن المدعي عليه وسيط وليس مضارباً، وبما أن المدعي عليه دفع بأنه سلم رأس المال لمن يضارب به بناء على العقد المبرم بين طرفي الدعوى وقدم سند قبض مجموعة (...) لمبلغ (٦٠٠, ٠٠٠) ستمائة ألف ريال محرراً على مطبوعاتها ومذياً بختمها، ومؤرخاً في: ٢٥ / ٠٤ / ١٤٣٧ هـ، وبما أنه ثبت للدائرة أنه المدعي عليه وسيط -كما سبق بيانه- فإن يده على مال المدعي تكون يد أمانة؛ قياساً على المضارب بالمال، بجامع أن كلاً

منهما يقبض المال مع إذن ربه بالتصرف فيه، فيكون القول في هذه الدعوى قول المدعى عليه يمينه، وبما أن المدعي قرر أنه لا يطلب يمين المدعى عليه على نفي صحة الدعوى، وبما أن اليمين طريق المدعي المتبقي لإثبات دعواه؛ لقوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** لمن ليس عنده بينة: **«فلك يمينه»** قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء، فقال **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: **«ليس لك منه إلا ذلك»** الحديث. [صحيح مسلم: ١٣٩]، وبما أن المدعي لم يطلب اليمين فإنه لم يثبت لدى الدائرة صحة دعوى المدعي أن المدعى عليه غشه أو دلس عليه، لذا، ولجميع ما تقدم، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم برد هذه الدعوى. ولا ينال مما انتهت إليه الدائرة ما ذكره المدعي في مذكراته من أن العقد مؤرخ بعد سند قبض المدعى عليه لرأس المال، وذلك لأن توقيع المدعي على العقد بما تضمنه من مواد يشير إلى أن قبض المدعى عليه السابق للعقد مبني على هذا العقد اللاحق، كما لا ينال مما انتهت إليه الدائرة ما ذكره المدعي من أن المدعى عليه لديه مؤسسة مقاولات وأن سند قبض المدعى عليه لرأس مال المدعي تضمن أن سبب قبضه هو العمل به في المقاولات العامة وأن هذا يعد دليلاً على أن المدعى عليه هو المضارب، وذلك لأنه لا يوجد مانع عقلي ولا شرعي من أن يكون مالك مؤسسة مقاولات وسيطاً بين رب المال والمضارب به، ولأن ذكر سبب قبض رأس المال في سند القبض المحرر من المدعى عليه للمدعي يحتمل أن يكون المراد منه أن يُسلم المدعى عليه رأس المال لمن يضارب به في المقاولات العامة، ولوجود هذا الاحتمال فإن هذا الاستدلال لا يصح، لما هو متقرر في القاعدة الفقهية أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، وفي جميع الأحوال فإن مجرد وجود سبب القبض في السند لا

يكفي في نقض ما ثبت للدائرة وظهر لها من العقد المبرم بين طرفي الدعوى من أن المدعى عليه وسيط ما لم يقدم المدعي ما يعارض ذلك بيقين، وقد جاء في قرار صدر عن مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة بالرقم (٦/٥٦٧) والتاريخ ٢٦/١٠/١٤٢١ هـ وبالرقم (٤/١٩٣) والتاريخ ١٨/٠٢/١٤٢٦ هـ أن (الظاهر معتبر ما لم يطرأ ما يرد به بيقين، ولا يُعدل عنه إلا لحجة سالمة من الرد) وفي قرار صدر عن المجلس أيضا بالرقم (٣/٥٣٠) والتاريخ ٠٧/٠٤/١٤٢٨ هـ أن (الثابت لا يصار إلى غيره إلا بدليل جلي معتمد)، كما جاء في المبدأ الذي قرره المحكمة العليا بالرقم (٣/٣/٢٩) والتاريخ ٢٨/٠٥/١٤٣٨ هـ أن (الأصل صحة العقد وسلامته، حتى يأتي ما يوجب إلغاءه)، ولم يقدم المدعي ما يرد ما ظهر للدائرة بموجب العقد المبرم بين طرفي الدعوى، كما لم يقدم دليلاً جلياً يُصار به إلى غير ما ثبت بموجب العقد، كما أنه لم يقدم ما يوجب إلغاء العقد، كما لا ينال مما انتهت إليه الدائرة ما ذكره المدعي من أن المدعى عليه أقر بأن الشخص الذي سلم له المال سجين وأن هذا يدل على تفريط المدعى عليه، لأن العقد بين طرفي الدعوى كان في عام ١٤٣٧ هـ ولم يتبين للدائرة أن ذلك الشخص كان سجيناً في ذلك الوقت، ويحتمل أنه كان ثقة في ذلك الوقت ثم تغير حاله لاحقاً، وبما أنه تطرق الاحتمال لاستدلال المدعي فإنه يسقط، وبما أنه ثبت لدى الدائرة أن المدعى عليه وسيط وأن يده على مال المدعي تعتبر يد أمانة - كما سبق بيانه - فإن القول قول المدعى عليه بيمينه في أن الشخص الذي سلم له المال كان ثقة وصالحاً للمضاربة بمال المدعي في وقت تسليمه للمال، وبما أن المدعي قرر عدم طلبه لهذه اليمين فإن تفريط المدعى عليه بتسليمه للمال لشخص غير صالح للمضاربة لم يثبت، كما لا ينال مما انتهت إليه الدائرة ما

ذكره المدعي من أن تغيير المدعى عليه لاسم مؤسسته يشير إلى نية المدعى عليه في الاستيلاء على مال المدعي، وذلك لأن سند القبض المقدم من المدعي والمحرم من المدعى عليه تضمن ختم مؤسسة المدعى عليه باسمها الجديد، ولأن المدعى عليه أقر في أول جواب له بصحة السند، وهذا ينفي دعوى المدعي أن المدعى عليه كان ينوي الاستيلاء على رأس مال المدعي، كما لا ينال مما انتهت إليه الدائرة ما ذكره المدعي من أن بنود العقد تشير إلى نية المدعى عليه الاستيلاء على مال المدعي، لأن النية محلها القلب ولا يمكن الاطلاع عليها، والذي ثبت وظهر للدائرة - كما سبق بيانه - هو أن المدعى عليه وسيط، كما لا ينال مما انتهت إليه الدائرة ما ذكره المدعي من أن المدعى عليه تغيب عن عدة جلسات وأن هذا يقوي جانب المدعي، وذلك لأن مجرد غياب المدعى عليه لا يقوى على رد ما ثبت للدائرة وما ظهر لها من العقد، وقد سبق بيان قرارات مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في أن الظاهر معتبر ما لم يطرأ ما يرد به بيقين، وأنه لا يعدل عنه إلا لحجة سالمة من الرد، ومن أن الثابت لا يصار إلى غيره إلا بدليل جلي معتمد، لذا، ولجميع ما تقدم؛ فإنه لم يثبت لدى الدائرة صحة دعوى المدعي أن المدعى عليه هو المضارب وأنه غش المدعي ودلس عليه في العقد المبرم بين طرفي الدعوى، وتنتهي إلى ما يلي في منطوق الحكم.

(منطوق الحكم)

حكمت الدائرة برد هذه الدعوى. وبالله التوفيق، وصلى الله وسلم على

نبينا محمد.

عضو (...) عضو (...) رئيس الدائرة (...)

(الاستئناف):

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى دائرة الاستئناف الأولى وبناءً على القضية رقم ٨١ لعام ١٤٤٢ هـ

المقامة من/ (... هوية وطنية (... ضد/ (... هوية وطنية (...)

القاضي (... رئيساً. القاضي (... عضواً. القاضي (... عضواً

(الوقائع)

بما أن وقائع الدعوى أوردتها الحكم الصادر في القضية رقم ٣٤٦ لعام ١٤٤٠ هـ من الدائرة التجارية الأولى بجازان فإن دائرة الاستئناف تحيل إليه في هذا الشأن، وتتلخص في أن المدعي تقدم بصحيفة دعوى يطلب فيها إلزام المدعى عليه برد مبلغ قدره (٦٠٠,٠٠٠ ريال) ستمئة ألف ريال، ودفع الأرباح المتفق عليها خلال الثلاث سنوات ونصف، وأنه سلم المبلغ للمذكور لاستثماره في مشاريع حكومية، على أن يتم توزيع الأرباح كل أربعة أشهر بنسبة (٢٠٪) من الأرباح، وبعد النظر أصدرت الدائرة حكمها القاضي برد هذه الدعوى تأسيساً على ثبوت كون المدعى عليه استلم المبلغ وسيطا ليسلمه إلى غيره، فتقدم المدعي بمذكرة اعتراض تضمنت طلب إعادة النظر في الحكم، وبعد اطلاع الدائرة على الاستئناف رأت النظر فيه مرافعة فعقدت لذلك جلسة حضرها المستأنف والمستأنف ضده عن بعد، وبسؤال المستأنف عما لديه أحال إلى مذكرة الاعتراض المقدمة منه سابقاً ومرفقاتها وقرر الاكتفاء بذلك. وبعد دراسة الدائرة للاستئناف سألت المستأنف: هل تقبل يمين المستأنف ضده على أنه لم يستلم من المبلغ المذكور شيئاً وأنه ليس

== قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) = (٩٩٣)

سوى [وسيطًا]^(١) في تسليم المبلغ إلى شخص آخر، وأنه ليس بينه وبين من استلم المال أي اتفاق أو تواطؤ؟ فقال: لا اقبل يمينه. ولصلاحية القضية للفصل فيها أصدرت الدائرة حكمها.

(الأسباب)

لما كان الاستئناف قدّم خلال الأجل المحدد نظامًا فهو بذلك يكون مقبولًا شكلاً، وأمّا في الموضوع فإنّه لم يظهر لدائرة الاستئناف ما يحول دون تأييد الحكم، ولم يقدم المستأنف في استئنافه ما من شأنه أن يغيّر النتيجة التي انتهى إليها الحكم المستأنف لذا فإنّ الدائرة تنتهي إلى تأييده محمولاً على أسبابه.

(منطوق الحكم)

حكمت الدائرة بقبول الاستئناف المقدم من المدعي شكلاً ورفضه موضوعاً، وتأييد حكم الدائرة التجارية الأولى في جازان الصادر في القضية رقم ٣٤٦ لعام ١٤٤٠ هـ فيما انتهى إليه من رد الدعوى محمولاً على أسبابه، وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

عضو (...). عضو (...). رئيس الدائرة (...).

أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على الحكم القضائي:

يظهر أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على هذا الحكم القضائي من خلال إجابة الدائرة القضائية على

(١) هكذا في الأصل، والصواب (وسيط)؛ لأنه مضاف إليه.

دليل المدعي فإنه ادعى (أن المدعى عليه لديه مؤسسة مقاولات وأن سند قبض المدعى عليه لرأس مال المدعي تضمن أن سبب قبضه هو العمل به في المقاولات العامة وأن هذا يعد دليلاً على أن المدعى عليه هو المضارب)، وذلك أنه بدعواه المذكورة في الحكم واستدل له بهذا الأمر يكون مدعيًا خلاف العقد، ويدعي عدم صحته وعدم إعماله، وأنه صوري ووسيلة لاستيلاء المدعى عليه على ماله، فرجحت الدائرة جانب المدعى عليه بالمبدأ الذي قرره المحكمة العليا بالرقم (٣/٣/٢٩) والتاريخ ١٤٣٨/٠٥/٢٨ هـ أن (الأصل صحة العقد وسلامته، حتى يأتي ما يوجب إلغاءه)، وهو بمعنى القرينة المذكورة، وأن الراجع ما ادعاه المدعى عليه من صحة العقد وإعماله، واعتبار ما ورد فيه، فكان قول مدعيه هو المقدم.

الفصل الرابع

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي)

وفيه تمهيد، وثلاثة مباحث:

المبحث الأول: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق مع إقامة البيعة منهما.

المبحث الثاني: اختلاف المالك والعامل في صفة خروج المال من يد مالكة مع إقامة البيعة منهما.

المبحث الثالث: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (المثبت مقدم على النافي) تتكون من عدة مفردات ومصطلحات، وهي:

المفردة الأولى: (المثبت):

لغة: اسم فاعل من (أثبتت)، وأصلها (ثبت) والهمزة للتعدية؛ قال ابن فارس: «الثاء والباء والتاء كلمة واحدة وهي دوام الشيء، يقال: ثبتت ثباتاً وثبوتاً، ورجل ثبت وثبت»^(١)، والمثبت «بكسر الباء: الذي ثقل فلم يبرح الفرش... وثابته وأثبته: عرفه حق المعرفة... واستثبت: تأني»^(٢)، «ويقال: ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتاً، فهو ثابت: إذا أقام به، وأثبته السقم إذا لم يفارقه، وثبته عن الأمر كثبَّطه... واستثبت في أمره إذا شاور وفحص عنه، ورجل ثبت؛ أي: ثابت القلب... وأثبت حجته: أقامها وأوضحها»^(٣).

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (ثبت): (٣٩٩/١).

(٢) القاموس المحيط؛ مادة: (ثبت): (ص ١٤٩) وينظر: لسان العرب؛ مادة: (ثبت): (٦/٣).

(٣) لسان العرب؛ مادة: (ثبت): (٦/٣).

والمقصود مما سبق هو المعنى الأخير، فيكون المثبت: هو من أقام حجته وأوضحها؛ خصوصاً أنه يجمع المشترك بين غالب الإطلاقات المذكورة.

اصطلاحاً: بما أن المثبت هو من فعل الإثبات، فيحسن تعريف الإثبات ليتضح المقصود به، وقد عرف الإثبات بتعريفات، يمكن تقسيمها قسمين:
القسم الأول: عرف الإثبات بمعناه العام، فأدخل فيه عدداً من الإطلاقات، فعرف:

أنه: «ضد الإزالة، ثم تارة يقال بالفعل لما يخرج من العدم إلى الوجود؛ نحو: أثبت الله كذا، وتارة لما ثبت بالحكم، فيقال: أثبت الحاكم كذا، وتارة لما يكون بالقول سواء كان صدقاً أم كذباً، فيقال: أثبت التوحيد وصدق النبوة، وفلان أثبت مع الله إلهاً آخر»^(١).

وبأنه: «إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع»^(٢).

وبأنه: «إقامة الحجة مطلقاً»^(٣).

فيدخل في غالب إطلاقات هذا المعنى ما «كان أمام القاضي أم أمام غيره، وسواء أكان عند التنازع أم قبله حتى أطلقوه على توثيق الحق، وتأكيده عند إنشاء الحقوق... كما أطلقه عامة العلماء على إقامة الحجة على تأكيد وجود الأمور الحسية واكتشاف بعض مكنونات الكون، وعلى تحقق بعض

(١) التعاريف: (ص ٣٨)، وينظر: التعريفات: (ص ٢٢).

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي المصرية: (١/١٣٦).

(٣) وسائل الإثبات: (١/٣٠).

الأمر العلمية...؛ لأن كل قول في أي علم من العلوم لا قيمة له إلا بإثبات صحته، وذلك لا يتأتى إلا بإقامة الحجة عليه، وإلا كان قولاً مردوداً»^(١).

القسم الثاني: عرف الإثبات بمعناه الخاص، ومن هذه التعريفات:

«إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه»^(٢).

«إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضاؤه على حق أو واقعة

من الوقائع»^(٣).

«إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة

معينة يترتب عليها آثار شرعية»^(٤).

«إقامة البرهان على صحة الدعوى بطرق الإثبات المعتمدة»^(٥).

ولعل أولى هذه التعريفات التعريف الثالث؛ فإنه أجمعها؛ لأنه لم يحصر سماع الإثبات في مجلس قضاء القاضي، فإنه في بعض الأحيان يكون الإثبات خارج مجلس القاضي، كما أنه قد يكون لدى قاض غيره، كما أنه حدد كيفية اعتبار الدليل، وأن المعتبر في كون ما يقدم أمام القضاء يصلح للإثبات هو الشريعة الإسلامية، كما أنه قصر الإثبات على الوقائع المؤثرة، فإن نظر غيرها عبث وإطالة لأمد التقاضي بلا فائدة.

(١) وسائل الإثبات: (١/ ٣٠).

(٢) الشريعة الإسلامية، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية: (ص ٣١).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية: (١/ ٢٣٢).

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي المصرية: (١/ ١٣٦)، وسائل الإثبات: (١/ ٣٠).

(٥) التوضيحات المرجعية: (٢/ ٨٢٣).

وبذلك يظهر أن القسم الثاني يعبر عن مرحلة من مراحل نظر القضية أمام القاضي، وهي مرحلة إثبات الدعوى، وهي محل عمل هذه القرينة^(١)، ولكن الذي يظهر - والله أعلم - أن المَثْبِت المقصود في هذه القرينة أخص ممن يقيم الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة معينة يترتب عليها آثار شرعية، بل المَثْبِت هنا مقابل النافي، فإن كلاً منهما أقام الدليل كما في تعريف الإثبات، ولكنَّ المَثْبِت يقصد من إثباته إقامة الدليل على الواقعة أو الحق الذي يدعيه ليثبت استحقاقه، بخلاف النافي الذي يقصد إقامة الدليل على نفي واقعة أو حق، فيترتب عليها عدم ثبوت استحقاق المدعي ما يدعيه.

فيكون المعنى الاصطلاحي والمقصود أخص من المعنى اللغوي.

المفردة الثانية: (مقدّم):

لغةً: اسم مفعول من (قدّم)؛ قال ابن فارس: «القاف والذل واللام أصل صحيح يدل على سبق ورعف، ثم يفرع عنه ما يقاربه: يقولون: القدم خلاف الحدوث، ويقال: شيء قديم؛ إذا كان زمانه سالفًا، وأصله قولهم: مضى فلان قدمًا: لم يعرج ولم ينثن... ومقدّمة الجيش: أوله»^(٢)، «وتقدّم: كقدّم، وقدّم واستقدّم: تقدّم... ومصدره القدّم، يقال: قدّم يقُدّم وتقدّم يتقدّم، وأقدم يُقدّم واستقدّم يستقدّم بمعنى واحد... وقيل: مقدّمة كل شيء أوله، ومقدّم كل شيء نقيض مؤخره»^(٣).

(١) ينظر: القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١١٢٨/٢).

(٢) مقاييس اللغة؛ مادة: (قدم): (٥/٦٥-٦٦).

(٣) لسان العرب؛ مادة: (قدم): (١٢/٤١-٤٣)، وينظر: القاموس المحيط؛ مادة: (قدم):

(ص١١٤٧).

وواضح دلالاته على المقصود أن المثبت أوّل عن النافي وأولى بترجيح بيئته.

المقصود به: لا يخرج المقصود بهذه المفردة عن المقصود بالمعنى اللغوي.

المفردة الثالثة: (النافي):

لغة: اسم فاعل من (نفي)؛ قال ابن فارس: «النون والفاء والحرف المعتل أصيل يدل على تعرية شيء من شيء وإبعاده عنه، ونَفَيْتُ الشيء أنفيه نَفْيًا، وانتَفَى هو انتفاء...»^(١)، و«نفي الشيء ينفي نفيًا: تنحى، ونَفَيْتُهُ أنا نَفْيًا... وانتَفَى شعر الإنسان ونفى إذا تساقط، والسييل ينفي الغشاء: يحمله ويدفعه... ونفى الرجل عن الأرض ونَفَيْتُهُ عنها: طرده فانتهى... يقال: نَفَيْتُ الرجل عن الأرض وغيره أنفيه نفيًا إذا طرده... ونفى الشيء نفيًا: جحده...»^(٢).

والمقصود من المعاني المذكورة هو الأخير بأن النافي هو الجاحد.

المقصود به: هو من أقام البينة على عدم الحق أو الواقعة التي يدعيها المدعي، فيترتب عليه عدم ثبوت استحقاق المدعي ما يدعيه^(٣).

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (نفي): (٤٥٦/٥).

(٢) لسان العرب؛ مادة: (نفي): (٣٣٠-٣٢٩/١٤)، القاموس المحيط؛ مادة: (نفي): (ص ١٣٤٠).

(٣) وفي قبول البينة - ومنها الشهادة - على النفي تفصيل ذكره القرافي في الفروق: (٤ / ٦١) يحسن إيراد هنا، فيقول: «المسألة الرابعة: اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة، وفيه تفصيل، فإن النفي قد يكون معلومًا بالضرورة، أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص، وقد يعرى عنها، فهذه ثلاثة أقسام، أما القسم الأول: فتجوز الشهادة به اتفاقًا، كما لو شهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه أفرس، ونحوه، فإنه يقع بذلك، وليس مع القطع مطلب آخر، والثاني: نحو الشهادة في صور منها التفليس، =

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة جملة:

هو أنه إذا اختلف المتداعون، فادعى بعضهم شيئاً أو حقاً أو واقعة، فنفاه خصمه، فأقام المدعي بينة على الواقعة أو الحق الذي يدعيه ليثبت استحقاقه، وأقام خصمه النافي بينة على نفي الواقعة أو الحق الذي يدعيه المدعي^(١)، فيترتب عليها عدم ثبوت استحقاق المدعي ما يدعيه، فإن أولى البيتين وأرجحهما هي بينة المدعي التي تثبت الحق، فيقدم قوله.

= وحصر الورثة، فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب؛ لأنه يجوز عقلاً حصول المال للمفلس، وهو يكتمه، وحصول وارث لا يطلع عليه، ومن هاهنا قول المحدثين ليس هذا الحديث بصحيح بناء على الاستقراء، ومنها قول النحويين ليس في كلام العرب اسم آخره أو قبلها ضمة، ونحو ذلك، والقسم الثالث: نحو أن زيداً ما وفي الدين الذي عليه أو ما باع سلعته، ونحو ذلك فإنه نفي غير منضبط، وإنما يجوز في النفي المنضبط قطعاً أو ظناً. وكذلك يجوز أن زيداً لم يقتل عمراً أمس لأنه كان عنده في البيت، أو أنه لم يسافر لأنه رآه في البلد، فهذه كلها شهادة صحيحة بالنفي، وإنما يمتنع غير المنضبط؛ فاعلم ذلك. وبه يظهر أن قولهم الشهادة على النفي غير مقبولة ليس على عمومها، ويحصل الفرق بين قاعدة ما يجوز أن يشهد به من النفي، وقاعدة ما لا يجوز أن يشهد به منه، وينظر: التحير: (٨ / ٤١٩٠).

(١) يتنبه إلى أن بينة النافي هنا تستند إلى عدم العلم، وليس إلى علم بالعدم، فإذا استندت إلى العلم بالعدم نحو ما ورد في القسم الأول من الشهادة على النفي الوارد في الحاشية السابقة، فلا تقدم بينة المثبت على بينة النافي بل يتعارضان؛ لتساويهما، أو لأنها في الحقيقة مثبتتان؛ لأن إحداهما تثبت المدعى به والأخرى تثبت العلم بعدمه، فيطلب المرجح من خارجهما. ينظر: البرهان: (٢ / ١٢٠٠-١٢٠١)، شرح مختصر الروضة: (٣ / ٧٠٠-٧٠١)، التحير: (٨ / ٤١٨٩-٤١٩٠)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢ / ١١٢٩-١١٣٠).

المطلب الثاني

المستند الشرعي للقريئة



دل على قريئة: (المثبت مقدم على النافي) أدلة من السنة والاتفاق والمعقول:

فمن السنة:

عن عقبه بن الحارث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه تزوج ابنة لأبي إهاب بن عزيز، فأنته امرأة فقالت: قد أرضعت عقبه والتي تزوج، فقال لها عقبه: ما أعلم أنك أرضعتني ولا أخبرتني، فأرسل إلى آل أبي إهاب يسألهم، فقل: ما علمنا أرضعت صاحبتنا، فركب إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالمدينة فسأله، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كيف وقد قيل؟!»، ففارقها، ونكحت زوجاً غيره^(١).

وجه الاستدلال: أن شهادة المرأة أثبتت الرضاع، ونفاه عقبه وآل الزوجة، فقدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شهادتها، واعتمد قولها، فأمره بفراقها^(٢)، فدل على أن المثبت مقدم على النافي^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات، باب: إذا شهد شاهد أو شهود بشيء فقال آخرون: ما علمنا ذلك، يحكم بقول من شهد: (١/٧١٤-٧١٥)، برقم: (٢٦٤٠).

(٢) كما في هذه الرواية وورد في بعض الرويات: «كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟ دعها عنك»، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب شهادة المرضعة: (٢/٣٣٣)، برقم: (٥١٠٤).

(٣) ينظر: فتح الباري: (٥/٣٠٩-٣١٠)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (٢/١١٣١)، وقد بسط القول في الاستدلال بهذا الحديث على قبول شهادة المرأة =

ومن الاتفاق:

حكى بعض العلماء الاتفاق على الأخذ بهذه القاعدة^(١)، وعبر بعضهم
عمن خالفها بأنه شد^(٢).

ومن المعقول:

١- أن الخطأ والغفلة تتطرق للمستمع وإن كان جامعاً ذهنه على ما
يسمع، فالبينة النافية لما تثبتته الأخرى أولى بالذهول عما يجري مما أثبتته
البينة الأخرى فكان تقديمها أولى^(٣).

٢- أن الذهول والغفلة عما وقع مما أثبتته البينة المثبتة أقرب من أنها
تخيلت ما لم يجر ولم يقع، فكان تقديم ما يلزم منه الأقرب أولى من تقديم ما
يلزم منه الأبعد^(٤).

= الواحدة على الرضاع وما يرد عليه من مناقشة وما يجب عنها في بحث: التطبيقات
الفقهية لقاعدة: (التابع تابع) في كتاب القضاء والشهادات والإقرار: (ص ١٠٨).
(١) ينظر: التحبير: (٨ / ١٨٩)، ونص على اعتبارها في: المبسوط: (٨ / ٦٧)، تبين الحقائق:
(٥ / ٢٠١)، الفواكه الدواني: (٢ / ٢١٢)، ويفهم من قول بعضهم أن الفقهاء متفقون
عليه، وأما الخلاف، فهو عند الأصوليين فقال في نهاية الوصول: (٨ / ٣٧٢٤): «والمثبت
مقدم على النافي عند الفقهاء. وفصل بعضهم كإمام الحرمين فقال: (النافي أن ذكر لفظاً
معناه النفسي فهما سواء)، وأن نفى الفعل أو القول كقوله لم يفعل أو لم يقل فالمثبت
مقدم»، وبالرجوع للبرهان يظهر أنه فصل في لفظ الراوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.
ينظر: البرهان: (٢ / ١٢٠٠-١٢٠١)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح:
(٢ / ١١٣٠).

(٢) ينظر: فتح الباري: (٥ / ٣٠٩-٣١٠).

(٣) ينظر: البرهان: (٢ / ١٢٠٠-١٢٠١).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

٣- أن المثبت عنده علم ليس عند النافي، وأما النافي فقد استند إلى عدم العلم فقط، وعدم العلم لا يكون حجة تدفع بها الحجة التي علمت؛ لأن من عرف الشيء وعلمه حجة على من لم يعلمه لا العكس؛ فيمكن الجمع بينهما، بأن تكون البينة المثبتة رأت فعلمت بما شهدت، بخلاف النافية، فإنها لم تره^(١).

٤- أن الإثبات يفيد حكماً تأسيسياً، وأنا النفي فيؤكد حكم العدم المعلوم سابقاً، والتأسيس أولى من التأكيد، فكان المثبت مقدماً^(٢).

٥- أن المثبت ناقل عن حكم الأصل - وهو براءة الذمة والعدم في الصفات العارضة - والنافي مبقٍ على حكم الأصل، والنقل عن حكم الأصل مقدم على المبقى؛ لما في قول المثبت من زيادة علم ليست عند النافي^(٣).

(١) ينظر: التمهيد: (٢٧٧/١٦-٢٧٨)، المحلى: (٥٦/٧)، المغني: (٤٧/١٤)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١١٣١/٢).

(٢) ينظر: الأحكام؛ للآمدي: (٣١٩-٣٢٠)، نهاية الوصول: (٣٧٢٥/٨)، معلمة زايد: (٣٤٩/٣٣)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١١٣١-١١٣٢).

(٣) ينظر: الفصول في الأصول: (١٦٩/٣)، الأحكام؛ للآمدي: (٣١٩-٣٢٠)، معلمة زايد: (٢٢٦/٣٣)، القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح: (١١٣٢/٢).

المطلب الثالث

وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر



إن اعتبار قرينة: (المثبت مقدم على النافي) من القرائن المتعلقة بالظاهر أمر بيّن، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: ما سبق في الدليل الأخير من أن هذه القرينة تفيد تقديم بينة المثبت الناقل عن الأصل على النافي المبقي عليه، فكان في ذلك تقديم لهذا الظاهر على الأصل.

الوجه الثاني: أن البينة المثبتة اكتملت فيها شروط قبولها، والظاهر صدقها، فكان ذلك ظاهرًا موجبًا لتقديمها على البينة التي تتمسك بمجرد عدم علمها، وكان أولى من إسقاط هذا الظاهر.

المبحث الأول
اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض
التمن في المجلس قبل التفرق مع إقامة
البينة منهما^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على هذه
المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٢٩٩).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اتفق المسلم والمسلم إليه على قبض المسلم إليه الثمن، ثم اختلفا، فادعى أحدهما قبضه في مجلس العقد قبل التفرق، وادعى الآخر أن القبض بعد التفرق، وأقام كل منهما بينة بما ادعاه، فمن ترجح بيته منهما، فيقبل قوله؟

حكم المسألة:

ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن البينة المقدمة بينة مدعي القبض قبل التفرق.

واستدلوا بالتالي:

١- أن بينة مدعي القبض قبل التفرق تثبته، وبينة مدعي القبض قبل التفرق تنفي القبض قبل التفرق، فكان بينة مدعي القبض قبل التفرق مقدمة؛ لأن البيئات ترجح بالإثبات؛ لأن معها زيادة علم^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (١٢/١٧٠-١٧١)، المحيط البرهاني: (٧/١١٠).

(٢) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١٢٣)، مغني المحتاج: (٣/٤)، والنص فيها على أن مدعي القبض بعد التفرق هو المسلم، ومدعي القبض قبله هو المسلم إليه.

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٣٢٢)، كشاف القناع: (٣/٢٩٩)، شرح المنتهى: (٣/٣١٣).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٢/١٧٠-١٧١)، المحيط البرهاني: (٧/١١٠)، الشرح الكبير: (١٢/٣٢٢)، كشاف القناع: (٣/٢٩٩).

٢- أن بينة مدعي القبض قبل التفرق موافقة للظاهر^(١)؛ بأنها تقتضي صحة العقد، وهو الظاهر من حال المسلم.

٣- أن بينة مدعي القبض ناقلة عن الأصل - أصل براءة الذمة وأصل عدم العقد والأمر العارضة - وبينة مدعي القبض بعد التفرق مستصحبة للأصل ومبقية عليه بعدم صحة العقد لعدم التقابض قبل التفرق^(٢).

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة، ولكن عموم قولهم بتقديم قول مدعي الصحة في المبحث الثاني من الفصل الثالث: (اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق)، يقتضي تقديم قول مدعي القبض قبل التفرق^(٣).

(١) ينظر: أسنى المطالب: (١٢٣/٢)، مغني المحتاج: (٤/٣).

(٢) ينظر: المرجعان السابقان.

(٣) ينظر: منح الجليل: (٣٣٣-٣٣٤/٥)، ويتنبه إلى أن المالكية لا يحصرون شرط قبض رأس مال السلم بأن يكون القبض قبل التفرق بل يجعلون التأخير إلى ثلاثة أيام في حكم قبض رأس المال السلم قبل التفرق لقربه، وعليه فصورة المسألة المذكورة عندهم هي ما إذا ادعى القبض بعد مدة طويلة نحو الشهر والشهرين، وأنكره خصمه وادعى أن القبض قبلها، فيصدق قول مدعي الصحة - وهو مدعي القبض -، على تفصيل وخلاف ينظر في: التبصرة: (٧/٢٩٦٤-٢٩٦٧، ٢٩٨٣)، الذخيرة: (٥/٢٣٠)، منح الجليل: (٥/٣٣٢-٣٣٤).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) ظاهر يبين على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن بينة مدعي القبض قبل التفرق مقدمة؛ لأنها تثبت القبض قبل التفرق، وذلك على خلاف بينة مدعي القبض بعد التفرق، فإن تنفيه بعدم علمها به، فكانت بينة مدعي القبض قبل التفرق مقدمة لإثباتها ذلك؛ إعمالاً لهذه القرينة.

الوجه الثاني: أن اعتبار تقديم المثبت على النافي لم يقتصر على مذهب واحد في هذه المسألة بل تعدى، فأخذ به الحنفية والحنابلة في هذه المسألة، وقدم بينة مدعي القبض قبل التفرق؛ لأنه مثبتة وبينة خصمه نافية؛ مما يدل على أهميتها وسعة تطبيقها.

المبحث الثاني

اختلاف المالك والعامل في صفة خروج المال من يد مالكه مع إقامة البينة منهما^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على هذه
المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٣-٥٢٤).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

اختلف العامل والمالك رب المال في صفة خروجه عن يد رب المال؛ كما لو قال رب المال: «أعطيتك المال قراضًا ومضاربة فربحه بيننا»، وقال العامل: «كان قرضًا فربحه كله لي»، أو نحو ذلك، وأقام كل منهما بينة بما ادعاه، فمن ترجح بينته منهما، فيقبل قوله؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن البينة المقدمة بينة العامل، وهو مذهب الحنفية^(١)،

والمذهب عند الحنابلة^(٢).

(١) ينظر: المبسوط: (٢٢/٩٣-٩٤)، البناية: (١٠٣/١٠)، رد المحتار: (٨/٤٥٠-٤٥١)، وهذا عند الحنفية في عين الاختلاف المذكور صورة المسألة، وإلا فلو ادعى رب المال القرض، وادعى المضارب المضاربة، فالبينة المقدمة عندهم بينة رب المال؛ لأنها أكثر إثباتًا؛ لأن رب المال يثبت بينته سبب تملك المال منه بالعرض، ووجوب الضمان دينًا له في ذمة المضارب فكانت بينته أولى بالقبول كما في المراجع السابقة.

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٣/٥٢٣-٥٢٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٥٨٧-٥٨٨)، وهذه المسائل من المسائل التي خالف فيها المنتهى الإقناع، فكان المذهب ما نص عليه في المنتهى كما نص على ذلك صاحب كشاف القناع في الموضوع السابق نفسه.

واستدلوا بالتالي^(١):

١- أن بيئته معها زيادة علم؛ لأنها ناقلة عن أصل بقاء ملك المال لربه، ومثبتة ملك رأس المال للعامل.

٢- أنه خارج، فتقدم بيئته؛ لأن البيئة المقدمة عند التعارض بينة الخارج؛ لأن المال لا يزال على ملك ربه فيكون الداخل، والعامل يدعي زوال هذا الملك فيكون الخارج.

القول الثاني: أنهما تتعارضان وتسقطان، وهو رواية عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن الأصل بقاء ملك رب المال عليه، فقويت بيئته باعضادها بهذا الأصل^(٣)، فعارضت بينة العامل، ولم تقدم عليها فتعارضتا وسقطتا.

وأما المالكية والشافعية، فلم أجد لهم نصًا على هذه المسألة:

فأما المالكية، لم أجد ما يمكن التخريج عليه، ولكن قد يقال بدخول هذه المسألة في عموم قولهم بتقديم قول العامل في الاختلاف الوارد في صورة المسألة - كما سبق بحثه في المبحث الرابع من الفصل الثاني من هذه الرسالة: (اختلاف العامل ورب المال هل هو قرض أم قراض بعد الربح؟) - يقتضي تقديم قوله هنا.

وأما الشافعية فقد نصوا على نظائر لهذه المسألة نحو: اختلاف العامل ورب المال في القراض والتوكيل، واختلاف المؤجر والمستأجر هل هي إجارة أم إعارة، وفي هذه المسألتين قدمت البيئة التي معها زيادة علم، كما أن

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٥٢٣-٥٢٤)، شرح المنتهى؛ للبهوتي: (٣/٥٨٧-٥٨٨).

(٢) ينظر: المغني: (٧/١٨٧)، كشف القناع: (٣/٥٢٤).

(٣) ينظر: كشف القناع: (٣/٥٢٣-٥٢٤).

بعض الشافعية رجح في ادعاء المالك القرض والمضارب القراض - وهي عكس ما ذكر في صورة المسألة - أنه تقدم بينة المالك؛ لأن معها زيادة علم؛ بانتقال الملك إلى الآخذ، فلعله أن يقال: إن مذهب الشافعية تقديم بينة العامل؛ لأن معها زيادة علم^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم بينة العامل يمينه، وذلك لما استدل به أصحاب القول الأول، ولأن المالك ليس معه إلا أصل بقاء ملكه على المال، وعدم علم بينته بانتقال ملك المال إلى العامل، وقدم العامل بينة مقبولة مكتملة الشروط عالمة بانتقال ملك المال للعامل، فكان إعمالها واعتبار البينة الشرعية أولى من إهمالها؛ خصوصاً أن ما يتمسك به المالك هو ما ترفعه البينة غالباً في أكثر الدعاوى، فلم يكن لبينة المالك مزية لتعارض بينة العامل.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال تقسيم الربح بينهما، فعلى القول بتقديم بينة العامل، فإنه لا يكون للمالك رب المال نصيب في الربح، ويثبت له في ذمة العامل المبلغ الذي أخذه قرضاً، وعلى القول بتعارض البيتين وتساقطهما، فإنه يرجع إلى القول عند عدم البيتين من الطرفين، فيقدم قول رب المال، وهو ادعى أن الربح بينهما فيكون نصفين^(٢).

(١) ينظر: نهاية المحتاج: (٥/٢٤٣)، تحفة المحتاج: (٦/١٠٥).

(٢) ينظر: المغني: (٧/١٨٧)، كشاف القناع: (٣/٥٢٣-٥٢٤).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - يرجع إلى اعتبار ما عضد بينة العامل هل هو مما يرجحها أم لا، فعلى القول بأنه يرجحها، فتقدم ويرجح جانبه، وعلى القول أنه لا يرجحها، فإن البينتين تتعارضان وتسقطان، ويرجع إلى أصل تقديم قول العامل.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) يظهر في هذه المسألة من خلال الدليل الأول للقول الأول فإن العامل قدمت بينته لما تتضمنها من زيادة علم بإقراض المالك له، وذلك بخلاف بينة المالك، فإنه تتمسك بعدم علمها بذلك، فكانت البينة التي علمت مثبتة لما علمته، فقدمت على التي لم تعلم. وقد تعارض في هذه المسألة أصل وظاهر: فأما الأصل فهو: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، وأما الظاهر فهو: (المثبت مقدم على النافي)، فمن رأى الظاهر أقوى ربح من عضد جانبه، ومن رأى الأصل له قوة حكم بتعارضهما وتساقطهما.

المبحث الثالث

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق
القضائي في المبادئ القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق
القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثالث: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق
القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية



إن الناظر في المبادئ والقرارات القضائية يجد أثر هذه القرينة ظاهراً فقد بلغت أربعة مبادئ وقرارات من أصل خمس ذكرت تحت عنوان (تعارض البيئات)، وهي:

١- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (١٢٨ / ٢ / ٣١)، وتاريخ: ٢٣ / ٥ / ١٤٠٠ هـ، ونصه: «الإثبات مقدم على النفي»^(١).

٢- المبدأ الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (١٢٥ / ٢)، وتاريخ: ١٤ / ٥ / ١٤١١ هـ، ونصه: «البينة المثبتة مقدمة على النافية إذا سلمت من الاعتراض»^(٢).

٣- القرار الصادر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى برقم: (٧٢٣ / ٦)، وتاريخ: ٥ / ٥ / ١٤٢٨ هـ والمتضمن «المصادقة على حكم تضمن تسيباً بأن شهادة الإثبات مقدمة على شهادة النفي»^(٣).

(١) المبادئ والقرارات: (ص ٥٤٣).

(٢) المرجع السابق. (٣) المرجع السابق.

٤- المبدأ الصادر من المحكمة العليا برقم: (٣/٣/٣٧)، وتاريخ: ١٤٣٦/٠٧/٠٩ هـ، ونصه: «أدلة الإثبات مقدمة على أدلة النفي»^(١).

ويظهر من هذه المبادئ والقرارات أمور، منها:

الأمر الأول: أصالة هذه القرينة وعمق جذورها وقوة اعتبارها وسعته في العمل القضائي، فإن الجهات القضائية العليا لم تكتف بإصدار مبدأ واحد على اعتبار هذه القرينة بل أصدرت عدة مبادئ اعتبارها، وامتد اعتبارها والنص على أعمالها أكثر من ستة وثلاثين عامًا، كانت فيها الجهات القضائية تصدر المبادئ وتصادق على الأحكام التي اعتبرت هذه القرينة.

الأمر الثاني: أن اعتبارها لتقديم المثبت على النافي لم يقتصر على طريق أو نوع واحد من أدلة الإثبات، بل اعتبرت عموم تقديم المثبت على النافي في أدلة الإثبات عمومًا؛ كما يظهر منها ذلك.

(١) المرجع السابق: (ص ٥٤٤).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



بالبحث في نظام الإثبات وجدت أثرًا لقرينة: (المثبت مقدم على النافي)،
ومن ذلك:

١- أن الفقرة الثانية من المادة الثالثة نصت على أن: «البينة لإثبات خلاف
الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل».

فيظهر منها أن وظيفة البينة هي إثبات خلاف الظاهر - وهو ما استقر
وثبت أو قوي وجوده قبل وجود ما يدعيه المدعي - وعند النظر في بيئة
المثبت يظهر منها أنها تقوم بهذه الوظيفة وتؤدي هذا الدور، فإنها تضيف
علمًا مخالفًا للظاهر، فكانت أولى من بيئة النافي التي لا تقوم بهذه الوظيفة
ولا تؤدي هذا الدور، فظهر بذلك تأثير قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على
هذه البينة، وكان الأخذ ببينة المثبت وتقديمها على بيئة النافي إعمالًا لهذه
المادة وتطبيقًا لها.

٢- أن الفقرة الثانية من المادة الثانية والسبعين نصت على أنه: «إذا أذنت
المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود كان للخصم الآخر
الحق في نفيها بهذا الطريق، وفي جميع الأحوال لا تقبل الشهادة على النفي
إلا إذا كان محصورًا».

وبهذا النص يظهر تأثير هذه القرينة، فإنها لم تكتف بتقديم بينة المثبت على بينة النافي، بل لم تقبلها، إلا إذا كان محصوراً، وهذا خارج عن القرينة إذ من شرطها أن تكون بينة النافي استندت إلى عدم العلم، والنفي إذا كان محصوراً، فإنه يكون مبنياً على العلم بعدم ما شهدت عليه، فكانت هذا النص من نظام الإثبات تطبيقاً واضحاً لتقديم بينة المثبت على النافي.

المطلب الثالث

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية^(١)



الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى الدائرة التجارية الثالثة وبناءً على القضية رقم ٨٠٨٣ لعام ١٤٣٩ هـ المقامة من/ (...) هوية وطنية (...) ضد/ شركة (...) غير ذلك (...)، القاضي (...) رئيساً، القاضي (...) عضواً، القاضي (...) عضواً

الوقائع:

(الدعوى):

تتحصل وقائع هذه القضية أنه تقدم وكيل المدعي بلائحة دعوى ضد المدعى عليها تضمنت أن المدعى عليها قامت بإبرام عقد تسويق مع المدعي في تاريخ ٢٨ / ٨ / ١٤٣٨ هـ والمتضمن قيام (المدعي) بالتعاون مع المدعى عليها في تأجير وحدات سكنية بمشروع مارفيلا السكني التجاري الواقع بمدينة الرياض لشركة الخطوط السعودية، وقام موكلي بالفعل بتأجير المشروع السكني محل الاتفاق إلى شركة الخطوط السعودية، وتم إبرام العقد بين المدعى عليها والخطوط السعودية نتيجة للجهود المبذولة من موكلي، ومع ذلك لك تقم المدعى عليها بسداد الأتعاب والعمولة التي

(١) حكم منشور في البوابة القضائية العلمية، ورابطه:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/40464>.

التزمت بها مع موكلي حسبما هو منصوص عليه بالعقد المبرم بينهما. ويطلب إلزام المدعى عليها بسداد مبلغ وقدره (٦٢٥, ٥٠١, ١) مليون وخمسمائة وواحد ألف وستمائة وخمسة وعشرون ريالاً والذي يمثل نسبة قدرها (٢, ٥)٪ اثنان ونصف بالمائة من إجمالي قيمة التأجير في السنة الأولى كما طلب إلزام المدعى عليها بسداد نسبة قدرها (١٠)٪ عشرة بالمائة من قيمة المبالغ التي سيحكم بها لصالح المدعي لأن المدعى عليها أوجت المدعي للشكاية.

(الإجابة):

في الجلسة المؤرخة في ١ / ٥ / ١٤٤٠ أجاب وكيل المدعى عليها بأن المدعي لا يستحق ما يطلب وأن العقد مع المدعي كان للقيام بتسويق عدد من الوحدات السكنية مختلف عن العقد بين المدعى عليها والخطوط السعودية وكان بعدها، فقد كان عند المدعى عليها ٥٩٤ وحدة سكنية عرضت المدعى عليها على الخطوط ٣٠٠ وحدة منها قبل توقيع العقد مع المدعي بدليل العروض المقدمة من موكلتي للخطوط السعودية منذ يناير ٢٠١٧م وكان العقد مع المدعي على أن يقوم بالتسويق لما تبقى من الوحدات السكنية والبالغة ٢٩٤ وحدة ولهذا تم التعاقد معه ثم عقب وكيل المدعي فطلب مخاطبة الخطوط السعودية (المدير العام للتخطيط والقوى العاملة والخدمات المساندة بالعمليات الجوية) للإفادة عن الذي قام حقيقة بتسويق كامل الوحدات المتعلقة بهذه الدعوى ثم رفعت الجلسة.

(المرافعة):

وفي جلسة أخرى قررت الدائرة الكتابة للمدير العام للتخطيط والقوى العاملة والخدمات المساندة بالعمليات الجوية للإفادة عن حقيقة قيام المدعي بتسويق العقار محل الدعوى وإيصال المدعى عليها إلى الخطوط السعودية للتعاقد معها حول العقار أم لا كما قدم وكيل المدعي مذكرة جوابية عن جواب المدعى عليها عن الدعوى تضمنت أنه إذا كانت المدعى عليها استطاعت تسويق ٣٠٠ وحدة للخطوط السعودية فلماذا أبرمت العقد مع موكلي؟! ثم ذكر بأن العقد المبرم بين موكلي والمدعى عليها تضمن ما نصه (لقيام الطرف الثاني بتأجير أي عدد من الوحدات السكنية بمشروع مارفيلا لشركة الخطوط السعودية) وبعرضه على المدعى عليها استمهلت للجواب عنه ثم رفعت الجلسة وفي جلسة أخرى تشير الدائرة إلى ورود خطاب الخطوط السعودية والمتضمن قيام الخطوط بالتواصل مباشرة مع شركة (...). وغيرها من الشركات لاختيار الشركة الأنسب وأنه تم التواصل مع شركة (...). والاستتجار منها بصورة مباشرة، وأن عرض المدعي لم يكن ضمن قائمة العروض المقدمة للجهة المستفيدة. واستلم الطرفان نسخة إلكترونية منها واستمهلا للجواب عنها في الجلسة القادمة. وذكر وكيل المدعي بأن لديه شاهداً في الدعوى يريد الاستماع إلى شهادته فأذنت له الدائرة وحضر (...). سعودي الجنسية هوية رقم (...). ويسكن جدة، وتاريخ ميلاده ٠١ / ٠٧ / ١٣٨٣هـ، ويعمل مديراً عاماً لتخطيط القوى العاملة بالعمليات الجوية، وأن علاقته بالمدعي هي معرفته من خلال عمله كمدير عام وعمل المدعي كمسوق قدم إليه العرض وأنه ليس بينه وبين المدعى عليها أي علاقة، وعليه أفهمت الدائرة الشاهد بعظيم أمر الشهادة ففهم ذلك

وأذنت له بأن يشهد فشهد قائلاً: (أشهد لله العظيم أنني لا أعرف رافال بصفتي الشخصية أو بصفتي مديراً في الخطوط وأن المدعي قدم لي عدة عروض في جدة وأنا لم نحتج إلى أي منها في جدة، وطلبنا منه عرضاً في الرياض فقدم عرضين أحدهما بودل والآخر رافال المدعي عليها، فأرسلت لجنة إلى الرياض لمقابلة المدعي وقام بعرض السكن على اللجنة وكان مندوب المدعي عليها موجوداً، وأن بدأ التواصل معي شخصياً بعد ذلك وتم تخفيض الأسعار بناء على تفاوض بين الطرفين لشمول الكهرباء والماء لعرض رافال وذلك تمهيداً لقبول عرض رافال لدى الشؤون والعقود القانونية وإدارة الخدمات العامة لذلك العقد، وأشهد بأنني رأيت صورة لعقد للتسويق بين رافال والمسوق العمران وأشهد بأن تخفيض المبالغ للوصول إلى التعاقد كان بين (...) و (...). وبعرض الشاهد وشهادته على وكيل المدعي عليها سأل الوكيل الشاهد عن طريقة التواصل بين الشاهد و؟ فأجاب الشاهد بأنه ابتداءً عن طريق الهاتف بوساطة (...) ثم عن طريق الإيميلات الرسمية. ثم سأل وكيل المدعي عليها الشاهد: هل كان هنالك تواصل سابق بين المدعي عليها وبين الخطوط تحت إدارتك قبل وصول العمران؟ فأجاب: لا لا يوجد تواصل سابق على الإطلاق. كما قدم وكيل المدعي عليها مذكرة ردّاً على ما أورده المدعي وكالة في مذكرته السابقة تضمنت أن أحد العروض المقدمة من المدعي عليها كان بتاريخ ٢٠١٧/٦/٧ ووافقت الخطوط السعودية عليه وذلك يدل على أن الاستئجار كان بجهد المدعي عليها كما تضمنت أن المدعي في حال افتراض أن الاستئجار تم بجهد فإنه لا يستحق العمولة كونه شرط في العقد أنه لا يستحق العمولة إلا بعد تسلم موكلتي الأجرة من الخطوط وموكلتي لم تستلم

الأجرة إلا بعد انتهاء مدة عقد التسويق بناء على الفقرة ب من البند الخامس في العقد ثم رفعت الجلسة وفي جلسة المرافعة الكتابية قدم المدعي وكالة مذكرة للجواب عن خطاب مدير الخطوط السعودية تضمنت عدم صحة مضمون الخطاب ومخالفته للحقيقة وواقع الحال. كما عدل عن قيمة المطالبة الواردة في صحيفة الدعوى إلى المطالبة بأن تسدد له المدعى عليها مبلغا قدره ٠٧٥, ٥٤٠, ٥٩٥ خمسمائة وخمسة وتسعون ألف وخمسمائة وأربعون ريالاً وخمسة وسبعون هللة. حيث إن القيمة الإيجارية للسنة الأولى قدرها ٦٠٣, ٨٢١, ٢٣ ريال كما قدمت المدعى عليها الجواب عن شهادة الشاهد وتضمنت الجواب من وجهين الأول عدم صحة الشهادة والثاني على افتراض صحتها فليس فيها ما يثبت أن المدعي هو من قام بإتمام عملية التأجير. وفي جلسة أخرى عقدت عبر الاتصال المرئي جرى سؤال المدعى عليه وكالة عن الوحدات المؤجرة من المشروع المشار إليه في دعوى المدعي في السنة الأولى من المدة الإيجارية في العقد بين موكلته والخطوط السعودية وكم مجموع قيمة الإيجار للسنة الأولى أجب قائلاً: أطلب مهلة لتحرير ذلك والجواب عنه الجلسة القادمة كما جرى إفهام المدعي وكالة بإحضار الأصيل في الجلسة القادمة ففهم ذلك واستعد به وعليه رفعت الجلسة وفي جلسة أخرى منعقدة عبر الاتصال المرئي، جرى سؤال وكيل المدعى عليها عما استمهل لأجله من تحرير عدد الوحدات المؤجرة من المشروع المشار إليه في دعوى المدعي في السنة الأولى من المدة الإيجارية في العقد بين موكلته والخطوط السعودية وكم مجموع قيمة الإيجار للسنة الأولى أجب قائلاً عدد الوحدات هي ٣٤٥ وحدة بقيمة إيجارية قدرها ٦٠٣, ٨٢١, ٢٣ ريال للسنة الأولى هكذا أجب ثم قال المدعي أصالة إن

مبلغ الأجرة هو ٢٨, ٤٧٠, ٠٠ ريال هكذا أجاب وبعرض ذلك على المدعى عليه وكالة قال ما ذكره المدعي غير صحيح والصحيح ما ذكرته هكذا أجاب وبسؤال المدعي البينة على ما ذكره من أن مبلغ الأجرة هو ٢٨, ٤٧٠, ٠٠ ريال قدم صورة من خطاب داخلي عليه شعار الخطوط السعودية جرى عرضه على المدعى عليه وكالة فقال هذا الخطاب غير صحيح هكذا أجاب ثم قرر المدعي أصالة قائلاً أحصر مطالبتي فيما ذكره المدعى عليه وكالة من أن القيمة الإيجارية قدرها ٦٠٣, ٨٢١, ٢٣ ريال للسنة الأولى وأسقط ما زاد عن ذلك كما أحصر مطالبتي في ما يخص عمولة الوساطة دون أتعاب المحاماة هكذا قرر وبسؤال المدعي أصالة يوسف العمران هل أنت مستعد لأداء اليمين بهذه الصيغة (والله العظيم الذي لا إله إلا هو إنني توسطت بين شركة رافال والخطوط السعودية في استئجار الخطوط السعودية ٣٤٥ وحدة سكنية من مشروع مارفيلا بالرياض بقيمة إيجارية قدرها ٦٠٣, ٨٢١, ٢٣ ريال للسنة الأولى من شركة رافال وقد تم ذلك عن طريقي وإنني عرضت المشروع على علي بن حسن بن علي الحرابي المدير العام لتخطيط القوى العاملة بالعمليات الجوية وأستحق على ذلك عمولة الوساطة وقدرها ٥٧٥, ٥٤٠, ٠٧٥ ريال والله العظيم) أجاب قائلاً نعم أنا مستعد لأداء اليمين بهذه الصيغة فحلف بعد تخويفه بخطر اليمين الكاذبة قائلاً ((والله العظيم الذي لا إله إلا هو إنني توسطت بين شركة رافال والخطوط السعودية في استئجار الخطوط السعودية ٣٤٥ وحدة سكنية من مشروع مارفيلا بالرياض بقيمة إيجارية قدرها ٦٠٣, ٨٢١, ٢٣ ريال للسنة الأولى من شركة رافال وقد تم ذلك عن طريقي وإنني عرضت المشروع على (...)) المدير العام لتخطيط القوى العاملة بالعمليات الجوية وأستحق على ذلك عمولة الوساطة

وقدرها ٠٧٥, ٥٤٠, ٥٩٥ ريال والله العظيم)) ولصلاحية الدعوى للفصل قررت الدائرة رفعها للمداولة وإصدار الحكم.

الأسباب:

تأسيساً على ما جرى إيراده من الوقائع سالفه البيان، ولما كان المدعي وكالة يطلب إلزام المدعى عليها أن تسدد لموكله بناء على العقد المبرم بينهما عمولة الوساطة العقارية لاستئجار الخطوط السعودية الوحدات السكنية في المشروع المشار إليه في دعواه، وحيث أقر وكيل المدعى عليها بوجود التعاقد بين الطرفين بذات العقد المشار إليه في دعوى المدعي وكالة كما أقر باستئجار الخطوط السعودية ما عدده ٣٠٠ وحدة سكنية من ذات المشروع ولأن ما دفع به وكيل المدعى عليها بأن ذلك كان بجهد موكلته بدليل العروض المقدمة منها وأن العقد بين موكلته والمدعي منصب على ما زاد عن الثلاثمئة وحدة مردود بما ورد في عقد الوساطة بما نصه (لقيام الطرف الثاني بتأجير أي عدد من الوحدات السكنية بمشروع مارفيلا لشركة الخطوط السعودية) فجاء النص شاملاً لجميع الوحدات السكنية للمشروع، ولأنه بعد الاطلاع على عقد الوساطة المبرم بين الطرفين تبين أن سريان العقد في ١/٦/٢٠١٧م والعرض الذي بنت عليه الخطوط السعودية موافقتها كان بتاريخ ٧/٦/٢٠١٧ دون العروض السابقة في شهر ١ وشهر ٣ من ذات العام ثم جرى توقيع عقد الأجرة في تاريخ ٢١/٦/٢٠١٧م، كما أن ما ذكره المدعى عليه وكالة من عدم استحقاق المدعي الأجرة حيث لم تستلمها موكلته إلا بعد انتهاء مدة عقد الوساطة لا عبرة به، إذ إن العمل قد حصل أثناء المدة واستحق عليه المدعي الأجر، وأما كون الأجرة لم تستلم إلا بعد انتهاء مدة عقد الوساطة فهذا خارج عن عمل المدعي وإنما تحقيقه راجع إلى المدعى عليها وهي

المسؤولة عنه وكان بإمكانها مطالبة الخطوط السعودية بالسداد إن صح ذلك، ولأن المدعي قدم بينة على صحة دعواه وهي شهادة الشاهد المرصودة بعاليه والذي تضمنت إثبات وساطة المدعي بين المؤجر المدعى عليها وبين المستأجر الخطوط السعودية، ولا ينال من هذه الشهادة ما ورد من خطاب المدير العام للخطوط السعودية إذ تقرر في القواعد الشرعية أن المثبت مقدم على النافي، يضاف إلى ذلك أن لم يرد في الخطاب ما ينفي وجود وساطة المدعي بل غاية ما فيه أن الاستئجار كان بصورة مباشرة وذلك لا يمنع من وجود وساطات حصلت قبل ذلك، ولما رواه علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بشهادة شاهد واحد، ويَمِين صاحب الحق» ولحلف المدعي اليمين كما طلبت منه بالصيغة المرصودة بعاليه، ولمصادقة المدعى عليه وكالة على ما ذكره المدعي وكالة من أن القيمة الإيجارية للوحدات السكنية قدرها ٦٠٣, ٨٢١, ٢٣ ريال للسنة الأولى ولحصر المدعي أصالة مطالبته على هذه القيمة دون ما ادعى زيادته ودون ما يخص أتباع المحاماة، ولأنه جرى الاطلاع على عقد الوساطة والذي تضمن استحقاق المدعي نسبة قدرها (٥, ٢٪) اثنان ونصف بالمائة من إجمالي قيمة التأجير في السنة الأولى مما تنتهي الدائرة في حكمها إلى ما يرد في منطوقه.

منطوق الحكم:

بإلزام المدعى عليها شركة (...) للتطوير العقاري سجل تجاري رقم (...) بأن تدفع للمدعي يوسف (...) سجل مدني رقم (...) مبلغاً قدره ٠٧٥, ٥٤٠, ٥٩٥ ريال خمسمائة وخمسة وتسعون ألف وخمسمائة وأربعون ريالاً وخمسة وسبعون هللة.

عضو (...). عضو (...). رئيس الدائرة (...).

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى دائرة الاستئناف الأولى وبناءً على القضية رقم ٣٣٨٣ لعام ١٤٤٢ هـ، المقامة من/ (...). هوية وطنية (...). ضد/ شركة (...). للتطوير العقاري غير ذلك (...).، القاضي (...). رئيساً، القاضي (...). عضواً، القاضي (...). عضواً.

الوقائع:

محل الدعوى المطالبة بقيمة تسويق عقار وتأجيريه وقد أصدرت الدائرة بمحكمة أول درجة حكمها في القضية بإلزام المدعى عليها بدفع ٧٥, ٥٩٥٥٤٠ ريال وبما أن الوقائع قد أوردتها الحكم فإن دائرة الاستئناف تحيل إليه في هذا الشأن وقد أعترض وكيل المدعى عليها بما حاصله أن الحكم الابتدائي قد خالف أحكام نظام المرافعات الشرعية وأحكام العقد المبرم بين الطرفين وأن العقد الذي جرى بين موكلته والخطوط السعودية كان سابقاً لاتفاق موكلته مع المدعى وحيالة على التسويق وأنكر المعترض أن تكون المخاطبة قد تمت لمدير أعلى الأقسام وإنما كانت لمدير الخطوط السعودية وأن الجواب جاء موافق لما ذكرته موكلته لظعن بخطاب رسمي إلا بالتزوير ثم انكر لكون المدعى قام بالتأجير وذكر أن موكلته تنفي والمدعى عليه مثبت وأن [النلفي]^(١) مقدم على المثبت بحكم الأصل وكرر بعض ما ذكره في المرافعة وطلب إعادة النظر في الحكم

(١) هكذا في الأصل ولعل صوابه: (النافي).

الأسباب:

بما أن الاعتراض جرى تقديمه أثناء الأجل المحدد نظاماً، فإن دائرة الاستئناف تنتهي إلى قبوله شكلاً. أما فيما يتعلق بالحكم فإن دائرة الاستئناف لم يظهر لها في الاعتراض ما يحول دون تأييد الحكم وبناءً عليه فإنها تنتهي إلى تأييده محمولاً على أسبابه. وهي كافية وعامة ما ذكر المستأنف قد ردت عليه الدائرة الابتدائية في تسببها وهو كاف وأما ما ذكرته [الدائرة الابتدائية]^(١) من تقديم النافي على المثبت فهو في غير محله سيما إذا كان المثبت معه زيادة في العلم وإعمال الزيادة أولى من إهمالها سيما وأن المدعى قد حلف اليمين المكملة لبينه والشاهد ليس شاهداً فقط بل هو مباشر كما شهد به وهو أقوى في الدلالة على الواقع من الخطاب الوارد من مرجعه ما تنتهي معه الدائرة التي تأيد حكم الدائرة وبالله التوفيق

منطوق الحكم:

حكمت دائرة الاستئناف الأولى بتأييد حكم الدائرة التجارية الثالثة بالمحكمة التجارية بالرياض الصادر بتاريخ ٢٩ / ٠٤ / ١٤٤٢ هـ في القضية رقم ٨٠٨٣ لعام ١٤٣٩ هـ القاضي بإلزام المدعى عليها شركة (...) للتطوير العقاري سجل تجاري رقم (...) بأن تدفع للمدعي (...) سجل مدني رقم (...) مبلغاً قدره (٥٧٥, ٥٤٠, ٥٩٥) ريال خمسمائة وخمسة وتسعون ألفاً وخمسمائة وأربعون ريالاً وخمسة وسبعون هللة.

(١) لعله سبق قلم، وأن المقصود به هو ما ورد في المذكرة الاعتراضية، وهذا ظاهر من خلال النظر في حكم الدائرة الابتدائية وحكم دائرة الاستئناف التي ورد فيها حاصل الاعتراض؛ فإن الدائرة الابتدائية أعملت هذا المبدأ، واعتبرته، وتقديم النافي على المثبت ورد في اللائحة الاعتراضية.

عضو (...). عضو (...). رئيس الدائرة (...).

أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على الحكم القضائي:

وهذا الحكم تأثره بقرينة: (المثبت مقدم على النافي) بين واضح، وذلك بما ورد في أسباب حكم الدائرة الابتدائية بتقديم بينة المدعي المثبتة قيامه بأعمال الوساطة المطالب بأجرتها على بينة المدعي عليها النافية توسط المدعي، بل إن اعتبارها لم يقتصر على الحكم الابتدائي حتى تصدت محكمة الاستئناف لبيان أهمية هذه القرينة، بأن ما خالفها في غير محله، وأعقبته بالاستدلال على تقديم قول المثبت بما سبق من أدلة هذه القرينة، بأن بينة المثبت مقدمة سيما إذا كان معها زيادة في العلم وإعمال الزيادة أولى من إهمالها.

الفصل الخامس

أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)

وفيه تمهيد، وخمسة مباحث:

المبحث الأول: الاختلاف في سن الرقيق.

المبحث الثاني: اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين الدين المبرأ منه.

المبحث الثالث: الاختلاف في تعيين الدين المقضي.

المبحث الرابع: اختلاف المشتري والشفيع في قدر الثمن.

المبحث الخامس: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على التطبيق القضائي.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القرينة.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر.

المطلب الأول

معنى القرينة



وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات القرينة:

إن قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)^(١) ومكونة من عدة مفردات ومصطلحات، وهي:

المفردة الأولى: (أدرى):

لغة: هو بصيغة: (أفعل) تفضيل من الفعل (درى)؛ قال ابن فارس: «الدال والراء والحرف المعتل والمهموز، أما الذي ليس بمهموز، فأصلان: أحدهما قصد الشيء واعتماده طلباً، والآخر حدة تكون في الشيء... فأما قوله: تدريت الشيء؛ أي تعلمت لدريته أين هو، والقياس واحد؛ يقال: دَرَيْتُ الشيء، والله - تعالى - أدرانيه؛ قال الله تعالى: ﴿قُلْ لَوْ شَاءَ اللَّهُ مَا تَلَوْتُهُ وَعَلَيْكُمْ وَلَا أَدْرِيكُمْ بِهِ﴾^(٢)، وفلان حسن الدريّة؛ كقولك حسن

(١) وأبقيت التعبير على هذا القرينة بهذه الصيغة عن الصيغة الشهيرة: (أن ما لا يعلم إلا من جهة الإنسان فالقول فيه قوله) لأمرين:

الأمر الأول: أنها الصيغة التي وردت في كشاف القناع.

الأمر الثاني: أنها أعم من الصيغة الشهيرة؛ فإن الصيغة السابقة تقصر قبول القول على ما لا يطلع عليه غير الإنسان، وأما الصيغة الواردة في هذا الفصل، فإنها تزيد قبول قول الإنسان فيما كان داعيه إلى حفظه وضبطه أقوى من غيره، وإن كان ربما يشترك مع غيره.

(٢) سورة يونس، الآية (١٦)، وينظر: الجامع لأحكام القرآن: (١٠/٤٦٧).

الفطنة»^(١)، و«دَرَيْتُهُ، وبه أَدرِي دَرِيًّا ودَرِيَّةً - ويكسر ان - ودَرِيَانًا - بالكسر ويحرك - ودَرِيَايةً - بالكسر - ودَرِيًّا؛ كحَلِيٍّ: علمته، أو بضرب من الحيلة وأدراه به: أعلمه، والصيد دَرِيًّا ختله كَتَدَرَاهُ وادَّرَاهُ؛ كَأَفْتَعَلَهُ، ورأسه حكه بالمِدْرَى - وهو المشط - والقرن...»^(٢).

والمقصود من هذه المعاني هو: أن درى بمعنى علم، فتكون (أدرى) بمعنى: (أعلم).

والمقصود بها هنا: هو المقصود من المعاني اللغوية.

المفردة الثانية: (نَفْس):

لغةً: قال ابن فارس: «النون والفاء والسين أصل واحد يدل على خروج النسيم كيف كان، من ريح أو غيرها، وإليه يرجع فروعه... ويقال للعين نَفْسٌ، وأصابته فلانًا نَفْسٌ، والنَّفْس: الدم، وهو صحيح؛ وذلك أنه إذا فقد الدم من بدن الإنسان فقد نفسه... ويقال للماء: نَفْسٌ، وهذا على تسميته الشيء باسم غيره؛ ولأن قوام النفس به، والنَّفْس قوامها بالنَّفْس...»^(٣)، «والجمع من ذلك أَنفُسٌ ونُفُوسٌ»^(٤).

وتطلق (النفس) في اللغة على معان^(٥):

- (١) مقاييس اللغة؛ مادة: (درى): (٢/ ٢٧١-٢٧٢).
- (٢) القاموس المحيط؛ مادة: (درى): (ص ١٢٨٢)، وينظر: لسان العرب؛ مادة: (درى): (٥/ ٢٥٣-٢٥٤).
- (٣) مقاييس اللغة؛ مادة: (نفس): (٥/ ٤٦٠).
- (٤) لسان العرب؛ مادة: (نفس): (١٤/ ٣١٩).
- (٥) بنظر: القاموس المحيط؛ مادة: (نفس): (ص ٥٧٧-٥٧٨)، لسان العرب؛ مادة: (نفس): (١٤/ ٣١٩-٣٢٣).

- ١- الرُّوع، ومنه قولهم: في نفس فلان أن يفعل كذا وكذا؛ أي: في رُوعه.
- ٢- ما يكون به التمييز، وهي التي تزول بزوال العقل، وقيل: هي النفس التي تفارقه إذا نام.
- ٣- جملة الشيء وحقيقته، ومنه قولهم: قتل فلان نفسه وأهلك نفسه؛ أي: أوقع الهلاك بذاته كلها وحقيقته.
- ٤- الإرادة.

المقصود من هذه المعاني هو المعنى الأول؛ إذ المقصود في النفس هنا محل القصد والنية، فسبب تقديم قول الإنسان في هذه القرينة أن محل التنازع شيء في نفسه، وقريب منه المعنى الثاني والمعنى الرابع، وقد يقال: إن المقصود هو كل ما انفرد الإنسان به مما يتعلق بذاته سواء أكان النية والقصد أم مما خفي مما لا يُطلع عليه نحو: العدة، فيكون الأقرب للمقصود: المعنى الثالث، وقد يناقش: بأن المقصود بالنفس ما سبق، وأما ما كان خارجها مما لا يطلع عليه غير الإنسان، فهو المقصود بما صدر منه.

اصطلاحًا: عرفت النفس في الاصطلاح: بأنها «هي الجوهر البخاري اللطيف الحامل لقوة الحياة والحس والحركة الإرادية»^(١).

وعرفت: بأنها «الروح الحيوانية، فهو جوهر مشرق للبدن، فعند الموت ينقطع ضوءه عن ظاهر البدن وباطنه»^(٢).

ولعل الأول مقارب لتعريف العقل أو الروح، والثاني يختص بالروح، وتعريف (النفس) بما ورد في المقصود من المعنى اللغوي أولى؛ لوضوحه

(١) التعريفات: (ص ٣٨٥). (٢) المرجع السابق نفسه.

في التعبير عن المقصود، ولسلامته من تعريف النفس بما لم يرد في النصوص الشرعية.

المفردة الثالثة: (صَدَرَ):

لغة: قال ابن فارس: «الصاد والذال والراء أصلان صحيحان، أحدهما يدل على خلاف الِوَرْد، والآخر صَدَرَ الإنسان وغيره... فالأول قولهم: صدر عن الماء، وصدر عن البلاد؛ إذا كان وَرَدَهَا ثم شَخَصَ عنها»^(١)، و«أصْدَرْتَهُ، فصدر؛ أي: رَجَعْتُهُ فَرَجَعَ، والموضع مَصْدَر، ومنه: مصادر الأفعال، وصادَرَه على كذا، والصَّدْرُ: نقيض الِوَرْد، صَدَرَ عنه يَصْدِرُ صَدْرًا وَمَصْدَرًا... وقد أصدر غيره وَصْدَرَهُ»^(٢).

والأقرب منهما ما بسطت النقل في تعريفه، وهو المعنى الأول.

والمقصود به: ما بدر من الإنسان أو وقع عليه سواء أكان قولاً أو فعلاً مختاراً أو غير مختار مما لا يطلع عليه غيره.

وبذلك يظهر أن المعنى المقصود أعم من المعنى اللغوي؛ إذ المعنى اللغوي يقتصر على الفعل الاختياري المذكور بخلاف المقصود، فهو يشمل ذلك ويشمل القول أيضاً.

المسألة الثانية: التعريف بالقرينة جملة:

أن الفرد من البشر إذا أخبر عن شيء مما في رُوعِهِ أو مما بدر منه أو وقع عليه سواء أكان قولاً أو فعلاً مختاراً أو غير مختار مما لا يطلع عليه غيره عادة

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (صدر): (٣/٣٣٧).

(٢) لسان العرب؛ مادة: (صدر): (٨/٢١٠)، وينظر في كل ما سبق في تعريف المفردة: لسان

العرب؛ مادة: (صدر): (٨/٢١٠)، القاموس المحيط؛ مادة: (صدر): (ص٤٢٣).

أو لخرج ومشقة شديدين^(١)، أو كان الداعي لأن يحفظه أقوى من غيره، فإنه أعلم به من غيره.

وعليه فإذا اختلف المتداعون، وكان ما اختلفوا فيه مما في روع بعضهم أو مما بدر منه أو وقع عليه مما لا يطلع عليه غيره، أو كان الداعي لأن يحفظه أقوى من غيره فإن من عضد جانبه ذلك، فإن قوله مقدم لأنه أعلم من خصمه بما اطلع عليه.

(١) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: (١/ ٣٧١-٣٧٢).

المطلب الثاني المستند الشرعي للقرينة



إن قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) أخص من قرينة (الأمانة) التي سبقت دراستها^(١)، وعليه فما استدل لتلك القرينة يصح أن يستدل به لهذه القرينة، وأذكر هنا الأدلة الدالة على اعتبار قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) بخصوصها، وهي متنوعة، فقد دل على اعتبارها وصحة الاستدلال بها في ترجيح قول أحد المتداعين الكتاب والسنة والاتفاق والمعقول:

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن أمر العدة دائر بين الحيض والأطهار، ولا يطلع عليه إلا المرأة، فكان قولها مقبولاً في انقضاء عدتها من عدمه، وكانت مؤتمنة عليه^(٣)؛ إذ لو لم يكن قولها مقبولاً فيه لما نهاها الله عزَّ وجلَّ عن كتمانها، فدل على قبول قولها فيه^(٤).

(١) ينظر: معلمة زايد: (٣٨٩/٩-٣٩٠).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: (٤/٤٤).

(٤) ينظر: أحكام القرآن؛ للجصاص: (٢/٦٤-٦٥)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: (ص ٣٧٣).

ومن السنة:

١- عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: جاء رجل إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: هلكت يا رسول الله! قال: **«وما أهلكك؟»** قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: **«هل تجد ما تعتق رقبة؟»** قال: لا، قال: **«فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟»** قال: لا، قال: **«فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً؟»** قال: لا، قال: ثم جلس، فأتي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعرق فيه تمر، فقال: **«تصدق بهذا»** قال: أفقر منا؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا، فضحك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حتى بدت أنيابه، ثم قال: **«اذهب فأطعمه أهلك»**^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل قول هذا الرجل في كلامه عن نفسه وحاله أنه أفقر، فأمره بأنه يطعمه أهله، فإن هذه الحال مما لا يطلع عليه غيره، فقبل قوله فيه^(٢).

٢- قال^(٣): ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد، فقالت: يا رسول الله! طهرني، فقال: **«ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه»**، فقال: أراك تريد أن ترددي كما رددت معاذ بن مالك، قال: **«وما ذاك»**، قالت: إنها حبلى من الزنى، فقال: **«أنت؟»**، قالت: نعم، فقال لها: **«حتى تضعي ما في بطنك»**^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الصوم، باب: إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكثر، (١/ ٥٧١)، برقم: (١٩٣٦)، ومسلم في صحيحه واللفظ له في كتاب الصيام، (ص ٣٩١-٣٩٢)، برقم: [٢٥٩٥] ٨١- (١١١١).

(٢) ينظر: فتح الباري: (٤/ ٢٢٠)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: (ص ٣٧٤-٣٧٥).

(٣) هو الصحابي الجليل: بريدة بن الحصيب. ينظر: صحيح مسلم: (ص ٦٥٢-٦٥٣).

(٤) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب الحدود، (ص ٦٥٣)، برقم: [٤٤٣١]- (١٦٩٥).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل قول المرأة في حملها، فأملها حتى تضع ما في بطنها؛ وذلك أن حملها مما يتعلق بنفسها، ولا يعلم إلا من جهتها، فدل على أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه، فيقدم قوله في ذلك مما لا يطلع عليه غيره^(١).

ومن الاتفاق:

اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى على أن ما لا يعلم إلا من جهة الإنسان، فإنه يقبل فيه قوله ويقدم على غيره - في الجملة -^(٢)، ولعل ما يأتي من مسائل يبين ذلك بجلاء.

ومن المعقول^(٣):

١- أن ما انحصر علمه عند صاحبه، فإنه يكون بمنزلة المؤمن على ما انفرد بعلمه دون غيره من الناس، والقاعدة المقررة تقديم قول الأمين بيمينه، فكان قوله مقدماً.

٢- أنه لو لم يقبل قول الإنسان في نفسه وما صدر منه مما لا يعلم إلا من جهته لتعطلت مصالح هذا الباب لتعذر إقامة الحجج عليه فقبل قوله تحصيلاً لهذه المصالح^(٤).

(١) ينظر: معلمة زايد: (٣/٣٩٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/٢٧٢-٢٧٣)، المعيار المعرب: (٤/١٢٧)، الذخيرة: (٦/٢٧٨)، المنثور: (٢/٢٥٢-٢٥٣)، كشف القناع: (٦/١٠٧)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: (ص٣٧٦-٣٧٨)، معلمة زايد: (٩/٣٩٠)، الإجماع في القواعد الفقهية: (ص٢٩٧).

(٣) ينظر: القواعد الفقهية للدعوى القضائية: (٢/٩٥٤).

(٤) ينظر: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، طبعة دار القلم: (٢/٧٣).

المطلب الثالث

وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر



إن اعتبار قرينة: **(أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)** من القرائن المتعلقة بالظاهر أمر بيّن، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: من خلال علاقة هذه القرينة بقرينة: **(الأمانة)**، فإن هذه القرينة كما سبق أخص من قرينة: **(الأمانة)**، فلما كانت قرينة: **(الأمانة)** من القرائن المتعلقة بالظاهر، فإن ذلك يتضمن أن هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر، وما قيل في قرينة **(الأمانة)** يقال هنا.

الوجه الثاني: أن الأصل عدم ما يدعيه من يتمسك بهذه القرينة، فإن الأصل بقاء العدة - مثلاً - وانقضاؤها بالطهر أو بالحيض خلاف الأصل، ورغم ذلك قبل قول المرأة فيه بخلاف هذا الأصل؛ إعمالاً لقرينة: **(أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)**، فدل ذلك على أنها إحدى صور إعمال الظاهر الناقل عن الأصل.

المبحث الأول
الاختلاف في سن الرقيق^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على هذه المسألة

(١) ينظر: كشف القناع: (٣/٢٩٣).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

تعاقد المسلم مع المسلم إليه على رقيق بسن محدد، وعند التسليم أو بعده اختلف في بلوغه السن المتفق عليها في السلم - والرقيق بالغ -، فادعى الرقيق قدرًا وخالفه غيره، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدنا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه^(١)؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(٢)،

(١) ويشار هنا إلى أمرين حدثا، وهما: الأول: أن الرقيق يكاد يندر وجوده أو عدمه، فدراسة هذه المسألة غالبًا من العلم بالشيء، فإن تطبيقها في هذا العصر محدود. الثاني: اعتماد شهادات الميلاد في كثير من البلاد مما أغنى عن البحث في تحديد السن بالرجوع إليها، ولكن يمكن أن يقال بإعمالها في الدول التي لم تعتد فيها شهادات الميلاد أو في الأشخاص الذين ولدوا قبل اعتمادها، فيرجع في تحديد تاريخ ميلادهم إليهم بعد بلوغهم؛ خصوصًا إذا كان التاريخ المحدد في الهوية الوطنية مما وضع لكثير من الناس نحو تاريخ: (٠٧/٠١)، فيكون قول من ادعى أن سنه بخلاف هذا التاريخ أولى لما ورد في هذه المسألة.

(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/١٣)، أسنى المطالب: (٢/١٣١)، نهاية المحتاج: (٤/٢٠٥)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣)، مغني المحتاج: (٣/١٨)، وقيد بعض الشافعية قبول قول الرقيق في السن بأن يكون عدلاً، فلا يقبل قول غير العدل. ينظر: نهاية المحتاج: (٤/٢٠٥)، تحفة المحتاج: (٥/٢٣)، وحاشيتيها.

.....والحنابلة^(١) إلى أن القول المقدم قول الرقيق في سنه إذا

كان بالغاً.

واستدلوا: بأن الرقيق أدرى بسنه من غيره^(٢)، فإنه يتعلق بنفسه، وهو أدرى بها من غيره، فإنه أحفظ لما يتعلق بها، خصوصاً إذا انضم إلى ذلك عدم اطلاع غيره عليه، كما لو تداولت الرقيق الأيدي، وبعُدَ تاريخ ميلاده، فلم يمكن الوصول إلى من يعلم ميلاده، أو عسر، ونحو ذلك مما يجعل العلم بسن الرقيق محصوراً فيه أو في حكمه، فيكون قول الرقيق مقدماً في تحديد سنه.

وأما الحنفية المالكية، فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة:

فأما الحنفية، فلعل ذلك لأن ورود المسألة المذكورة هو في السلم في الرقيق، وهو لا يصح عندهم^(٣)؛ لأن بيانه من شروط السلم في الرقيق، فلما لم يصح عندهم السلم فيه لم يكن الخلاف في سن الرقيق وارداً عندهم؛ فلعله لأجل ذلك لم ينصوا عليه.

وأما المالكية، فلم أجد لهم نصاً على هذه المسألة، ولا ما يمكن

تخريجه عليها.

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٢٣٩/١٢)، كشاف القناع: (٢٩٣/٣)، شرح المنتهى: (٣٠١/٣).

(٢) ينظر: كشاف القناع: (٢٩٣/٣).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: (٤٥٧-٤٥٨).

المطلب الثاني

**أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على هذه المسألة**



يظهر أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) من خلال الاستدلال بأن الرقيق أدرى بسنه من غيره، وهو مما يكون الداعي لأن يحفظه الرقيق موجوداً عنده وليس عند غيره، وعليه فيقدم قوله على قول غيره إعمالاً لهذه القرينة وترجيحاً لجانب من عضدته.

المبحث الثاني
اختلاف الراهن والمرتهن
في تعيين الدين المبرأ منه^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهيًا.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/٣٤١، ٣٥٢)، ومثله ما لو كان بأحدهما
كفيل.

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

كان على الراهن للمرتهن دينان أحدهما موثق برهن، والآخر بلا رهن، فأبرأ المرتهن الراهن من أحد الدينين، ثم اختلفا في تحديد الدين المقصود بالإبراء، فادعى المرتهن أحدهما - وغالبًا الذي ليس موثقًا -، وادعى الراهن الآخر، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

ذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى أن القول قول المرتهن - المبرئ - في تحديد الدين الذي أبرأ منه.

واستدلوا: بالقياس على القضاء، فلما كان القول المقدم قول القاضي في تعيين الدين الذي قضاه كان القول قول المبرئ في تعيين الدين الذي أبرأ منه؛

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٢٠٠)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٢)، أسنى المطالب: (٢/١٨٢)، ونصوا على أن تقديمه يكون بيمينه.

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٨٣)، كشاف القناع: (٣/٣٤١، ٣٥٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٥٣-٣٥٤).

قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) = (١٠٥٣)

وذلك أنه أعلم بقصده، وأدرى بما صدر منه؛ فإن القصد مما لا يعلم إلا من جهته فقبل فيه قوله^(١).

وأما الحنفية والمالكية^(٢) فلم أجد لهم نصًا في هذه المسألة ولا ما يمكن التخريج عليه.

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/٢٠٠)، أسنى المطالب: (٢/١٨٢)، كشاف القناع: (٣/٣٤١، ٣٥٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٥٣-٣٥٤).

(٢) ينظر: منح الجليل: (٦/٤٦٧) وما بعدها، وفيها تفاصيل الإبراء، ولكنها تكلمت عن الإبراء العام الذي ادعى المبرئ تخصيصه ببعض الديون فلا يقبل عند المالكية، وللفرق الظاهر بينهما لم ألتفت إليه.

المطلب الثاني

**أثر قرينة: (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر منه) على
هذه المسألة**



إن أثر قرينة: (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر منه) على هذه المسألة
بيّن ظاهر وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن علة تقديم قول المرتهن -المبرئ- أن تحديد الدين
المبرئ منه بالقصد والنية لا يعلم إلا من جهته ولا يطلع عليه غيره، فكان
المبرؤ أدري بنفسه وما صدر منه وما قصد بما صدر منه، فكان قوله مقدماً فيه.

الوجه الثاني: أن اعتبار تأثير هذه القرينة في هذه المسألة لم يقتصر على
مذهب واحد بل اعتبره غالب من نص على هذه المسألة، فدل على أهميتها
وسعة تطبيقها.

المبحث الثالث

الاختلاف في تعيين الدين المقضي^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٣/ ٣٤١، ٣٧٢)، ومثله الكفيل ونحوه.

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

كان على الراهن للمرتهن دينان أحدهما موثق برهن، والآخر بلا رهن، ففضى الراهن للمرتهن أحد الدينين، ثم اختلفا في تحديد الدين المقصود بالقضاء، فادعى المرتهن أحدهما - وغالبًا الذي ليس موثقًا -، وادعى الراهن الآخر، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه^(١)؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن المقدم قول الراهن - القاضي -، وهو مذهب الحنفية^(٢)،

والشافعية^(٣)،

(١) ومما يمكن أن يخرج على هذه المسألة من المسائل المعاصرة الديون الموثقة بالأوراق التجارية - خصوصًا السند لأمر -، فإنه بمنزلة الرهن؛ لأن تخريجه الفقهي أنه وثيقة بدين، فيرد عليه الخلاف في هذه المسألة. ينظر في تخريج الأوراق التجارية وحكم التعامل بها: أحكام الأوراق التجارية: (ص ١٤٥-١٤٩).

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: (٤/٣١٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/١٩٩-٢٠٠)، العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٠-٥٤١)،

أسنى المطالب: (٢/١٨١-١٨٢)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٢-٣٠٣)، تحفة المحتاج:

(٥/١٠٩)، مغني المحتاج: (٣/٩٣)، ونصوا على أن تقديم قوله بيمينه إلا في المرجع

الأول ففيه تفصيل.

.....والحنابلة^(١).

واستدلوا بالتالي:

١- أنه لما كان للراهن أن يقضي أي الدينين شاء، كان قوله مقدمًا في تعيينه^(٢).

٢- أن الراهن بدفع المال للمرتهن أزال ملكه عن المال الذي دفع، فكان قوله مقدمًا في صفة إزالة ملكه؛ قياسًا على قبول قوله في صفة إزالة ملكه في سائر الأملاك^(٣).

٣- أن الراهن أعلم بنيته، وأدرى بما قصد به السداد، وأعرف بكيفية أدائه؛ فإنه مما لا يعلم إلا من جهته فكان قوله فيه مقدمًا^(٤).

٤- ولأن الراهن إن كان ادعى قصده قضاء الدين الذي برهن، فإنه ينبغي الرهن في الدين، والقول قوله في أصل الرهن، فيقبل في صفته^(٥).

القول الثاني: أن يوزع المسدد على الدينين بعد حلفهما أو نكولهما، ومن حلف قضى له على من نكل، وهذا فيما إذا بين الراهن الدين المقصود

(١) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٨٢-٤٨٣)، كشاف القناع: (٣/٣٤١، ٣٧٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٥٣-٣٥٤).

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: (٤/٣١٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٦/١٩٩).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز: (٤/٥٤٠-٥٤١)، أسنى المطالب: (٢/١٨١-١٨٢)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٢-٣٠٣)، تحفة المحتاج: (٥/١٠٩)، مغني المحتاج: (٣/٩٣)، الشرح الكبير: (١٢/٤٨٢)، كشاف القناع: (٣/٣٤١، ٣٧٢)، شرح المنتهى: (٣/٣٥٣-٣٥٤).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١٢/٤٨٢).

بالقضاء ثم اختلفا فيما بينه، وإن كان الراهن لم يبين فلا يمين عليهما، وهو مذهب المالكية^(١).

ولم أجد لهم دليلاً لكن يمكن أن يستدل لهم: بأن الدينين تساويان في القوة، وتساوي الخصمان في الدعوى، فلم يكن قول أحدهما بأولى من الآخر، فقضي بالسداد بينهما.

القول الثالث: أن القول المقدم قول المرتهن -المقتضي - بيمينه، وهو قول بعض المالكية^(٢).

واستدلوا: بأن المقتضي مؤتمن على ما قبضه مدعى عليه سداد ما ينكره، والأصل بقاء الدين الذي عينه المرتهن، فكان قوله مقبولاً في صفة ما قبضه^(٣).

ويناقش: بأن العبرة ليس بكونه مؤتمناً أم لا بل العبرة هل له مدخل في تحديد الدين المسدد، وهو مما لا يعلم إلى من جهة القاضي، كما أنه معارض بمثل ما ذكر، فإن الراهن مؤتمن على نيته وقصده السداد، وهو منكر شغل ذمته بالدين الذي يدعيه المرتهن، والأصل براءة ذمته من بقاء الدين الذي يدعيه المرتهن؛ خصوصاً مع وجود السداد منه.

(١) ينظر: التبصرة: (١٢/٥٧١٤)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية ابن عرفة: (٣/٢٦١)،

مواهب الجليل: (٣١/٥)، منح الجليل: (٥/٤٩٣-٤٩٥) على خلاف وتفصيل لديهم في المسألة وفي بيان المذهب وكيفية توزيع المسدد بين الدينين تراجع فيه المراجع السابقة.

(٢) وهو أشهب. ينظر: مواهب الجليل: (٣١/٥)، منح الجليل: (٥/٤٩٣-٤٩٥).

(٣) ينظر: مواهب الجليل: (٣١/٥).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو النظر بما يحتف بدعواهما، كما لو كان السداد قبل قيام الدين الثاني فلا تقبل دعوى الراهن أنه قصده بالسداد؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقضي إلا ديناً قائماً لا ديناً سيحدث، فإن إبراء ذمته من الدين القائم أولى، كما أن التوثيق هو للمستقبل مما يدل على أن السداد قبل قيام الدين لا يقصد به إلا ديناً قائماً، وأما إن اختلفا في سداد بعد قيام الدينين، فإذا كان هناك عرف بالأيسد الدين الموثق برهن؛ لأن الدائن لديه ما يستوفي منه دينه أو جرى العرف بالعكس بأن يكون المسدد هو الدين الذي برهن لأن العين المرهونة قد تكون هي سبب نشوء الدينين، فسداد الدين الذي لم يوثق برهن يجعل للمرتهن رفع الأمر إلى القضاء فتباع العين المرهونة، ويفقد الراهن كل ما قصده من الدينين، وإن خلا من كل ما سبق، فإن المقدم هو قول الراهن بيمينه في تحديد الدين المقضي؛ لما عضد جانبه من ظاهر السداد من قبله، وأن تحديد الدين المسدد مما يرجع إلى النية، وهي لا تعلم إلا من جهة الراهن فكان القول فيها قوله.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة من خلال ما يترتب على تحديد الدين المسدد، فإنه على القول بتقديم قول الراهن أو المرتهن في تحديد أحد الدينين، فإن كان الدين المقصود بالسداد هو الموثق برهن أو كفيل فإن ذمة الراهن تبرأ منه، وينفك الرهن، ويبرأ الكفيل، وإن كان المقصود بالسداد

غيره، فإن ذمة الراهن تبرأ منه، ولكن الكفيل والرهن بحاله^(١)، وأما على القول بتوزيع المسدد بينهما، فيلزم ألا تبرأ ذمة الراهن إلا بقدر ما أسقط من كل دين، والراهن والكفيل بحالهما ببقية الدين الموثق بهما.

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف -والله أعلم- هو هل نية الراهن معتبرة في تحديد الدين المسدد، وهل كون السداد من قبله يصلح لترجيح جانبه، وهل إباحة قضاء أي الدينين له مؤثرة في تقديم قوله، فعلى القول باعتبار ما سبق، فيكون القول المقدم قول الراهن، وعلى عدم اعتبارها يقدم قول المرتهن، وعند تساويها مع غيرها يوزع المسدد بينهما.

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٢/١٨١-١٨٢)، نهاية المحتاج: (٤/٣٠٢-٣٠٣)، تحفة المحتاج: (٥/١٠٩)، مغني المحتاج: (٣/٩٣) كشف القناع: (٣/٣٤١).

المطلب الثاني

أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)

على هذه المسألة



إن أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على هذه المسألة
بيّن ظاهر وذلك من أوجه:

الوجه الأول: أن علة تقديم قول الراهن -القاضي- أن تحديد الدين
المقضي يكون بالقصد والنية، ولا يعلم إلا من جهته ولا يطلع عليه غيره،
فكان القاضي أدرى بنفسه وما صدر منه وما قصد بما صدر منه، فكان قوله
مقدمًا فيه.

الوجه الثاني: أن اعتبار تأثير هذه القرينة في هذه المسألة لم يقتصر على
مذهب واحد بل اعتبره غالب من نص على هذه المسألة، فدل على أهميتها
وسعة تطبيقها.

الوجه الثالث: أن عبارتهم تنوعت، فمنهم من عبر عنها، بأن الراهن أدرى
وأعلم بقصده وبمنفسه وما صدر منه، ومن عبر عنها بأنها مما لا يعلم إلا من
جهة الراهن، فكان القول فيه قوله.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر:

فمن الأصول:

الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل براءة الذمة، والأصل في الأمور
العارضة العدم، والإنكار.

ومن الظواهر:

الأمانة، وأن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه.

ورجح كل فريق من قوي عنده جانبه، ومن لم يرجح أحد الجانبين قال

بتوزيع المسدد بينهما.

المبحث الرابع
**اختلاف المشتري والشفيع في
قدر الثمن^(١)**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة المسألة فقهياً.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على هذه المسألة.

(١) ينظر: كشاف القناع: (٤/١٦١).

المطلب الأول

دراسة المسألة فقهيًا



صورة المسألة:

أراد الشفيع انتزاع الشقص من المشتري بالثمن الذي اشتراه، فاختلفا في قدر الثمن، فادعى المشتري ثمنًا، وادعى الشفيع أقل منه؛ كما لو قال المشتري: «اشتريته بثلاثين»، وقال الشفيع: «بل اشتريته بعشرين»، ونحو ذلك، وخلا قولهما عن بينة من إقرار أو شهادة، أو وجدا وقيل بتساقطهما، فمن يقدم قوله ويرجح جانبه؟

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول المقدم قول المشتري بيمينه، وهو مذهب

الحنفية^(١)، وبعض المالكية^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) ينظر: المبسوط: (١٠٧/١٤)، المحيط البرهاني: (٢٩٣/٧)، بدائع الصنائع: (١٦٣/٦)، البناية: (٣٢١/١١)، تبيين الحقائق: (٢٤٧-٢٤٨/٥)، حاشية ابن عابدين: (٣٣٥-٣٣٤/٩).

(٢) هو أشهب. ينظر: الذخيرة: (٣٣٥-٣٣٩/٧)، التوضيح: (٦١٢/٦)، وجعل قوله مقبولاً بلا يمين إلا أن يأتي بما لا يشبه فيكون عليه اليمين.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٢٤٦/٧)، العزيز شرح الوجيز: (٥٢٢-٥٢٣/٥)، أسنى المطالب: (٣٧٣/٢)، نهاية المحتاج: (٢٠٧/٥)، تحفة المحتاج: (٧٠/٦).

(٤) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف: (٤٨٨-٤٩١/١٥)، كشف القناع: (١٦١/٤)، شرح المنتهى: (٢٢٥-٢٢٦/٤).

واستدلوا بالتالي:

١- أن الشفيع مع المشتري ينزل منزلة المشتري مع البائع، ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن والمبيع في يد البائع، كان القول قول البائع يمينه، فيكون القول قول المشتري هنا؛ لوجهين^(١):

الوجه الأول: لأن المشتري يدعي عليه التملك بالثمن الذي يدعيه وهو ينكر، والشفيع يدعي على المشتري الاستحقاق والتملك بنقد الأقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه^(٢).

الوجه الثاني: أن الشفيع يملك الدار من جهة المشتري كما أن المشتري يملكه من جهة البائع.

٢- أن المشتري هو المباشر للعقد، فكان أدرى به من غيره^(٣).

٣- أن المشتري هو المالك للشقص، والأصل بقاء ملكه عليه، فلا ينتزع منه بدعوى مختلف فيها إلا بما يقر به^(٤).

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٢٩٣/٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (١٦٣/٦)، البناية: (٣٢١/١١)، تبيين الحقائق: (٥/٢٤٧-٢٤٨)، حاشية ابن عابدين: (٩/٣٣٤-٣٣٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٢٤٦)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٥٢٢-٥٢٣)، الشرح الكبير: (١٥/٤٨٨-٤٩١)، كشاف القناع: (٤/١٦١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٢٤٦)، العزيز شرح الوجيز: (٥/٥٢٢-٥٢٣)، الشرح الكبير: (١٥/٤٨٨-٤٩١) كشاف القناع: (٤/١٦١).

٤- أن الأصل عدم ما ادعاه الشفيع^(١)، فإنه ادعى تملك المشتري وفق ما ادعاه، والأصل عدمه، فكان قول المقدم قول نافية؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

ونوقش هذا القول: بهلا قلتم: القول قول الشفيع؛ لأنه غارم ومنكر للزيادة، فهو كالغاصب، والمتلف، والضامن نصيب شريكه إذا أعتق؟^(٢) وأجيب: بأن «الشفيع ليس بغارم؛ لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه، بخلاف الغاصب والمتلف والمعتنق»^(٣).

القول الثاني: أنه إذا حَقَّق^(٤) الشفيع دعواه على المشتري فيكون القول المقدم قول المشتري بيمينه إن أتى بما يشبه أن يكون الثمن، وإن لم يأت بما يشبه، وأتى الشفيع بما يشبهه، فيكون القول المقدم قوله وإن أتى بما لا يشبهه، حلفاً على دعواهما، ومن نكل منهما كان القول المقدم قول من حلف منهما وإن أتى بما لا يشبهه، وهو مذهب المالكية^(٥).

(١) ينظر: أسنى المطالب: (٣٧٣ / ٢).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٤٨٨ / ١٥ - ٤٩١).

(٣) ينظر: الشرح الكبير: (٤٨٨ / ١٥ - ٤٩١).

(٤) بحثت عن تفسير لهذا المصطلح، فوجدت ما ورد في الذخيرة: (٣٣٥ / ٧)، ونصه: «إذا ادعى الشفيع حضور المبيعة حلف المشتري وإن لم يحقَّق لا يحلف»، فيظهر منه ومما سبق في بيان القول هو أن تحقيق الشفيع قوله بأن يدعي حضور المبيعة، وأن الثمن بخلاف ما ادعى المشتري، وعبر اللخمي بذلك دون أن يذكر لفظ (حَقَّق)، وكأنه يقصد معناه. التبصرة: (٣٣٣٥ / ٧).

(٥) ينظر: البيان والتحصيل: (٦٢ / ١٢ - ٦٤)، التبصرة: (٣٣٣٥ - ٣٣٣٦ / ٧)، الذخيرة:

(٣٣٥ / ٧ - ٣٣٩)، التوضيح: (٦١٢ / ٦ - ٦١٤)، منح الجليل: (٢٤٢ / ٧ - ٢٤٣) على

تفصيل وخلاف عندهم خصوصاً في اليمين على المشتري في الحال الثانية ينظر في المراجع

السابقة نفسها.

واستدلوا: بأن المشتري مدع عليه استحقاق الشفيع إخراج ملكه بما لا يرضى، فكان قوله مقدماً^(١).

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، وذلك لأن فيه جمعاً بين أدلة القول الأول، واعتبار ظاهر الحال بأن يكون الثمن المدعى مما يشبه أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري، فيقدم من انفراد بدعوى ذلك.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف من خلال إلزام الشفيع بالثمن الذي ادعاه من رجح قوله، فعلى القول بترجيح قول المشتري، فيلزم الشفيع بالأخذ به إن أراد أخذ ما اشتراه المشتري بحق الشفعة، وأما إن رجح قول الشفيع، فيكون له أخذ ما اشتراه المشتري بحق الشفعة بما ادعاه الشفيع، وأما إن تحالفاً، فيؤخذ بالمتوسط بين الناس لمثل الشقص، بأن يقوم قيمة عدل فيأخذ به الشفيع إن شاء^(٢).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف - والله أعلم - هو أن ما عضد جانب المشتري من أصل وظاهر هل يكفي لتقديم قوله، أو أن للإشبهاء مدخل، فعلى القول بكفاية ما عضد جانب المشتري، فيقدم قوله، وعلى القول بأن للإشبهاء مدخل، فإنه

(١) ينظر: الذخيرة: (٧/٣٣٥)، منح الجليل: (٧/٢٤٢-٢٤٣).

(٢) ينظر: تبين الحقائق: (٥/٢٤٧-٢٤٨)، البيان والتحصيل: (١٢/٦٢-٦٤)، منح

الجليل: (٧/٢٤٢-٢٤٣).

إذا لم يوجد في جانب المشتري، ووجد في جانب الشفيع قدم قوله، وإن استويا في الإشباه تحالفا.

المطلب الثاني

أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على

هذه المسألة



إن لقرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) أثرًا ظاهرًا على هذه المسألة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن من أسباب تقديم قول المشتري بأن الثمن الذي اشتراه هو ما ادعاه، أنه باشر العقد، فكان أدرى بما جرى فيه وما صدر منه وما قصد بما صدر منه في العقد، ومن ذلك الثمن الذي وقع عليه العقد، فكان قوله مقدمًا فيه.

الوجه الثاني: أن اعتبار تأثير هذه القرينة في هذه المسألة لم يقتصر على مذهب واحد بل اعتبره الشافعية والحنابلة - كما في الدليل الثاني للقول الأول - فدل على أهميتها وسعة تطبيقها.

وقد تعارض في هذه المسألة أصول وظواهر، فأما الأصول: الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل في الأمور العارضة العدم، الإنكار.
وأما الظواهر، فظاهر الحال، وأن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه.

المبحث الخامس

أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على التطبيق القضائي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية.

المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية.

المطلب الأول

أثر قرينة: (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر منه) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية



إن الناظر في الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية يجد حضور قرينة: (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر منه) ظاهراً بارزاً، وذلك في أبرز نظامين قضائيين في الجانب الحقوقي، وهما نظام الإثبات، ونظام المعاملات المدنية:

فأما نظام الإثبات:

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة والتسعين منه على أنه: «لا ترد اليمين فيما ينفرد المدعى عليه بعلمه، ويقضى عليه بنكوله».

فقد اعتبرت المادة انفراد أحد المتداعين بعلم المدعى به، فكان أدري من خصمه به، فلم يكن له رد اليمين على خصمه، وكان امتناعه عن أداء اليمين نكولاً عنها يقضي عليه به، وما ذاك إلا لأنه أدري من خصمه بمحل الدعوى، فكان نكوله دلالة على صدق خصمه بدعواه.

وأما نظام المعاملات المدنية:

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة والسبعين بعد المئتين منه على أنه: «إذا تعددت الديون في ذمة المدين، وكانت من نوع واحد ولدائن واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً، فالقول للمدين في تعيين الدين المراد وفاؤه، ما لم يوجد اتفاق أو نص نظامي يمنع هذا التعيين».

قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) = (١٠٧٣)

وهذا تطبيق واضح في بعض صورهِ للمسألة الواردة في المبحث الثالث من هذا الفصل، وهي: الاختلاف في تعيين الدين المقضي، فأخذ النظام بها بالقول الأول بتقديم قول قاضي الدين، وظاهر تأثرها - كما سبق - بقرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه).

المطلب الثاني

**أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على التطبيق
القضائي في الأحكام القضائية^(١)**



الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى الدائرة التجارية الثامنة وبناءً على القضية رقم ٦١٢٦ لعام ١٤٤١هـ المقامة من/ (... هوية وطنية (... ضد/ (... هوية وطنية (... القاضي (... رئيساً. القاضي (... عضواً. القاضي (... عضواً.

(الوقائع)

تتلخص وقائع الدعوى في أن وكيل المدعي تقدّم إلى هذه المحكمة بصحيفة إلكترونية ونصّها: تحصل المدعى عليه من المدعي على مبلغ ٧٠٠,٠٠٠ ريال سبعمائة ألف ريال بتاريخ ٢٦/١٢/١٤٣٤هـ الموافق ٣١/١٠/٢٠١٣م زعمًا بأنه سيقوم بتشغيلها في مشروع مميناً المدعي بالحصول على ربح كبير ولم يف بما وعد به وطالبه المدعي ببيان ماهية المشروع وعجز عن الجواب فطالبه المدعي برد المبلغ فقال المدعى عليه اعتبره قرضة ولم يرد المبلغ مما حدا بالمدعي لإقامة الدعوى رقم ٤١١١٦٢٠٨٢ بتاريخ ١٤/٣/١٤٤١هـ لدى المحكمة العامة بجدة وتداولت بالجلسات وقضي فيها بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة التجارية بموجب الصك رقم ٤١١١٨٢٧٤٧ في ١٩/٤/١٤٤١هـ وقيدت

(١) وهو حكم منشور في البوابة القضائية العلمية ورابطه:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/33293>.

المعاملة برقم ٤١٩٨٦٨٨٦ في ١٧/٦/١٤٤١ هـ لدى المحكمة التجارية بجدة بإدارة الدعاوى التي طلبت تحرير هذه الدعوى ومن ثم يعتبر تاريخ [بدء] (١) الشراكة هو ٢٦/١٢/١٤٣٤ هـ الموافق ٣١/١٠/٢٠١٣ م، وخلص إلى طلب إلزام المدعى عليه بمبلغ قدره ٧٠٠,٠٠٠ ريال سبع مئة ألف ريال، وقد سجّلت لائحة الدعوى بالرقم الوارد في مستهل الحكم، وفي سبيل نظر الدعوى حددت لها الدائرة جلسة بتاريخ ٨-٥-١٤٤٢ هـ وفيها تبين حضور المدعي أصالة والمدعى عليه بالوكالة رقم: (٤١٨٦٨٣٨٧)؛ وبسؤال المدعي وكالة عن دعواه أحال إلى لائحته ونصها (تحصل المدعى عليه من المدعي على مبلغ ٧٠٠٠٠٠ ريال سبعمائة ألف ريال بتاريخ ٢٦/١٢/١٤٣٤ هـ الموافق ٣١/١٠/٢٠١٣ م زعماً بأنه سيقوم بتشغيلها في مشروع ممنياً المدعي بالحصول على ربح كبير ولم يف بما وعد به وطالبه المدعي ببيان ماهية المشروع وعجز عن الجواب فطالبه المدعي برد المبلغ فقال المدعى عليه اعتبره قرضه ولم يرد المبلغ مما حدا بالمدعي لإقامة الدعوى رقم ٨٢٠١١٦٢٠٨٢ بتاريخ ١٤/٣/١٤٤١ هـ لدى المحكمة العامة بجدة وتداولت بالجلسات وقضي فيها بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة التجارية بموجب الصك رقم ٤٧٤٧١١٨٢٧٤٧ في ١٩/٤/١٤٤١ هـ وقيدت المعاملة برقم ٤١٩٨٦٨٨٦ في ١٧/٦/١٤٤١ هـ لدى المحكمة التجارية بجدة بإدارة الدعاوى التي طلبت تحرير هذه الدعوى ومن ثم يعتبر تاريخ بدء الشراكة هو ٢٦/١٢/١٤٣٤ هـ الموافق ٣١/١٠/٢٠١٣ م) وبطلب الجواب من ذلك استمهل للإجابة فأفهمته الدائرة بتقديمها عبر تبادل

(١) هكذا في الأصل، ولعل المقصود: (بدء).

المذكرات ففهما ذلك واستعدا به أو عن طريق بريد الدائرة (COOM-JED- COMM@Moj.gov.sa)، وفي جلسة بتاريخ ٧-٦-١٤٤٢ هـ المرئية تبين حضور المدعي، والمدعى عليه بالوكالة رقم: (١٨٦٨٣٨٧)؛ وأفهمت الدائرة بأن على الطرفين تقديم مذكرة ختامية وقرر المدعي أصالة أنه مكتفي، وفي جلسة بتاريخ ٢٨-٦-١٤٤٢ هـ وفيها تبين حضور المدعي أصالة، والمدعى عليه وكالة وتشير الدائرة إلى أن طرفي النزاع قررا اكتفائهما، وعليه تقرر الدائرة رفع الجلسة للدراسة، وفي جلسة بتاريخ ٢٦-٧-١٤٤٢ هـ حضر المدعي أصالة وتبين حضور المدعى عليه رغم ثبوت تبليغه بموعد الجلسة وبسؤال المدعي عن استعداده لأداء اليمين استعد ببذلها وبعد تحذير المدعي من مغبة اليمين الفاجر حلف قائلاً: (والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة أنني سلمت المدعى عليه مبلغ قدره سبعمئة ألف ريال، مقابل شراكة واستثمار في مجالات متعددة والله العظيم) هكذا حلف، ولصلاحيه الدعوى للفصل فيها قررت الدائرة رفع الجلسة للمداولة.

(الأسباب)

بناء على ما سبق إيراده، وبما أن المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بمبلغ قدره (٧٠٠, ٠٠٠) ريال سلمها من أجل شراكة مع المدعى عليه، وفق ما ساقته واقعات الدعوى أعلاه؛ لذلك فإن هذه المنازعة تندرج تحت نص المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية؛ وبناءً عليه فإن الدائرة مختصة بنظر هذه القضية، وعن الموضوع وبما أن وكيل المدعى عليه دفع بأن المبلغ محل الدعوى هو مقابل خدمات لوكيل المدعي سابقاً، وبما أن الدائرة اطلعت على الحكم رقم (٣٨٦٩٣٢٦) وتاريخ ٢٤-٠٢-١٤٣٨ هـ، وبما أن الحكم المشار إليه تضمن ما دفع به المدعى عليه وتضمن تصحيح المدعي

لدعواه بطلب عارض بأن المبلغ المشار إليه - وهو محل الدعوى - إنما هو شراكة بين المدعي والمدعى عليه، ولما قرره الفقهاء من «الأصل أن القول قول المسلم للمال في سبب التسليم؛ لأنه أدرى بما يصدر عنه» ينظر: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٣٨، كشف القناع ٨/ ٥٢٦ فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٤/ ٨١، وبما أن الدائرة قررت توجيه اليمين للمدعي استظهاراً للحقيقة وحيث حلف المدعي اليمين وفق ما طلب منه، فإن الدائرة تنتهي إلى ما يرد في منطوق الحكم أدناه:

(منطوق الحكم)

حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليه (...) رقم الهوية: (...) بأن يدفع للمدعي (...) رقم الهوية: (...) مبلغاً قدره (٧٠٠,٠٠٠ ريال)، سبع مئة ألف ريال.

عضو (...) عضو (...) رئيس الدائرة (...).

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى دائرة الاستئناف الثانية وبناءً على القضية رقم ٢٩١٨ لعام ١٤٤٢ هـ المقامة من / (...) هوية وطنية (...) ضد / (...) هوية وطنية (...) القاضي (...) رئيساً، القاضي (...) عضواً، القاضي (...) عضواً.

(الوقائع)

بما أن وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم للفصل فيها قد أوردتها المحكمة الصادر عن الدائرة الابتدائية، فإن دائرة الاستئناف تحيل إليه منعاً للتكرار، وتتخلص في طلب المدعي إلزام المدعى عليه بمبلغ قدره (٧٠٠,٠٠٠)

ريال سلمها من أجل شراكة مع المدعى عليه. وقد اطلعت هذه الدائرة على أوراق القضية والحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه فاستبان لها أن الاعتراض قد قدم خلال الأجل المحدد نظاماً ومن ثم فهو مقبول شكلاً.

(الأسباب)

أما من حيث الموضوع فإنه لم يظهر لهذه الدائرة من خلال الاعتراض على الحكم ما يوجب الملاحظة عليه وتنتهي إلى تأييده محمولاً على أسبابه.

(منطوق الحكم)

قبول الاعتراض شكلاً ورفضه موضوعاً وتأييد الحكم الصادر بتاريخ ٢٦ / ٧ / ١٤٤٢ هـ من الدائرة الثامنة بالمحكمة التجارية بجدة في القضية رقم ٦١٢٦ لعام ١٤٤١ هـ القاضي: بإلزام المدعى عليه / (...) رقم الهوية: (...) بأن يدفع للمدعي / (...) رقم الهوية: (...) مبلغاً قدره (٧٠٠, ٠٠٠) سبعمئة ألف ريال، وصلى الله وسلم على نبينا محمد. عضو (...) عضو (...). رئيس الدائرة (...).

أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه) على الحكم القضائي:

إن أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)، على هذا الحكم القضائي ظاهر بين؛ إذا نص على القرينة؛ بأن سبب تقديم قول المسلم للمال أنه أدرى بما يصدر عنه من غيره.

الخاتمة

وفيها:

النتائج العامة والخاصة وأهم التوصيات

الخاتمة



وبعد هذا التطواف والتنقل بين أفياء هذه القرائن، وآثارها، والنهل من منبع أصول الشريعة وفروعها، والعيش مع هذا البحث، فأحمد الله وأشكره أن مد في العمر حتى الوصول هذه المرحلة، وآتي هنا على ذكر أبرز النتائج وأهم التوصيات:

فأما أبرز النتائج، فمنها عام وخاص:

فأما النتائج العامة فهي:

١- تنوع هذه الموضوع وسعته وتشعبه، فقد تناوله الفقهاء في كل أبواب المعاملات المالية، فلم يخل باب إلا وذكر فيه اختلاف المتعاقدين فيه، وكيف يرجح بين أقوالهم، وعلّة هذا الترجيح.

٢- أهمية كتاب: **(كشاف القناع)** وما حواه من ثروة فقهية قضائية، لا يزال الباحثون وطلاب العلم والقضاة يستفيدون مما ورد فيه وما تناوله من مسائل، لا يوجد النص عليها في المذاهب الأخرى، كما سبقت الإشارة إلى بعض هذه المسائل، وهذا من فضائل هؤلاء العلماء الذين جمعوا لنا مسائل هذا الفن في كتاب واحد جامع لا يحتاج معه المتفقه في المذهب الحنبلي إلى غيره إلا قليلاً.

٣- أهمية القواعد الفقهية، وسعة تطبيقها، وكثرة إعمال الفقهاء لها على اختلاف مذاهبهم وعظم الحاجة لها لمعرفة الأحكام الشرعية في مختلف الأعصار والأمصاار.

٤- أن هذه الرسالة حوت أكثر من مئة مسألة متفرقة في أبواب المعاملات المالية من بداية كتاب البيع حتى كتاب الوقف، تمت فيها دراسة أثر القرائن الفقهية في ترجيح قول أحد المتداعين فيها.

٥- أن غالب هذه القرائن محل اعتبار عند المذاهب الفقهية الأربعة، فبعضها اتفقت عليها، وبعضها أجمعت، وهما الأغلب، والأقل هو محل الخلاف.

٦- أن المالكية هم أكثر المذاهب إعمالاً لظاهر الحال واعتباراً له، فإنهم لا يطلقون القول بترجيح من ترجح قوله - في غالب المسائل -، بل يقيدون قوله بأن يكون أشبه، فإذا أن يتفقا الخصمان على الإشباه، فيرجح قوله، وإما أن ينفرد به، وأما إن انفرد بالإشباه خصمه، فيجعلون قوله هو الراجح، وإن كان الأصل ترجيح قول خصمه.

٧- أن المسائل محل البحث قد تنوعت، فمنها المسائل الخلافية - وهي الأغلب -، ومنها المسائل الوفاقية، ومنها المسائل الإجماعية.

٨- تنوعت طرق الفقهاء في التعبير عن الحكم في المسائل المدروسة، فمنها:

أ- التعبير بنص المسألة بذكر اختلاف المتداعين وفق ما ذكر في صورة المسألة أو نحوه، وبيان من يقدم قوله.

ب- النص على تقديم قول أحد الطرفين بيمينه في مسألة عامة تدخل المسألة المدروسة في عمومها.

ج- نفي قبول قول أحد الطرفين، مما يحتم أن يكون المقبول هو الطرف الآخر.

د- نفي قبول قول أحد الطرفين إلا بينة، مما يحتم أن يكون المقبول قوله الطرف الآخر.

هـ- النص على أن أحد الخصمين يحلف فقط، أو يحلف فيقضى بقوله أو يلزم خصمه بقوله.

و- النص على القضاء أو الإلزام بقول أحد المتخاصمين.

٩- أن كل القرائن التي تمت دراستها في هذا البحث، اعتبرت الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية، وخصوصاً نظامي الإثبات والمعاملات المدنية؛ وذلك إما بالنص عليها صراحة كما في المادة العشرين بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية، والمادة الثالثة من نظام الإثبات، أو باختيار الرأي الفقهي الذي يعتبر هذه القرائن ويعملها، أو بالنص على بعض صورها، أو بأن الأخذ بها أكثر ملاءمة لترجيحات النظام.

١٠- أن كل القرائن الفقهية الواردة في هذا البحث معتبرة ومؤثرة على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية إما بالنص عليها صراحة أو باختيار الرأي الفقهي الذي يعتبر أثر هذه القرائن ويعملها، أو بالنص على بعض صورها.

١١- أن غالب القرائن المعتبر تأثيرها على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية لم يقتصر على فترة زمنية واحدة أو مبدأ واحد بل تعددت وتنوعت في اعتبارها والنص عليها في فترات ممتدة.

وأما النتائج الخاصة فهي:

١- أن المقصود من مصطلح: الأثر الوارد في هذا البحث: بمعنى النتيجة، وهو الحاصل من الشيء.

٢- أن التعريف المختار للقرينة هي: كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه دلالة غير صريحة.

٣- أن الفقه: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

٤- أن الترجيح هو: إثبات مرتبة في أحد الدليلين على الآخر، وقيل غير ذلك.

٥- أن قول أحد المتداعين: كل قول أو ما يقوم مقامه صادر من أطراف القضية، معتد به شرعاً، يقصد به أصحابه طلب حق لهم، أو لمن يمثلهم، لدى القاضي ومن في حكمه.

٦- أن أبواب المعاملات المالية مصطلح يطلق على مجموعة من الأبواب والكتب الفقهية هي: كتاب البيع، وباب السلم، والقرض، والرهن، والضمان والكفالة، والحوالة، والصلح وأحكام الجوار، والحجر، والوكالة، وكتاب الشركة، وباب المساقاة والمناسبة والمزارعة، وباب الإجارة، والسبق والمناضلة، والعارية، والغصب، والشفعة، والوديعة، وإحياء الموات، والجعالة، واللقطة، واللقيط.

٧- أن التطبيقات القضائية في هذا البحث: هي الصور العملية الواقعة في القضاء؛ لقرينة فقهية، أو لمسألة أثرت فيها قرينة فقهية، وهذا يشمل ثلاثة أمور:

الأول: الأنظمة واللوائح القضائية.

الثاني: المبادئ والقرارات الصادرة من الجهات القضائية العليا.

الثالث: الأحكام والقرارات القضائية.

٨- أن تعريف عنوان الرسالة؛ كمركب إضافي: دراسة نتيجة اعتضاد أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً - فيدل عليه دلالة غير مباشرة - ذكر في كتب الفقهاء في تقوية جانب أو كلام أحد المتخصصين على الآخر؛ في المسائل الشرعية الحاكمة لكل ما فيه منفعة مقصودة يعتد بها شرعاً، والصور الواقعية لهذا الأمر أو النتيجة في واقع العمل الذي يتم فيه إظهار حكم الشرع في الخصومات على وجه خاص ممن له الولاية، والإلزام به.

٩- أن القرائن باعتبار مصدرها، أربعة أقسام: القرائن النصية، والقرائن الفقهية، والقرائن القضائية، والقرائن الطبيعية.

١٠- أن القرائن باعتبار علاقتها بمدلولها، قسمان: القرائن العقلية، والقرائن العرفية.

١١- أن القرائن باعتبار قوة دلالتها، أربعة أقسام: القرائن قوية الدلالة، والقرائن متوسطة الدلالة، والقرائن ضعيفة الدلالة، والقرائن وهمية الدلالة.

١٢- أن الناظر في المذاهب الأربعة يجد أنها لا تخلو من عمل بالقرائن وقول به، بل من القرائن ما حكي الاتفاق على الأخذ به، وفي ما ورد في الرسالة من مسائل يثبت ذلك، وهذا من الجانب التطبيقي.

١٣- أن المسألة إذا خلت من شهادة أو إقرار أو تعارضت فيها بينتان، وترجح جانب أحد المتداعين بالقرائن، فهل يكتفى بها أو تحتاج أن تعضد باليمين؟، لعل الراجح فيها: التفصيل: بأن هذا راجع للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا رأى عدم كفاية القرائن في الإثبات - لعدم صراحتها مثلاً، أو لاحتمالها وفق الضوابط الآتي ذكرها - فيعضدها باليمين ليقويها، ولكن إذا رآها قوية مقنعة يضعف الاحتمال الوارد عليها، فله أن يكتفى بها.

١٤- أن الفقهاء والباحثين ذكروا ضوابط للنظر في القرائن حتى لا يخرج القاضي عن محل اعتبار القرائن، ويكون عمله ونظره داخلًا في حدود الشريعة، وهذا الضوابط هي: وجود أمر ظاهر معروف يصلح أساسًا يعتمد عليه، وجود علاقة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي، قوة العلاقة بين الأمر الظاهر وما يؤخذ منه، أن لا يعارض هذه القرينة دليل أقوى منها، الأمانة والقوة فيمن يقوم بالتجارب والتحليل التي تنتج عنها قرائن، مراعاة أصول المواءمة، أن يكون المرجع في تقديرها إلى الحاكم أو من له علم بالقرائن كالفقيه، أن لا يكون مجال إثباتها فيما يدرأ بالشبهات، عدم التوسع في الأخذ بالقرائن، بل تؤخذ حين الحاجة إليها بعدم وجود بينات أخرى كافية أو مقنعة، أن يكون اعتبار القرينة بعد النظر في الأقوال والأدلة، والترجيح بينها.

١٥- أن الفقهاء تناولوا تعارض القرائن، وشروطه، ومواطن هذا التعارض وأوجهه، وحاولوا الترجيح بينها كل حسب مذهبه وما ظهر له، ويمكن تقسيم كلامهم حول تعارض القرائن - خصوصًا - قسمين:

الأول: الجانب النظري، وذلك بتناول مسائل يستفاد منها، ويمكن تطبيقها على ما لا يتناهى من المسائل دون التقييد بباب أو كتاب، بل هي من مسائل القضاء والنظر في البيئات والقرائن.

والقسم الثاني: الجانب التطبيقي، وذلك بالترجيح بين هذه القرائن وأفرادها وفق ما يرد من تعارضها في الباب الفقهي، وصلب الرسالة يتناول جزءًا من القسم الثاني، وأما القسم الأول، فهو يتناول: تعارض الأصل والظاهر، وما يتعلق به من صور.

١٦- أن معنى قرينة: **(الأصل براءة الذمة)**: أن القاعدة المستمرة والمستقرة في الشريعة الإسلامية خلو الإنسان وسلامته من التكليف بالحقوق والالتزامات أو بالعقوبات، فمن ادعى إثبات شيء معين، فعليه البينة، ومن تمسك بهذه القاعدة قبل قوله على من خالفها عند خلو الدعوى عن البيّنات أو عند تكافئها والقول بسقوطها.

١٧- أنه عند اختلاف البائع والمشتري في صفة المبيع أو تغييره، فلعل أرجح الأقوال فيها: أن المقدم قوله والمرجح جانبه هو البائع، إلا إذا بعدت المدة، فيقبل قول، المشتري في التغيير.

١٨- أنه عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في مكان التسليم، فالذي يظهر أن الراجح هو القول الرابع وهو قول الحنابلة بتقديم قول المسلم إليه مطلقاً.

١٩- لو اختلف الدائن والمدين في الدعوى على غائب وحاضر مع الإنكار، فقد اتفق الفقهاء **رَحْمَةُ اللَّهِ** على تقديم قول الغائب.

٢٠- أنه عند الاختلاف مع القيم؛ وهو الملاح في التفريط، فقد اتفق الفقهاء في هذه المسألة على أن المقدم قول الملاح بيمينه.

٢١- أنه عند اختلاف المعير والمستعير فيما ذهبت به أجزاء العين المعارة فلعل الراجح فيها: أن قول أحدهما إذا اعتضد بظاهر حال يشهد له؛ فيكون القول المقدم قول يشهد له، وأما إن انتفى ما يشهد لأحدهما - وهو نادر -، فلعله أن يقال: إن القول قول المستعير.

٢٢- أنه عند اختلاف رب البهيمة والمودع في قدر مدة الإنفاق ذهب المالكية، والحنابلة إلى قبول قول المودع، وعدم قبول قول المستودع.

٢٣- أنه عند اختلاف الجاعل والعاقل في قدر الجعل أو المسافة فلعل الراجح فيها أنه إذا كان الاختلاف قبل ثبوت حق للعاقل، فإن رضي بقول الجاعل، وإلا كان له الفسخ، وأما بعد ثبوت حق للعاقل، فإن انفرد أحدهما بما يشبهه وشهدت له القرائن، فقله مقدم مطلقاً سواءً كان جاعلاً أو عاملاً، وأما إن أتيا بما يشبهه، أو لم يأت أحدهما بما يشبهه، فيقدم قول الجاعل مطلقاً، وأما في المسافة المشترطة لاستحقاق الجعل، فكذلك يقدم قول الجاعل.

٢٤- أنه عند اختلاف مالك اللقطة وملتقطها في سبب أخذها فلعل الراجح فيها تقديم قول الملتقط.

٢٥- أن معنى قرينة: **(الأصل بقاء ما كان على ما كان)**: أن الأمر الذي ثبت في الزمن الماضي يحكم بدوامه في الزمن الحاضر أو التالي، نفيًا وإثباتًا، فإذا كان منفيًا في الزمن الماضي، فهو منفي في الزمن الحاضر، وإذا كان ثابتًا في الزمن الماضي، فهو ثابت في الزمن الحاضر، فإذا اختلف المتداعون في ثبوت أمر أو بقاءه، فإن من تمسك ببقاء الحال على ما كانت عليه قبل اختلافهما وادعاه؛ فإن قوله مقدم وجانبه مرجح.

٢٦- عند اختلاف القابض والمقبوض منه في ثابت في الذمة في كونه المأخوذ، والعين لم تخرج من يد القابض، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو أنه إذا عضد أحد الجانبين ظاهرًا أو قرينة فإنه يقدم بيمينه، وأما لو خلت من القرائن والظواهر المذكورة، فإن الثابت في الذمة إذا كان ناتجًا عن بيع أو نحوه من السلم والصرف، فيكون القول للبائع بيمينه، وإلا استحلف المشتري وفسخ البيع، وأما إذا كان الثابت في الذمة ثابتًا عن غير ما سبق، فيكون القول قول القابض بيمينه.

٢٧- عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في قدر الأجل أو مضيه فلعل الراجح فيها: أنه إذا دلت قرينة ظاهر الحال على ترجيح قول أحدهما، فيكون القول لمن عضدت جانبه، وأما إذا خلا جانبهما فيكون القول المقدم قول المسلم إليه بيمينه، فإن قبل المسلم وإلا حلف وفسخ العقد.

٢٨- إذا كان اختلاف المحيل وصاحب الحق المحتمل في أصل العقد فلعل الراجح فيها - والله أعلم - أنه إذا دلت القرائن على صدق أحدهما وكذب الآخر، فيقدم قول من عضده هذا الظاهر، وأما إن خلا قولهما من ذلك، فيقدم قول مدعي الوكالة.

٢٩- إذا كان اختلاف المحيل وصاحب الحق المحتمل بعد اتفاهما على أن اللفظ الصادر من المحيل: (أحلتك)، فالراجح فيها - والله أعلم - أن من اعتضد جانبه بظاهر الحال، وكان قوله أشبه بما جرت به المعاملة بين المحيل والمحتال، أو كان العرف اقتضى أمرًا عند اللفظ الذي تلفظ به المحيل، ووافق أحدهما هذا المقتضى؛ فقله أرجح، وأحق بالتقديم بيمينه، وأما إن خلا الجانبان من ذلك، أو اعتضدا به، فيقدم قول المحيل بيمينه عند عدم ثبوت الدين، وأما إذا ثبت الدين على المحيل، فيكون القول قول مدعي الوكالة سواء كان المحيل أو المحتمل.

٣٠- عند اختلاف العامل ورب المال هل هو قرض أم قراض بعد الربح، فأرجح الأقوال فيها - والله أعلم - : أن من اعتضد جانبه بظاهر حال، أو قرينة، فيرجح قوله، وأما إن خلا الجانبان منهما، فالمرجح تحالفهما؛ لتكافؤ الجانبين في القرائن والأدلة المرجحة.

٣١- أن معنى قرينة: **(الأصل في الأمور العارضة العدم)**: أن الصفات أو التصرفات أو الحوادث التي تكون طارئة على الذات أو الحال، ولا توجد معها ابتداءً، فإن القاعدة المستمرة والأمر المستقر فيها: أنها غير موجودة، فمن ادعى وجودها فعليه البينة؛ لأنه مدع، ومن أنكر وجودها رجع قوله وكانت اليمين بجانبه؛ لأنه منكر ومدع عليه.

٣٢- عند اختلاف البائع والمشتري في عيب السلعة التالفة فإن القول قول البائع بيمينه.

٣٣- عند اختلاف البائع والمشتري في الأجل، أو الرهن، أو قدرهما، أو شرط صحيح أو فاسد، أو ضمين، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو أنه إذا عضد أحد الدعويين ظاهر، أو كان الأصل عدمها، فيرجح قول من عضد جانبه هذا الأصل أو الظاهر المبني على الواقع وعرف الناس، وأما إذا خلت الواقعة عما ذكر، فإن الراجح أن القول للمنكر بيمينه إذا كان البائع.

٣٤- عند اختلاف البائع والمشتري في قدر المبيع فلعل الراجح - والله أعلم - هو أن من دلت قرائن الحال، أو عضد جانبه أصل، فيقدم قوله، وأما إن تساوى الجانبان في قرائن الحال، وظاهر المعاملة، فإن الراجح هو قول البائع.

٣٥- عند اختلاف المتعاقدين في بدو الثمر وتشقق الطلع هل هو قبل البيع أو بعده فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو النظر في قرائن الأحوال، وظاهر الأمر، فمن كان قوله معتضداً، فإنه يرجح جانبه، ويكون القول قوله، وإن تساوى القولان، ولم يوجد من ظاهر الحال ما يرجح جانب أحدهما، فيكون القول قول البائع.

٣٦- عند اختلاف البائع والمشتري في التالف أو قدره في الجائحة، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو الأخذ بما دل عليه قرائن ظاهر الحال التي لا تحصر، وأما إن خلت واقعة الاختلاف من دلائل حالية، فيرجح قول البائع.

٣٧- عند اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب مع احتمال قول كل منهما فلعل الراجح فيها - والله أعلم - أن العيب إذا كان يمكن أن يعرف قدمه وحدثه من خلال التقنيات الحديثة والعلوم المتطورة في هذا العصر، وكان في عصر الفقهاء مما يحتمل قول البائع والمشتري، فيقدم قول من يشهد له هذا الظاهر، وأما إذا اشتبه الأمر واحتمل العيب قول كل من الخصمين، فلعل الأولى أن يقال: إن العيب إذا كان فوئاً لجزء من السلعة وتلفاً له، فيقدم قول المشتري بيمينه، وأما إذا كان العيب بخلاف ذلك، فيقدم قول البائع بيمينه.

٣٨- عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في أداء المسلم فيه فالمقدم قول المسلم بيمينه.

٣٩- عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن، فإن المقدم قول المسلم إليه بيمينه.

٤٠- عند اختلاف الراهن والمرتهن في غصب الراهن العين المرهونة بعد قبض المرتهن لها فإن القول قول الراهن بيمينه.

٤١- عند اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن بوطء العين المرهونة، فإن القول قول المرتهن بيمينه.

٤٢- عند اختلاف الراهن والمرتهن في قبض العين المرهونة، والعين بيد الراهن فإن القول قول الراهن بيمينه.

٤٣- عند اختلاف الراهن والمرتهن في الرجوع عن الإذن بالقبض قبل القبض فإن القول قول المرتهن.

٤٤- عند اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن ببيع الراهن العين المرهونة فإن المقدم قول المرتهن بيمينه.

٤٥- عند اختلاف الراهن والمرتهن في اشتراط جعل ثمن العين المرهونة رهنًا مكانها بعد بيعها، فلعل الراجح فيها أن المقدم قوله هو المرتهن بيمينه.

٤٦- عند اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدين، أو قدر الرهن، أو رده، أو أنه بالدين الحال، أو ببعض الدين، أو كونه الرهن عصيرًا في عقد اشترط فيه رهن العصير، أو عين الرهن، فإنه تتفرع منها خمس مسائل، ولها تفصيلها وذيلها والراجح منها، تراجع في موضعها من الرسالة.

٤٧- عند اختلاف المالك والقابض في صفة القبض، فلعل الراجح فيها -والله أعلم- النظر في الظواهر وقرائن الأحوال، فيقدم من عضدت جانبه، وأما إن خلا التنازع مما ذكر، فيكون القول قول الراهن بيمينه.

٤٨- عند اختلاف الراهن والمرتهن مع العدل في عيب العين المرهونة، فلعل الراجح فيها- والله أعلم- أنه إن شهدت الظواهر وقرائن الحال للعدل أو للمشتري، فيقدم قول من يشهد له هذا الظاهر، وأما إن اشتبه الأمر واحتمل العيب قول كل من الخصمين، فلعل الأولى أن يقال: إن العيب إذا كان فوتًا

لجزء من السلعة وتلفاً له، فيقدم قول المشتري بيمينه، وأما إذا كان العيب بخلاف ذلك، فيقدم قول العدل بيمينه.

٤٩- عند اختلاف الراهن والعدل أو الوكيل والموكل في الإشهاد على القضاء، أو أنه بحضور الراهن أو الموكل، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - أنه إذا دل الظاهر وقرينة الحال على تصديق أحدهما، فيكون القول قول من عضد جانبه القرائن وظاهر الحال، وأما إن خلت الواقعة من ظاهر أو كان الظاهر ضعيفاً أو مساوي لـ (الأصل الأمور في العارضة العدم)، فيكون القول قول الراهن والموكل بيمينهما.

٥٠- عند اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين العين المرهونة، فلعل الراجح - والله أعلم - القول الثاني بأن يدعي الراهن عيناً مرهونة قيمتها ألف، ويدعي المرتهن عيناً أخرى قيمتها مائة، والدين قدره ألف، أو بالعكس، فهنا يقدم من يدعي العين التي قيمتها ألف، أو احتفت قرائن حالية قضائية رجحت جانب أحد المتداعين فيكون القول قوله، وأما إن عريت دعواهما عن أمانة ترجح جانب أحدهما، فتقاربت، واحتمل صدق كل منهما، فلعل الراجح - والله أعلم - القول الثالث: التفريق بين ما إذا كان الرهن مشروطاً في البيع، وما إذا كان تبرعاً من الراهن، فإذا كان تبرعاً من الراهن، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إذا كان مشروطاً في العقد فيتحال فان.

٥١- عند اختلاف الكفيل والمكفول له في براءة المكفول به من الدين فإن المقدم قول المكفول له بيمينه.

٥٢- عند اختلاف الغرماء والمفلس في وجود مال له بعد فك الحجر عنه، فإن القول المقدم قول المحجور عليه بيمينه.

٥٣- عند اختلاف الوكيل والموكل في التوكيل بالزواج من معينة، فلعل الراجع - والله أعلم - أنه إن ثبت أن مدعي الوكالة أمين أو وكيل لمنكر الوكالة في غير هذا العقد، فيقال بتقديم قول مدعي الوكالة بيمينه، وأما إن لم يثبت ذلك، فيكون قول منكر الوكالة، وتكون يمينه بطلب مدعي الوكالة.

٥٤- عند اختلاف المرأة والموكل في النكاح، فلعل الراجع فيها - والله أعلم - أن القول قول المنكر بيمينه.

٥٥- عند اختلاف الوكيل والبائع في رضا الموكل بالعيب، فلعل الراجع فيها - والله أعلم - إطلاق النظر إلى قرائن الحال، كما لو كان الموكل قد عين السلعة مع ظهور عيبها ووجوده قبل تعيينها، فإن قول البائع يقدم بيمينه، وغير ذلك مما يرجح قول البائع، وإما إن خلت من ذلك، فيكون القول قول الوكيل بيمينه على عدم علمه برضا موكله بالعيب.

٥٦- عند اختلاف رب المال والعامل في النهي عن شراء سلعة، فقد أجمع الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى على تقديم قول العامل.

٥٧- عند اختلاف الخياط والمستأجر في صفة الإذن، فلعل الراجع فيها - والله أعلم - هو القول الرابع بتقديم قول من يشهد له الحال، وأما إن خلت الواقعة من شهادة الحال، فيكون القول قول الخياط بيمينه؛ لأن المتداعيين اتفقا على الإذن للخياط بالتصرف في الثوب، واختلفا في مخالفته الإذن، فيكون القول قوله.

٥٨- عند اختلاف الوكيل والموكل في الإذن بالبيع ونحوه فقد اتفق الفقهاء على أن القول المقدم قول منكر الإذن والتوكيل.

٥٩- عند اختلاف المالك والمستعير في مسافة الإعارة، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - أنه إن دلت القرائن على رضا المعير بالزيادة التي يدعيها المستعير، فيقدم قول المستعير بيمينه، وإلا فيقدم قول المعير بيمينه.

٦٠- عند اختلاف المالك والقابض بين الإجارة أو الإعارة أو الغصب، والعين قائمة، فقد أجمع الفقهاء **رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى** على تقديم قول القابض بيمينه إذا كان ذلك بعد العقد ولم تمض مدة لها أجره عادة.

٦١- عند اختلاف المالك والقابض بين الإجارة أو الإعارة أو الغصب، والعين قائمة، فإن القول قول القابض، وعدم قبول قول المالك إذا كان ذلك بعد مضي مدة لها أجره عادة.

٦٢- عند اختلاف المالك والقابض بين الإجارة أو الإعارة أو الغصب، والعين قائمة، فإذا كان ذلك بعد مضي مدة لها أجره عادة فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو النظر فيما يحتف به حال المتداعين، بأن كان في حال يظهر منها إذن المالك للقابض، فيقدم قول القابض، وأما في غير ذلك، فيقدم قول المالك بيمينه.

٦٣- عند اختلاف المالك والقابض بين الإجارة والإعارة، أو الغصب، ففيها مسألتان تراجعان في الرسالة.

٦٤- عند اختلاف المشتري والشفيع في تعذر علم الثمن، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - الأخذ بدلالة الظاهر، فإذا دل الحال، وظهر من قرائنه على علم المشتري بالثمن وأنه محدد، فإن القول المقدم قول الشفيع بيمينه، وإلا كان القول للمشتري بيمينه.

٦٥- اختلاف المشتري والشفيع في الحيلة على إسقاط الشفعة، فلعل الراجع فيها - والله أعلم - هو النظر إلى القرائن وما احتف حال المتداعين، فإن عضد جانب الشفيع، فيكون القول قوله بيمينه، وأما إذا خلت دعواه عن ذلك، فيكون القول قول المشتري بيمينه لما استدل به أصحاب القول الأول.

٦٦- عند الاختلاف مع المستودع في التعدي والتفريط فقد اتفق الفقهاء على تقديم قول المستودع بيمينه على في التعدي والتفريط.

٦٧- عند الاختلاف في أصل الجعل، فإن القول المقدم قول منكر اشتراط الجعل وتسميته بيمينه.

٦٨- أن معنى قرينة: **(الأصل في القابض لمال غيره الضمان)** أن القاعدة المستقرة والمستمرة في الحائز أو المتمكن من كل ما فيه منفعة مقصودة - يعتد بها شرعاً يكون لها ثمن في حال الاختيار - مما يكون لسواه: أنه يغرمها إما بردها أو برد بدلها، فمن ادعى في الحائز المتمكن عدم الغرم فعليه البيّنة، وأما من ادعاه، فإنه يرجح قوله وتكون اليمين بجانبه، وسواء في ذلك كون الحيّزة بإذن؛ كالمستعير والمستقرض، أم بغير إذن كالغاصب والسارق.

٦٩- عند اختلاف رب المال والمضارب بين القرض والقراض بعد الخسارة، فلعل الراجع فيها - والله أعلم - هو النظر في ظاهر الحال، فيكون القول من عضده بيمينه، وأما إن خلا الأمر من هذا الظاهر، فلعل الراجع - والله أعلم - هو تقديم قول رب المال بيمينه.

٧٠- عند اختلاف المالك والساكن بين التأجير والاستئجار، فلعل الراجع فيها - والله أعلم - هو النظر في الظاهر وقرائن الأحوال، فإن دلت

على ترجيح قول الساكن أنه استؤجر فهو كذلك، وأما في غيرها من الأحوال، فيكون القول المرجح قول رب الدار بيمينه.

٧١- عند اختلاف المالك والقابض بين العارية والإجارة، أو الغصب، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - الأخذ بما دل عليه ظاهر الحال، وأما إن خلا النزاع منه، فيكون القول قول المالك.

٧٢- عند اختلاف المالك والقابض بين الوديعة والعارية، فإن القول المقدم قول المالك بيمينه.

٧٣- أن معنى قرينة: (الإنكار): قول أو ما في معناه يصدر من المدعى عليه لدى القاضي في مجلس القضاء ردًا على دعوى المدعي بجحوده لما ادعى به المدعي، فإذا اختلف المتدعيان، وكان أحدهما منكرًا وخلت دعوتهما من بينة من نحو إقرار وشهود، فيقدم قول من أنكر الدعوى.

٧٤- عند اختلاف البائع والمشتري في تعيين المبيع المعين المردود، فلعل الراجح - والله أعلم - أن يقال: أنه إما أن يشبه ما ادعاه كل واحد منهما الثمن المعقود عليه أو لا، فإن أشبه أحدهما دون الآخر؛ فيقدم قوله، وأما إن أشبه جميعًا، أو لم يشبها، فالقول المقدم قول البائع بيمينه.

٧٥- عند اختلاف البائع والمشتري في تعيين الثمن المعين المردود، فقد اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ أن القول المقدم هو قول المشتري بيمينه.

٧٦- عند اختلاف البائع والمشتري في قيمة السلعة التالفة، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - النظر إلى ما يحتف بالنزاع من قرائن، فإذا كان ما يدعيه أحدهما هو الأشبه بقيمة السلعة التالفة ونصيبها من ثمن العينين المبيعتين،

فيكون قوله هو المقدم المرجح بيمينه، وأما إن تساويا، فالراجع هو: القول الأول: أن القول المقدم قول المشتري بيمينه.

٧٧- عند اختلاف الراهن والمالك في مقدار الدين المأذون أخذه بالرهن المعين، فقد اتفق الفقهاء على أن القول المقدم قول المالك بيمينه.

٧٨- عند اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن للمرتهن بأخذ العين المرهونة، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - أن من عضد الظاهر جانبه فقوله المقدم، وأما إن خلت الواقعة مما يعضد جانب أحدهما، فيكون القول المقدم قول الراهن بيمينه؛ لما ذكر في أدلة القول الأول، ووجود العين في يد المرتهن لا يدل بالضرورة على الإذن.

٧٩- عند اختلاف رب المال والعامل في رد رأس المال، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو النظر إلى ما يعتضد بالواقعة من ظواهر تقوي جانب أحد المتداعين، وأما إن خلا التداعي عن مثل هذه الظواهر، فيكون القول المقدم قول رب المال بيمينه.

٨٠- عند اختلاف رب المال والعامل في الجزء المشروط للعامل، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو النظر إلى الأشبه من كلا الجانبين، فإن كان الأشبه العامل وحده قدم قوله، وإن كان رب المال هو الأشبه وحده قدم قوله، وإن أشبه جميعاً أو لم يشبه أي منهما، فيقدم قول رب المال.

٨١- عند اختلاف المؤجر والمستأجر في مدة الإجارة، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - إعمال الظاهر وقرائن الأحوال إذا توفرت، فيكون القول لمن عضد جانبه قرائن الأحوال المذكورة ونحوها بيمينه، وأما إن خلا التداعي من هذه القرائن فيكون القول المقدم قول المالك بيمينه.

٨٢- عند اختلاف الغاصب والمالك في زيادة قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه، فلعل الراجح - والله أعلم - فيها: أن القول المقدم قول الغاصب بيمينه إن أشبه، وأما إذا لم يشبه فيكون القول المقدم قول المالك بيمينه إن أشبه، وهو مذهب المالكية.

٨٣- أن المقصود بقريئة: (الغرم) التي تكون بجانب أحد المتداعين فترجح جانبه: هي أنه مدين ويلزمه أداء هذا الحق الذي ادعي عليه به.

٨٤- عند اختلاف البائع والمشتري في قدر السلعة التالفة، فإن المقدم قول المشتري بيمينه.

٨٥- عند اختلاف البائع والمشتري في عين المبيع، فلعل الراجح فيها - والله تعالى أعلم - أن من شهد له الظاهر فإنه يرجح قوله، وأما إن خلا قول كل منهما عما يرجحه، فلعل الراجح تقديم قول البائع إن رضيه المشتري، وإلا فإنهما يتحالفان.

٨٦- عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في قيمة رأس مال السلم، فلعل الراجح - والله أعلم - هو إعمال الأصل والظاهر إذا اجتمعا، وأما إذا لم يوجد شيء مما يصدق قول أحدهما من الظاهر وقرائن الأحوال، فيكون القول المقدم قول المسلم بيمينه؛ لتمسكه بالأصل.

٨٧- عند اختلاف الراهن والمرتهن في قيمة العين المرهونة حيث لزم المرتهن، فقد أجمع الفقهاء في هذه المسألة على أن المقدم قول المرتهن بيمينه.

٨٨- عند اختلاف رب الثوب والعامل في صفة العمل بعد تلف الثوب؛ ليغرمه للعامل، فإن القول المقدم قول رب الثوب.

٨٩- عند اختلاف المستعير والمعير في صفة العين حين التلف أو قدر القيمة، فإن القول المقدم قول المستعير بيمينه.

٩٠- عند اختلاف المالك والغاصب في قيمة المغصوب، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - القول الثاني: أن المقدم قول الغاصب إلا إذا لم يشبهه، فيكون القول المقدم قول المالك بيمينه إن أشبهه، وإلا قضى بينهم بأوسط القيم.

٩١- إذا اختلف المالك والغاصب في حدوث عيب المغصوب بعد تلفه، وشاهدت البينة العبد معيياً عند الغاصب، فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في قرائن الأحوال المحتفة بالعيب، فيكون القول قول من يشهد له هذا الظاهر بيمينه، وأما إن خلا مما سبق فيكون القول قول الغاصب بيمينه.

٩٢- إن قرينة (ظاهر الحال) هي: ما دل على أمر من الأمور بناء على ما يكون عليه أو ما يحيط به أو ما يصدر منه في وقت من الأوقات، فإذا كان ما يدعيه المدعي هو ما يوافق الواقع المشاهد ويصدقه، فإن ظاهر الحال هنا يعضده ويؤيد دعواه.

٩٣- عند اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب، مع ما يؤيد قول أحدهما، فقد اتفق الفقهاء على أن القول المقدم قول من يشهد له الظاهر، ثم اختلفوا في اليمين لقبول قوله على قولين، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو أن قوله مقدم بلا يمين.

٩٤- عند اختلاف المعطي والآخذ في المأخوذ بقول المعطي: (ملكتك)، فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر في دلالة لفظ (ملكتك)، فإن كان لها دلالة عرفية على القرض أو الهبة، فتحمل عليها، وإلا فتحمل على ما ذكره أصحاب القول الأول: أن القول المقدم قول الآخذ بيمينه.

٩٥- عند اختلاف الراهن والمرتهن في القبض والعين بيد المرتهن فالقول المقدم قول المرتهن.

٩٦- عند اختلاف الجاني على اللقيط وقاذفه مع اللقيط في رقه، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو النظر إلى ما يحدث بالواقعة من قرائن وأمارات، فإن دلت على ترجيح جانب القاذف والجاني، فيقدم قوله بيمينه، وأما إن خلت الواقعة مما ذكر، فالقول المقدم قول اللقيط بيمينه.

٩٧- عند اختلاف المدين والدائن في معنى قول المدين: (أحلتك بدينك) بعد اتفاقهما على صدوره من المدين، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين، ولعل الراجح - والله أعلم - إعمال العرف وما يفهمه الناس على اختلاف الأزمان، وأما إن تطابقت دلالة اللفظ مع ما ذكره الفقهاء فلعل الراجح أن القول المقدم قول مدعي الحوالة.

٩٨- عند الاختلاف في دعوى بنوة اللقيط، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو النظر فيما يحدث بالتنازع من قرائن، فيرجح قول من عضدته، وأما إن خلا التنازع عن ذلك، فالراجح تقديم قول زوجة مدعي البنوة.

٩٩- أن أولى ما تعرف به قرينة (الأمانة): حصول العين أو الحق تحت يد المأذون له بذلك من الشارع أو من له التصرف فيه وكان المأذون له غير متهم.

١٠٠- عند اختلاف البائع والمشتري في غلط البائع بالثمن الذي اشترى به، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - ترجيح قول من عضد جانبه ظاهر الحال، وأما في غيره، فيكون القول المقدم قول المشتري بيمينه على عدم علمه بغلط البائع في الثمن وعدم علمه أن حقيقته ما ادعاه البائع ثانياً.

١٠١ - عند الاختلاف مع العدل في تلف العين بالتعدي والتفريط، فإن القول المقدم قول العدل.

١٠٢ - عند اختلاف الراهن مع العدل في قبض الثمن من المشتري، فلعل الراجح - والله أعلم - أن العرف إذا دل على اشتراط محضر بيع واستلام للثمن - بحوالة بنكية ونحو ذلك - في بيع العدل، فعند عدمها يكون المرجح قول منكر استلام العدل الثمن، ويكون العدل مفرطاً في هذه الحال، وأما إن خلا الأمر من ذلك، فيكون القول المرجح قول العدل يمينه.

١٠٣ - عند اختلاف الراهن والمرتهن في تلف العين المرهونة حيث لزم المرتهن، فلعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم قول المرتهن يمينه ما لم يتبين كذبه، فلا يقبل قوله إلا بينة.

١٠٤ - عند اختلاف المحجور عليه والولي في تلف مال المحجور أو بعضه، فإن المقدم قول الولي يمينه ما لم تكذبه عادة أو عرف.

١٠٥ - عند اختلاف المحجور عليه والولي المتبرع في دفع مال المحجور إليه، فلعل الراجح منها - والله أعلم - القول الأول بتقديم قول الولي يمينه.

١٠٦ - عند اختلاف الوكيل والموكل في قدر الثمن، فلعل الراجح فيها - والله أعلم - هو تقديم قول من شهدت قيمة السلعة الموكل بشرائها له.

١٠٧ - عند اختلاف الوكيل الموكل بالتزويج والموكل في التزويج، فلعل الراجح منها - والله أعلم - تقديم قول الوكيل يمينه، ما لم يضعف قوله بمعارضته الظاهر، فيكون القول قول الموكل.

١٠٨ - عند اختلاف الوكيل والموكل في البيع وقبض الثمن، أو قبض الثمن، فلعل الراجح منها - والله أعلم - القول الثاني بقبول قول الوكيل مطلقاً.

١٠٩ - عند الاختلاف مع الوكيل في التفريط والتعدي، فقد اتفق الفقهاء **رَجَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى** في الجملة أن القول المقدم قول الوكيل بيمينه.

١١٠ - عند اختلاف رب المال مع الوكيل أو المضارب في الإذن بصفة في البيع أو الشراء أو اختلافاً في صفة الإذن، فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر فيما احتف بخلافهما من قرائن حالية، فيرجح جانب من عضدته، وأما إن خلت الواقعة من شاهد حال يشهد لأحد الجانبين، فإن القول المقدم قول الوكيل بيمينه إذا كانت السلعة فائتة.

١١١ - عند اختلاف الوكيل والموكل في رد العين أو ثمنها إلى الموكل إذا كان الوكيل متبرعاً، فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى الظاهر وما جرى به العرف في مثل ما وكل به الوكيل، فيرجح جنب من عضدته، وأما في غير ذلك، فالمقدم قول الوكيل بيمينه.

١١٢ - عند اختلاف رب المال مع العامل في قدر الربح، فلعل الراجح - والله أعلم - أنه إن كانت شواهد الحال توافق ما ادعاه رب المال، فالقول المقدم قوله بيمينه؛ لشهادة الظاهر له، وإلا كان القول المقدم قول العامل بيمينه.

١١٣ - عند الاختلاف مع المضارب في الربح ثم خسارته، فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر إلى سبب الخسارة التي ادعاها العامل، فإنه يقبل قول العامل في الخسارة بيمينه وكذا إن كانت الخسارة محتملة، وإلا قبل قول رب المال بيمينه.

١١٤ - عند اختلاف المرضعة والمسترضع في الإرضاع، فإن القول المقدم قول المرضعة بيمينها.

١١٥ - في اختلاف المؤجر والمستأجر في مرض العبد المؤجر أو إياقه، أو شرود الدابة المستأجرة أو موتها، أو تلف المحمول، فروع ثلاثة فإنها حوت ثلاث مسائل كل مسألة درست في فرع.

١١٦ - عند اختلاف المكتري مع رب البهائم في قدر النفقة على البهائم، فعمل الراجح - والله أعلم - القول الثاني؛ أن المقدم قول المستأجر فيما قدره الحاكم دون ما زاد فيقدم فيه قول رب البهائم، وأما إن لم يقدره حاكم، فيقبل قول المستأجر في قدر النفقة بالمعروف دون ما زاد، فيقدم فيه قول رب البهائم.

١١٧ - اختلاف اللقيط وواجده في قدر الإنفاق أو التفريط فيه، فعمل الراجح - والله أعلم - هو القول الأول بتقديم قول الملتقط إن ادعى نفقة المثل.

١١٨ - إن قرينة: **(الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا)**: هي أن ما يكون عليه المسلم في تعامله يدل على أنه لا يتناول إلا ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون على وجه تترتب عليه الآثار التي قررها الشارع للعقد الصحيح إثر إتمامه، فإن اختلف المتداعيان فادعى أحدهما أن ما جرى بينهما من تعامل هو ما استجمع الشروط والأركان وانتفت عنه الموانع، فوقع على وجهه الشرعي، وادعى الآخر فساد العقد بتخلف ركن أو شرط أو وجود مانع، فالمقدم قول من يدعي الصحة.

١١٩- عند اختلاف البائع والمشتري فيما يفسد العقد، فلعل الرجح - والله أعلم - هو النظر في قرائن الأحوال وظاهرها، وإن استوى الظاهران وتعارضاً، فلعل الرجح تقديم قول البائع، فإذا رضى قول البائع وكان ادعاؤه بالفساد فسخ البيع، وإن كان ادعاؤه بالصحة أمضي، وإن لم يرضيا قول البائع فسخ البيع.

١٢٠- عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق، فلعل الرجح - والله أعلم - هو القول الأول: أن القول المقدم قول من يدعي القبض قبل التفرق بيمينه، ما لم يظهر الفساد في تعامل الناس في عقد السلم، فيقدم قول من يشهد له الظاهر.

١٢١- عند اختلاف البائع والمشتري في بيع مال غيرهما بغير إذنه، فلعل الرجح - والله أعلم - هو تقديم قول من يدعي ملك البائع بيع ما تم العقد عليه بيمينه.

١٢٢- عند اختلاف البائع والمشتري مع الموكل فيما يبطل البيع فإن المقدم قول الموكل.

١٢٣- عند الاختلاف مع الضامن فيما يفسد العقد، فلعل الرجح - والله أعلم - هو النظر في ظاهر الحال وواقع الأمر، وإلا فالرجح قول الضامن بيمينه.

١٢٤- أن معنى قرينة: **(المثبت مقدم على النافي)**: أنه إذا اختلف المتداعون، فادعى بعضهم شيئاً أو حقاً أو واقعة، فنفاه خصمه، فأقام المدعي بينة على الواقعة أو الحق الذي يدعيه ليثبت استحقاقه، وأقام خصمه النافي بينة على نفي الواقعة أو الحق الذي يدعيه المدعي، فيترتب عليها عدم ثبوت

استحقاق المدعي ما يدعيه، فإن أولى البيتين وأرجحهما هي بينة المدعي التي تثبت الحق، فيقدم قوله.

١٢٥- عند اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق مع إقامة البينة منهما، فإن البينة المقدمة بينة مدعي القبض قبل التفرق.

١٢٦- عند اختلاف المالك والعامل في صفة خروج المال من يد مالكة مع إقامة البينة منهما، فلعل الراجح - والله أعلم - هو تقديم بينة العامل بيمينه.

١٢٧- أن معنى قرينة (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر منه) أن الفرد من البشر إذا أخبر عن شيء مما في روعه أو مما بدر منه أو وقع عليه سواء أكان قولاً أو فعلاً مختاراً أو غير مختار مما لا يطلع عليه غيره عادة أو لخرج ومشقة شديدين، أو كان الداعي لأن يحفظه أقوى من غيره، فإنه أعلم به من غيره، وعليه فإذا اختلف المتداعون، وكان ما اختلفوا فيه مما في روع بعضهم أو مما بدر منه أو وقع عليه مما لا يطلع عليه غيره، أو كان الداعي لأن يحفظه أقوى من غيره فإن من عضد جانبه ذلك، فإن قوله مقدم لأنه أعلم من خصمه بما اطلع عليه.

١٢٨- عند الاختلاف في سن الرقيق، فإن القول المقدم قول الرقيق في سنّه إذا كان بالغاً.

١٢٩- عند اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين الدين المبرأ منه، فإن القول قول المرتهن - المبرئ - في تحديد الدين الذي أبرأ منه.

١٣٠- عند الاختلاف في تعيين الدين المقضي، فلعل الراجح - والله أعلم - هو النظر بما يحتف بدعواهما، فيرجح من عضده ظاهر الحال، وإن

خلا من كل ما سبق، فإن المقدم هو قول الراهن بيمينه في تحديد الدين المقضي.

١٣١- عند اختلاف المشتري والشفيع في قدر الثمن، فلعل الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني: أنه إذا حَقَّق^(١) الشفيع دعواه على المشتري فيكون القول المقدم قول المشتري بيمينه إن أتى بما يشبه أن يكون الثمن، وإن لم يأت بما يشبهه، وأتى الشفيع بما يشبهه، فيكون القول المقدم قوله وإن أتيا بما لا يشبهه، حلفا على دعواهما، ومن نكل منهما كان القول المقدم قول من حلف منهما وإن أتى بما لا يشبهه.

وأما أهم التوصيات:

- ١- الاعتناء بكتاب: **(كشاف القناع)** والكشف عن كنوزه، ومكوناته، وإظهارها لطالبا من الباحثين وطلاب العلم والقضاة، والسعي على نشرها بين المسلمين إغناء لهم عن النظر فيما أيدي غيرهم مما هو أدنى منه بكثير.
- ٢- التوسع في دراسة هذا النوع من العلوم - أعني به: اختلاف المتعاقدين - ونشر الدراسات حوله، فإن النظر فيه مما يضبط الاجتهاد القضائي، ويبين للقاضي، كيف يرجح بين أقوال المتخاصمين أمامه مع عدم البيئة من كل منهم؛ حتى لا يتخبط في اجتهاده، وحتى يعرف من يطلب منه البيئة، ومن تكون اليمين في جانبه.

(١) بحث عن تفسير لهذا المصطلح، فوجدت ما ورد في الذخيرة: (٧/ ٣٣٥)، ونصه: «إذا ادعى الشفيع حضور المبيعة حلف المشتري وإن لم يحقَّق لا يحلف»، فيظهر منه ومما سبق في بيان القول هو أن تحقيق الشفيع قوله بأن يدعي حضور المبيعة، وأن الثمن بخلاف ما ادعى المشتري، وعبر اللخمي بذلك دون أن يذكر لفظ (حَقَّق)، وكأنه يقصد معناه. التبصرة: (٧/ ٣٣٥).

٣- إكمال دراسة المسائل الأخرى التي لم ترد في هذه الرسالة، مما يكمل الموضوع ويسهله للباحثين والقضاة وطلاب العلم.

٤- ومن المسائل التي يوصي الباحث ببحثها: أن اليمين التي تكون في جانب من ترجح قوله هل تكون بتوجيه من القاضي ابتداءً، أو يكون من ترجح جانبه مدعى عليه، فتطلب البينة من المدعي على خلاف قول من ترجح جانبه، فإن لم يكن له بينة كان له طلب يمين المدعى عليه - من ترجح جانبه -، فإن طلبها المدعي حلف من ترجح جانبه، وإلا لم يحلف؟

٥- ومن العناوين التي يوصي بها الباحث بتحقيق أي مذهب من المذاهب الأربعة ببحث المسائل التي لم يرد فيها ما يدل عليها لدى أحد المذاهب الأربعة، أو لم تنسب مراجع الفقه المقارن لها قولاً، أو وادعى باحث عدم عثوره على قول فيها؛ إظهاراً لما قد يخفى على الباحثين على غرار بعض المشاريع الأصولية بتحقيق مذهب الشافعية وغيرها.

وختاماً: فهذا جهد المقل، بذل فيه صاحبه ما يسره الله له وأعانه عليه، فما كان من صواب فمن الله وحده، وما كان من خطأ فمن نفسي والشيطان، وليعذر الناظر في هذا الباحث صاحبه، فقد أمضى سنين في إعداده مرت عليه مختلف الظروف، وجرب الثمانية، ونشطت همته وفترت، وبسط واختصر، ولعله لا يخلو من صواب، ولا يعدم ناصحاً يبين له خلل بحثه ونقصه، ويغفر له خطأه، ويحسن الظن به، جعل الله هذا البحث من العلم النافع والعمل الصالح، وجعله في موازين حساني يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وآخر دعواي أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

وفيها:

فهرس المراجع

فهرس الموضوعات

فهرس المراجع



١. **أبجد العلوم،** تأليف: صديق بن حسن القنوجي، (ت: ١٣٠٧هـ)، اعتنى به: عبد الجبار زكار، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي ودار الكتب العلمية، نشر عام ١٩٧٨م.
٢. **إثبات الدعوى الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،** تأليف: د. سامح سيد جاد، الطبعة الأولى: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٣. **الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي: (دراسة مقارنة)،** تأليف: إبراهيم بن محمد الفائز، المكتب الإسلامي ومكتبة أسامة، الطبعة الثانية: ١٤٠٣هـ.
٤. **الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)،** تأليف: محمد علي محمد عطا الله، وهي رسالة دكتوراه من كلية الشريعة بجامعة أسيوط.
٥. **الإثبات بالقرائن والأمارات؛** تأليف: محمد الحاج ناصر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.
٦. **الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة،** تأليف: أ. د. محمد علي السرطاوي، وهو بحث مقدم في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.
٧. **الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة،** تأليف: عثمان بطيخ، وهو بحث مقدم في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.
٨. **الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة،** تأليف: أ. د. عبد الفتاح محمد إدريس، وأ. د. ماجدة محمد أحمد هزاع، وهو بحث مقدم في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

٩. **أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع**، تأليف: د. صالح بن محمد السلطان، دار أصدقاء المجتمع، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ.
١٠. **أثر اختلال التوازن في العقود المالية (دراسة فقهية تأصيلية)**، تأليف: د. / أحمد بن عبد الكريم بن ناصر البدراني، دار الحضارة، الطبعة الأولى: ١٤٤٢هـ.
١١. **الإجماع**، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٨هـ)، تحقيق ودراسة: أ. د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار العاصمة، الطبعة الأولى: ١٤٣٨هـ.
١٢. **الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان**، تأليف: علي بن بلبان الفارسي (ت: ٧٣٩هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ.
١٣. **أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي**، تأليف: د. سعد بن تركي الخثلان، من إصدارات المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الثانية: ١٤٣١هـ.
١٤. **أحكام الحشرات في الفقه الإسلامي**، تأليف: كمال بن صادق ياسين، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ.
١٥. **أحكام الدعوى القضائية**، تأليف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، طبع جمعية قضاء، الطبعة الأولى: ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م.
١٦. **الأحكام السلطانية**، تأليف: أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي (ت: ٤٥٨هـ)، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت: ١٤٢١هـ.
١٧. **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، خرج

- أحاديثه وعلق عليه: خالد بن عبد اللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة: ١٤٢٠هـ.
١٨. **أحكام الشهادة وعقوبة شاهد الزور في الإسلام**، تأليف: د. حسين محمد الربابعة، دار يافا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ٢٠٠٧م.
١٩. **أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات المالية**، تأليف: د. سعيد بن مسفر الدغار الوادعي، مكتبة التوبة، الطبعة الأولى: ١٤٤٠هـ.
٢٠. **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، تأليف: أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي: (ت: ٤٧٤هـ)، تحقيق ودراسة: محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٠٩هـ.
٢١. **الإحكام في أصول الأحكام**، تأليف: الإمام علي بن محمد الأمدي، دار الصمعي، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٢٢. **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، تأليف: القرافي: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي: (ت: ٦٨٤هـ)، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، الطبعة الثانية ببيروت: ١٤١٦هـ.
٢٣. **الإحكام في التوكيل على الخصام (دراسة فقهية في الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية)**، تأليف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار الحضارة، الطبعة الأولى: ١٤٤٢هـ.
٢٤. **أحكام القرآن**، تأليف: أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي: (ت: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الرابعة: ١٤٢٤هـ.
٢٥. **أحكام القرآن**، تأليف: أبي محمد عبد المنعم بن عبد الرحيم المعروف بـ «ابن الفرس الأندلسي»: (ت: ٥٩٧هـ)، تحقيق: صلاح الدين أبو عفيف، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ.

٢٦. **أحكام القرآن**، تأليف: أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي: ١٤١٢هـ.
٢٧. **أحكام دعاوى الحيازة في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة)**، تأليف: فهد بن علي الحسون، بحث تكميلي مقدم إلى قسم السياسة الشرعية لنيل درجة الماجستير، للعام الجامعي: ١٤٢٧هـ.
٢٨. **أخبار أبي حنيفة وأصحابه**، تأليف: حسين بن علي الصيمري (ت: ٤٣٦هـ)، عالم الكتب، الطبعة الثانية: ١٤٠٥هـ.
٢٩. **الاختلاف بين المتعاقدين في الوديعة والوكالة**، تأليف: عادل بن محمد العتيق، دار الإداوة للنشر ومكتبة دار الحجاز للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٤٣هـ.
٣٠. **الاختيار لتعليل المختار**، تأليف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، مع تعليقات: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية.
٣١. **أدب القاضي**، تأليف: أبي العباس أحمد بن أحمد بن القاص الطبري الشافعي (ت: ٣٣٥هـ)، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ.
٣٢. **أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية**، تأليف: د. فخر الدين بن الزبير بن علي المحسي، الدار الأثرية، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ.
٣٣. **أدلة القواعد الفقهية من السنة النبوية**، تأليف: مهدي بن علي المشولي، وهي رسالة تقدم بها الباحث لنيل درجة الماجستير من كلية الحديث بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة عام: ١٤٣٤هـ.
٣٤. **الأذكار أو (حلية الأبرار وشعار الأخيار وتلخيص الدعوات والأذكار المستحبة بالليل والنهار)**، تأليف: محيي الدين يحيى بن شرف النووي

- الدمشقي (ت: ٦٧٦هـ)، دار ابن كثير، حققه: يوسف علي بدوي، وشرح غريبه: أحمد محمد السيد، الطبعة الخامسة: ١٤٢٩هـ.
٣٥. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ.
٣٦. **أسباب النزول المسمى «الباب النقول في أسباب النزول»**، تأليف: جلال الدين أبي عبد الرحمن السيوطي: (ت: ٩١١هـ)، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.
٣٧. **الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه وآثاره)**، تأليف: د. عبد الرحمن الشعلان، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ.
٣٨. **الاستدلال بالسنة على إثبات القواعد الفقهية**، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، تأليف: فهد بن سعد الأحمري، العام الجامعي: ١٤٣٦-١٤٣٧هـ.
٣٩. **الاستدلال للقواعد الفقهية من القرآن الكريم (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القصيم، تأليف: عبد المجيد بن سعد المالك، العام الجامعي: ١٤٣٤-١٤٣٥هـ.
٤٠. **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بإيجاز واختصار**، تأليف: أبي عمر يوسف بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي: (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: د. عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر دار الوعي، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٤١. **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، تأليف: عز الدين أبي الحسن علي بن محمد الجزري المعروف بـ: ابن الأثير (ت: ٦٣٠هـ)، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ.

٤٢. **استقلال القضاء في الفقه الإسلامي**، تأليف: د. محمد بن عبد الله بن إبراهيم السحيم، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى: ١٤٣٦هـ.
٤٣. **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، تأليف: يوسف بن عبد البر (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: علي بن محمد البجاوي، دار الجيل، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ.
٤٤. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، تأليف: زين الدين أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي (ت: ٩٢٦هـ)، وبهامشه حاشية الرملي، المطبعة الميمنية، طبعة عام: ١٣١٣هـ.
٤٥. **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك**، تأليف: أبي بكر بن حسن الكشناوي (ت: ١٣٩٧هـ)، دار الفكر، الطبعة الثانية.
٤٦. **الأشباه والنظائر**، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١١هـ.
٤٧. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة: ١٤٣٧هـ.
٤٨. **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية**، تأليف: الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، حققه: محمد محمد تامر، وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، الطبعة السادسة: ١٤٣٤هـ.
٤٩. **الإصابة في تمييز الصحابة**، تأليف: أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية ود. عبد السند حسن يمامة، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ.

٥٠. **الأصل المعروف بالمبسوط**، تأليف: أبي محمد بن الحسن الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، اعتنى به: أبو الوفاء الأفعاني، الناشر: دار المعارف العثمانية، الطبعة الأولى: ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
٥١. **الأصل والظاهر في القواعد الفقهية**، تأليف: د. أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، دار التدمرية، الطبعة الأولى: ١٤٣٦هـ.
٥٢. **الأصول الثلاثة وأدلتها مع القواعد الأربعة وشروط الصلاة**، تأليف: محمد بن عبد الوهاب، دار الوطن للنشر، الطبعة الثالثة: ١٤١٨هـ.
٥٣. **أصول الفقه المسمى بـ (الفصول في الأصول)**، تأليف: أحمد بن علي الرازي الجصاص: (ت: ٣٧٠هـ)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ.
٥٤. **الإفهام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، تأليف: عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، دار العاصمة، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ.
٥٥. **أقضية الخلفاء الراشدين (جمعاً ودراسة)**، تأليف: د. أر - كي - نور محمد بن أر - كي - محيي الدين، دار السلام، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٥٦. **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تأليف: محمد بن محمد الخطيب الشربيني: (ت: ٩٧٧هـ)، دراسة وتحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٥٧. **الإعلام بمن في تاريخ الهند من الأعلام المسمى بـ (نزهة الخواطر وبهجة المسامع والنواظر)**، تأليف: عبد الحي بن فخر الدين الحسنبي: (ت: ١٣٤١هـ)، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٥٨. **أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري**، تأليف: أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي: (ت: ٣٨٨هـ)، تحقيق ودراسة: د. محمد بن سعيد بن

- عبد الرحمن آل سعود، مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، الطبعة الأولى: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
٥٩. **الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**، تأليف: خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة: ٢٠٠٢م.
٦٠. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تأليف: محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق وتعليق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الطبعة الثالثة: ١٤٣٥هـ.
٦١. **الإقناع في مسائل الإجماع**، تأليف: الإمام الحافظ: أبي الحسن ابن القطان (ت: ٦٢٨هـ)، تحقيق: حسن بن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ.
٦٢. **الأم**، تأليف الإمام أبي عبد الله: محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، أشرف على طبعه وباشر تصحيحه: محمد زهري النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر.
٦٣. **إنباه الرواة على أنباه النحاة**، تأليف: الوزير جمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي (ت: ٦٢٤هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر العربي ومؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى: ١٤٠٦هـ.
٦٤. **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء مع الشروط والوثائق للسمرقندي**، تأليف: قاسم بن عبد الله القونوي الرومي الحنفي (ت: ٩٧٨هـ)، تحقيق: يحيى مراد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٦٥. **الأوسط من السنن والإجماع والاختلاف**، تأليف: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٨هـ)، راجعه وعلق عليه: أحمد

- بن سليمان بن أيوب، تحقيق: محيي الدين البكاري، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث ومكتبة ابن القيم، الطبعة الثانية: ١٤٣١هـ.
٦٦. **أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك**، تأليف: الإمام ابن هشام الأنصاري (ت: ٧٦١هـ)، ومعه كتاب عدة السالك إلى تحقيق أوضح المسالك، تأليف: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، طبعة عام: ١٤٢٩هـ.
٦٧. **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، تأليف: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت: ٩١٤هـ)، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي، طبع هذا الكتاب بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة الرباط: ١٤٠٠هـ.
٦٨. **الإيضاح لقوانين الاصطلاح في الجدل والمناظرة**، تأليف: محيي الدين يوسف بن عبد الرحمن ابن الجوزي (ت: ٦٥٦هـ)، تحقيق: محمود بن محمد السيد الدغيم، مكتبة مدبولي، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.
٦٩. **البحث العلمي**، تأليف: د. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، توزيع مكتبة العبيكان، الطبعة السادسة: ١٤٣٣هـ.
٧٠. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، ومعه حواشي ابن عابدين، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٧١. **البحر المحيط في أصول الفقه**، للزركشي وهو بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي: (ت: ٧٩٤هـ)، قام بتحريه: الشيخ عبد القادر العاني ود. عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الثانية: ١٤١٣هـ.

٧٢. **بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي**، تأليف: القاضي العلامة الإمام أبي المحاسن عبد الواحد ابن إسماعيل الروياني (ت: ٥٠٢هـ)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ٢٠٠٩م.
٧٣. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تأليف: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: ١٤٢٤هـ.
٧٤. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، اعتنى به: محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية ومكتبة العلم بجدة، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.
٧٥. **البداية والنهاية**، تأليف: أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي (ت: ٧٧٤هـ)، تحقيق: د. أحمد عبد الوهاب فيتح، دار الحديث، سنة الطبع: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٧٦. **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، تأليف: العلامة شيخ الإسلام: محمد بن علي الشوكاني: (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
٧٧. **البدر الطالع في حل جميع الجوامع**، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي (ت: ٨٦٤هـ)، شرح وتحقيق: أبي الفداء مرتضى علي بن محمد المحمدي الداغستاني، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ.
٧٨. **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، تأليف: سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف: (بابن الملحق) (ت: ٨٠٤هـ)، تحقيق: مجدي بن

- السيد بن أمين ومحبي الدين بن جمال الدين ومحمد بن سليمان، دار
المجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٦م.
٧٩. **بذل المجهود في حل سنن أبي داود**، تأليف: الإمام المحدث الكبير
خليل أحمد السهارنفوري: (ت: ١٣٤٦هـ)، طبع على نفقة سمو الشيخ
سلطان بن زايد آل نهيان، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ.
٨٠. **بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تأليف: نور الدين
علي بن أبي بكر الهيثمي: (ت: ٨٠٧هـ)، دار الفكر، طبعة عام:
١٤١٤هـ.
٨١. **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة**، تأليف: جلال الدين عبد
الرحمن السيوطي، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: عيسى
البابوي الحلبي، الطبعة الأولى عام: ١٣٨٤هـ.
٨٢. **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد
الدردير**، تأليف: الشيخ أحمد الصاوي (ت: ١٢٤١هـ)، ضبطه
وصححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة
الأولى: ١٤١٥هـ.
٨٣. **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، تأليف: الحافظ ابن حجر العسقلاني (ت:
٨٥٢هـ)، مع تعليقه إتحاف الكرام للمباركفوري، دار الفيحاء ودار
السلام، طبعة عام ١٤١٤هـ.
٨٤. **البنية شرح الهداية**، تأليف: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن
الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي (ت: ٨٥٥هـ)، تحقيق:
أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ.
٨٥. **البهجة شرح التحفة**، تأليف: أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي:
(ت: ١٢٥٨هـ)، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، تأليف: أبي
بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي: (ت: ٨٢٩هـ)، معه حلى

- المعاصم لفكر ابن عاصم، تأليف: محمد بن محمد التاودي: (ت: ١٢٠٩هـ) وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٨٦. **بهجة قلوب الأبرار وقررة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار**، تأليف: فضيلة الشيخ: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: أبي عبد الله المصنعي، مكتبة الإمام الوادعي ودار عمر بن الخطاب، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ.
٨٧. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تأليف: يحيى بن سالم العمراني الشافعي (ت: ٥٥٨هـ)، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج.
٨٨. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**، تأليف: أبي الوليد ابن رشد القرطبي، وضمنه العتبية، (ت: ٥٢٠هـ)، تحقيق: الأستاذ أحمد الحبالي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ.
٨٩. **التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن وأثرها في إثبات الأحكام**، تأليف: د. فهد بن سعد الجهني، من الأبحاث المقدمة لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية.
٩٠. **تاج العروس من جواهر القاموس**، للسيد: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، طبعة عام: ١٣٨٥هـ.
٩١. **التبصرة**، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، دراسة وتحقيق: د. محمد عبد الكريم نجيب.
٩٢. **تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام**، تأليف: برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد ابن فرحون المالكي المدني، اعتنى به: د. ناجي السويد، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى: ١٤٣٢هـ.

٩٣. **تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق**، تألیف: فخر الدین عثمان بن علی الزیلعی الحنفی، وبهامشه حاشیه أحمد الشلبی، المطبعة الكبرى ببولاق مصر، الطبعة الأولى: ١٣١٤هـ.
٩٤. **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، تألیف: العلامة علاء الدین أبی الحسن علی بن سلیمان المرادوی: (ت: ٨٨٥هـ)، دراسة وتحقیق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الجبرین، ود. عوض بن محمد القرني، ود. أحمد بن محمد السراح، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٩٥. **تحرير المقال فيما تصح نسبته إلى المجتهد من أقوال**، تألیف: د. عیاض بن نامی السلمي، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.
٩٦. **تحفة الفقهاء**، تألیف: علاء الدین السمرقندی (ت: ٥٣٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
٩٧. **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، تألیف: شهاب الدین ابن حجر الهیثمی (ت: ٩٧٨هـ)، وعلیه حاشیتا أحمد العبادي، وعبد الحمید الشرواني، روجعت وصححت علی عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
٩٨. **التحقیق في أحادیث الخلاف**، تألیف: العلامة أبی الفرج ابن الجوزي (ت: ٥٩٧هـ)، حققه مسعد عبد الحمید محمد السعدني، علق علیه: محمد فارس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.
٩٩. **تخریج الفروع علی الأصول**، تألیف: أبی المناقب شهاب الدین محمود بن أحمد الزنجاني: (ت: ٦٥٦هـ)، حققه وعلق حواشیه: د. محمد أديب الصالح، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة: ١٤٠٢هـ.

١٠٠. **التخريج عند الفقهاء والأصوليين (دراسة نظرية تطبيقية تأصيلية)**، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة السادسة: ١٤٣٦هـ.
١٠١. **ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (كتاب في القواعد الفقهية)**، تأليف الشيخ: محمد بن سلمين الشهير بناظر زاده: (كان حيًا عام: ١٠٦١هـ)، دراسة وتحقيق: خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ.
١٠٢. **ترتيب الموضوعات الفقهية ومناسباته في المذاهب الأربعة**، تأليف: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مركز بحوث الدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ.
١٠٣. **تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج**، تأليف: ابن الملقن (٨٠٤هـ)، تحقيق وتعليق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.
١٠٤. **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، تأليف: القاضي عياض بن موسى ابن عياض السبتي (ت: ٥٤٤هـ)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، الطبعة الثانية: ١٤٠٣هـ.
١٠٥. **ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين**، تأليف: علوي ابن السيد أحمد السقاف (ت: ١٣٢٥هـ)، طبع بمطبعة دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه.
١٠٦. **التطبيقات الفقهية على قاعدة: (تعارض الأصل والظاهر) في كتاب البيع**، لتأليف: محسن عريشي، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء.

١٠٧. **تعارض البنات في الفقه الإسلامي**، تأليف: د. محمد عبد الله بن محمد الشنقيطي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
١٠٨. **التعارض والترجيح في طرق الإثبات**، تأليف: سليم علي مسلم الرجوب، وهي رسالة مقدمة لكلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية للحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي.
١٠٩. **التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية**، تأليف: عبد اللطيف عزيزي البرزنجي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ.
١١٠. **التعريفات**، تأليف: علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي (ت: ٨١٦هـ)، حققه: نصر الدين تونسي، شركة القدس للتجارة، الطبعة الأولى: ٢٠٠٧م.
١١١. **التعريفات الفقهية**، تأليف: المفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ.
١١٢. **التفريع**، تأليف: أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن الجلاب البصري (ت: ٣٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
١١٣. **التفسير البسيط**، تأليف: أبي الحسن علي بن أحمد بن محمد الواحدي: (ت: ٤٦٨هـ)، تحقيق: مجموعة من الباحثين، أشرف على طباعته وإخراجه: د. عبد العزيز بن سظام آل سعود وأ.د. تركي بن سهو العتيبي، طبع عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام: ١٤٣٠هـ.
١١٤. **تفسير القرآن الكريم: (سورة البقرة)**، لفضيلة الشيخ العلامة: محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الخامسة: ١٤٤٣هـ.

١١٥. **تفسير القرآن الكريم: (الحجرات، ق، الذاريات، الطور، النجم، القمر، الرحمن، الواقعة، الحديد)؛ لفضيلة الشيخ العلامة: محمد بن صالح العثيمين، دار الثريا، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ.**
١١٦. **تفسير غريب ما في الصحيحين: البخاري ومسلم،** تأليف: محمد بن أبي نصر الحميدي، دراسة وتحقيق: زبيدة محمد سعيد عبد العزيز: لنيل درجة الدكتوراه، منشورات مكتبة السنة بالقاهرة لصاحبها: شرف حجازي، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
١١٧. **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،** تأليف: أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني الشافعي (ت: ٨٥٢ هـ)، علق عليه: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة ودار المشكاة للبحث العلمي، الطبعة الأولى لمؤسسة قرطبة: ١٤١٦ هـ.
١١٨. **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد،** تأليف: الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت: ٤٦٣ هـ)، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، طبعة عام: ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
١١٩. **تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل،** تأليف: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية: (ت: ٧٢٨ هـ)، تحقيق: علي بن محمد العمران ومحمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ.
١٢٠. **تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات تأليف: ابن الحاجب،** تأليف: أبي محمد بن عبد السلام الهواري (ت: ٧٤٩ هـ)، دراسة وتحقيق: مجموعة من الباحثين، دار ابن حزم، مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، الطبعة الأولى: ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٨ م.

١٢١. **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع**، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي المرادوي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، مع حاشية التنقيح للحجاوي وحاشية التنقيح للمرادوي، تحقيق: د. ناصر بن سعود السلامة، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ.
١٢٢. **تهذيب الأسماء واللغات**، تأليف: أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، (ت: ٦٧٦هـ)، إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتب العلمية.
١٢٣. **تهذيب التهذيب**، تأليف: الحافظ أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر شهاب الدين العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، اعتنى به: إبراهيم الزبيق، وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٣٥هـ.
١٢٤. **توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية: (دراسة شرعية لأصول وفروع تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع القضائية والفتوية مع تطبيقات قضائية من أفضية السلف ومحاكم المملكة العربية السعودية)**، تأليف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار ابن فرحون، الطبعة الثانية: ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
١٢٥. **التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية**، تأليف: د. نبيل بن عبد الرحمن الجبرين، دار التدمرية، الطبعة الثانية: ١٤٣٩هـ.
١٢٦. **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**، تأليف: عبد الله بن عبد الرحمن البسام، مكتبة الأسد، الطبعة الخامسة: ١٤٢٣هـ.
١٢٧. **التوضيح في شرح المختصر الفرعي**، تأليف: ابن الحاجب، تأليف: خليل بن اسحاق الجندي المالكي (ت: ٧٧٦هـ)، اعتنى به د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمات التراث، طبعة عام: ١٤٢٩هـ.

١٢٨. **التوقيف على مهمات التعاريف**، تأليف الإمام: عبد الرؤف بن المناوي، (٩٥٢-١٠٣١هـ)، تحقيق: د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

١٢٩. **تيسير التحرير شرح - العلامة الكامل والأستاذ الفاضل: محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخرساني البخاري المكي - على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية**، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي: (ت: ٨٦١هـ)، توزيع: دار الباز.

١٣٠. **تيسير العلام شرح عمدة الأحكام**، تأليف: عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام، مكتبة نزار مصطفى الباز، دار الفكر، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.

١٣١. **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، تأليف: الشيخ العلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي، اعتنى به: سعد بن فواز الصميل، دار ابن الجوزي، الطبعة الثالثة: ١٤٣٣هـ.

١٣٢. **الثقات**، تأليف: الحافظ محمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي (ت: ٣٥٤هـ)، مراقبة: د. محمد عبد المعيد خان مدير دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند، الطبعة الأولى: ١٣٩٣هـ.

١٣٣. **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم**، تأليف: زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين ابن أحمد ابن رجب الحنبلي البغدادي (ت: ٧٩٥هـ)، طباعة: دار المعرفة للطباعة والنشر، توزيع: دار الباز للنشر والتوزيع.

١٣٤. **الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير**، الجامع تأليف: محمد بن الحسن الشيباني، والشرح تأليف الشهير أبي الحسنات عبد الحي

- اللكنوي (ت: ١٣٠٤هـ)، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، بكراتشي باكستان، طبعة عام: ١٤١١هـ.
١٣٥. **الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**، تأليف: محمد بن أبي بكر القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ.
١٣٦. **الجرح والتعديل**، تأليف: الإمام الحافظ أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي (ت: ٣٢٧هـ)، مطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند، دار الكتب العلمية: ١٣٧٢هـ.
١٣٧. **الجواهر المضوية في طبقات الحنفية**، تأليف: محيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي (ت: ٧٧٥هـ)، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الثانية: ١٤١٣هـ.
١٣٨. **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، تأليف: أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني، (ت: ٨٠٠هـ)، مكتبة حقايق، باكستان.
١٣٩. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، تأليف: أبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقارير عليش، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
١٤٠. **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**، جمع الشيخ: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (ت: ١٣٩٢هـ)، الطبعة الثانية عشرة: ١٤٢٩هـ.
١٤١. **حاشية العالم العلامة البحر الحبر الفهامة الشيخ سليمان البجيرمي على شرح منهج الطلاب**، ومعه نفائس ولطائف من تقرير المرصفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، طبعة عام: ١٣٤٥هـ.

١٤٢. حاشيتان على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلي (ت: ٨٦٤هـ) **على منهاج الطالبين، الأولى:** لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري (ت: ١٠٦٩هـ)، الثانية: لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة (ت: ٩٥٧هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة: ١٣٧٥هـ.
١٤٣. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني،** تأليف: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ.
١٤٤. **حجية الظن دراسة تأصيلية تطبيقية،** تأليف: د. عبد الله آل مغيرة، مجلة العلوم الشرعية الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد الخامس والعشرون.
١٤٥. **حجية القرائن في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء)،** تأليف: محمد أحمد ضو الترهوني، منشورات جامعة قازيونس بنغازي، الطبعة الأولى: ١٩٩٣م.
١٤٦. **حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه،** تأليف: د. محمد أحمد أحمد سويلم، وهو من ضمن البحوث المقدمة لمؤتمر القرائن الطيبة المعاصرة وآثارها الفقهية.
١٤٧. **حجية القرائن في الشريعة الإسلامية: (البصمات-القيافة-دلالة الأثر-تحليل الدم)،** تأليف: عدنان عزازية، دار عمار، الطبعة الأولى: ١٩٩٠م.
١٤٨. **الحدود الأنينة والتعريفات الدقيقة،** تأليف: زكريا بن محمد الأنصاري، حقق النص وقدم له: د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى: ١٤١١هـ-١٩٩١م.

١٤٩. **حكم الإثبات بالقرائن والأمارات**، تأليف: د. أحمد بن عبد العزيز الحداد، وهو بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي: ١٤٣٣هـ.

١٥٠. **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، تأليف: سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال (ت: ٣٦٥هـ) حققه وعلق عليه: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة: الأولى: ١٩٨٨م.

١٥١. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تأليف: علي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار عام الكتب، طبعة خاصة: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

١٥٢. **الدرر السننية في الأجوبة النجدية**، مجموعة رسائل ومساءل علماء نجد الأعلام من عصر الشيخ محمد بن عبد الوهاب إلى عصرنا هذا، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الطبعة الخامسة: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٥٣. **الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي**، تأليف: د. عدنان بن محمد بن عتيق الدقيلان، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية: ١٤٣٧هـ.

١٥٤. **دليل الحكام في الوصول إلى دار السلام**، تأليف: الإمام مرعي بن يوسف بن أبي بكر المقدسي الحنبلي (ت: ١٠٣٣هـ)، تحقيق وتعليق: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار التحبير، الطبعة الأولى: ١٤٤٠هـ - ٢٠١٨م.

١٥٥. **دور القرائن والأمارات في الإثبات**، تأليف: د. عوض أبو بكر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر.

١٥٦. **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، تأليف: ابن فرحون المالكي، تحقيق وتعليق: د. محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر.

١٥٧. **ديوان أوس بن حجر**، تحقيق: محمد يوسف نجم، دار بيروت طبعة عام: ١٤٠٠هـ.
١٥٨. **الذخيرة**، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٤٨هـ- ١٢٨٥م)، تحقيق الأستاذ محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٤م.
١٥٩. **الذيل على طبقات الحنابلة**، تأليف: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت: ٧٩٥هـ)، تحقيق وتعليق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ.
١٦٠. **ربح ما لم يضمن (دراسة تأصيلية تطبيقية)**، تأليف: د. مساعد الحقييل، وقفية التحرير، توزيع دار كنوز إشبيليا، الطبعة الثانية: ١٤٣٩هـ.
١٦١. **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، تأليف: محمد أمين الشهير بابن عابدين، مع تكملة لنجل المؤلف وهي: حاشية قره عيون الأختيار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، بموافقة خاصة من دار الكتب العلمية، طبعة خاصة: ١٤٢٣هـ.
١٦٢. **روضة الطالبين**، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة: ١٤١٢هـ.
١٦٣. **روضة القضاة وطريق النجاة**، تأليف: أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني (ت: ٤٩٩هـ)، حققها وقدم لها وترجم لمصنفها: المحامي د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة ودار الفرقان، الطبعة الثانية: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
١٦٤. **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل**، تأليف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

- المقدسي، حقه وعلق عليه: د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة عشرة: ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
١٦٥. **زاد الفقهاء شرح مختصر القدوري**، تأليف: أبي المعالي بهاء الدين محمد بن أحمد الاسييجابي (ت: ٥٩١هـ)، دراسة وتحقيق: د. عيد بن محمد بن حمد الدوسري، رسالة دكتوراه، العام الجامعي: ١٤٣٥هـ.
١٦٦. **زاد المسير في علم التفسير**، تأليف: الإمام جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي (ت: ٥٩٧هـ)، المكتب الاسلامي ودار ابن حزم، الطبعة الأولى الجديدة: ١٤٢٣هـ.
١٦٧. **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تأليف: ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، حقه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة: ١٤١٨هـ.
١٦٨. **سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام**، تأليف: محمد بن اسماعيل الصنعاني، حقه: طارق بن عوض الله بن محمد، دار العاصمة، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.
١٦٩. **السراج الوهاج على متن المنهاج**، شرح العلامة الفاضل: محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة، طبعة عام: ١٣٣٧هـ.
١٧٠. **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة**، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٢٠هـ.
١٧١. **سلطة القاضي التقديرية في اليمين القضائية**، تأليف: د. سعد الخراشي، وهو بحث محكم منشور في العدد الرابع من مجلة القضائية الصادرة عن وزارة العدل في رجب عام: ١٤٣٣هـ.

١٧٢. **سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية**، تأليف: معالي الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار الصمعي للنشر والتوزيع ودار الحضارة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٤٠هـ.

١٧٣. **السنن**، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، حققه: محمد عوامة، دار اليسر، ودار المنهاج، الطبعة الثالثة: ١٤٣١هـ، وطبعة أخرى: السنن، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، ضبط وتصحيح: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ.

١٧٤. **سنن ابن ماجه**، تأليف: أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ(ابن ماجه)، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٢٩هـ.

١٧٥. **سنن الترمذي وهو الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل المعروف بجامع الترمذي**، تأليف: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٢٩هـ.

١٧٦. **سنن الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)**، حققه وعلق عليه: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار المعرفة، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ.

١٧٧. **السنن الصغير**، تأليف: الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، منشورات جامعة الدراسات الإسلامية

- كراتشي - باكستان، اعتنى به: د. عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
١٧٨. **السنن الكبرى**، تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت: ٤٥٨هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤هـ.
١٧٩. **سنن النسائي**، تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الشهرير بالنسائي (ت: ٣٠٣هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الثانية ١٤٢٩هـ.
١٨٠. **سير أعلام النبلاء**، تأليف: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية عشرة: ١٤٣٥هـ.
١٨١. **سير الدعوى القضائية**، تأليف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، طبعة: الجمعية العلمية القضائية السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٤٠هـ.
١٨٢. **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، تأليف: محمد بن محمد بن قاسم مخلوف (ت: ١٣٦٠هـ)، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ.
١٨٣. **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، تأليف: ابن العماد عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي الدمشقي (ت: ١٠٨٩هـ)، إشراف وتخريج: عبد القادر الأرنبوط، تحقيق: محمود الأرنبوط، دار ابن كثير، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ.
١٨٤. **شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك**، تأليف: بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي (ت: ٧٦٩هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، طبعة عام: ١٤٢٨هـ.

١٨٥. **شرح الأشموني المسمى: منهج السالك إلى ألفية ابن مالك**، تأليف: نور الدين علي بن محمد الأشموني (ت: ٩١٨هـ)، تحقيق: أحمد محمد عزوز، المكتبة المصرية، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ.
١٨٦. **شرح التسهيل**، تأليف: ابن مالك: جمال الدين محمد الطائي الجباني الأندلسي: (ت: ٦٧٢هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن السيد ومحمد بدوي مختون، دار هجر، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ -.
١٨٧. **شرح التلقين**، تأليف: أبي محمد بن علي بن عمر التميمي المازري: (ت: ٥٣٦هـ)، تحقيق: سماحة الشيخ محمد الختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٧م.
١٨٨. **شرح تنقيح الفصول من علم الأصول**، تأليف العلامة المحقق: شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي: (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: سعيد بن صالح بن عفيف وحسن بن إبراهيم خلوفة طياش وناصر بن علي الغامدي، وهو مجموعة رسائل تقدم بها الباحثون لنيل درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام: ١٤٢١هـ.
١٨٩. **شرح حدود ابن عرفة الموسوم (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)**، تأليف: محمد الأنصاري الرصاع (ت: ٨٩٤هـ)، تحقيق: محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٣هـ.
١٩٠. **شرح الخرشي**، تأليف: أبي محمد الخرشي (ت: ١١٠١هـ) المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية: ١٣١٧هـ.
١٩١. **شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل - ومعه الفتح الرباني للبناني**، اعتنى به: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

١٩٢. شرح الزركشي على مختصر الخرقى فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: الشيخ شمس الدين محمد بن الزركشى المصرى الحنبلى (ت: ٧٧٢هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
١٩٣. شرح سنن أبى داود، تأليف: شهاب الدين أبى العباس أحمد بن حسين بن على بن رسلان المقدسى الرملى الشافعى، (ت: ٨٤٤هـ)، أشرف عليه وشارك فى تحقيقه: خالد الرباط، بمشاركة الباحثين بدار الفلاح، دار الفلاح للبحث العلمى وتحقيق التراث، الطبعة الأولى: ١٤٣٧هـ.
١٩٤. شرح عماد الرضا ببيان أدب القضا على فتح الرؤوف القادر، تأليف: عبد الرؤوف بن على زين الدين المناوى (ت: ١٠٣١هـ)، حققه: عبد الرحمن عوض بكير، الدار السعودىة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٠٦هـ.
١٩٥. شرح عمدة الأحكام، تأليف: عبد الرحمن بن ناصر السعدى، تحقيق: أنس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن عقيل، الناشر: دار التوحيد للنشر، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ.
١٩٦. شرح القواعد الفقهية، تأليف: الشيخ: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، تنسيق ومراجعة: د. عبد الستار أبو غدة، دار القلم، الطبعة الثانية: ١٤٠٩هـ.
١٩٧. شرح قواعد بن رجب، لفضيلة الشيخ العلامة: محمد بن صالح العثيمين، من إصدارات مؤسسة الشيخ، الطبعة الأولى: ١٤٣٧هـ.
١٩٨. شرح الكافية الشافىة، تأليف: جمال الدين بن محمد بن مالك، دار صادر، الطبعة الثانية: ٢٠١٠م.
١٩٩. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو: المختبر المبتكر شرح المختصر فى أصول الفقه، تأليف: محمد بن أحمد بن عبد العزيز

بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار (ت: ٩٧٢هـ) تحقيق: د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، طبعة عام: ١٤١٣هـ.

٢٠٠. **شرح مختصر الروضة**، تأليف: نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي: (ت: ٧١٦هـ)، تحقيق: د. عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٢٠١. **شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي**، تأليف: أبي بكر الرازي الجصاص (ت: ٣٧٠هـ)، اعتنى به: أ.د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

٢٠٢. **شرح مشكل الآثار**، تأليف: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي: (ت: ٣٢١هـ)، حققه واعتنى به: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.

٢٠٣. **شرح معاني الآثار**، تأليف: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي: (ت: ٣٢١هـ)، حققه وقدم له وعلق عليه: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وفهرسه: د. يوسف بن عبد الرحمن المرعشلي، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ.

٢٠٤. **شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، تأليف: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الرسالة العالمية، الطبعة الثالثة: ١٤٣٦هـ.

٢٠٥. **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل**، تأليف: الشيخ محمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٠٤هـ.

٢٠٦. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تأليف: المنجور أحمد بن علي المنجور (ت: ٩٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد أمين، دار الشنقيطي.

٢٠٧. الشعر والشعراء، تأليف: أبي محمد بن مسلم بن قتيبة الدينوري (ت: ٢٧٦هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، طبعة عام: ١٤٢٣هـ.

٢٠٨. صحيح ابن خزيمة، وهو: مختصر المختصر من المسند الصحيح عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تأليف: أبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري (ت: ٣١١هـ)، تحقيق ودراسة: مركز البحوث وتقنية المعلومات دار التأصيل، الطبعة الأولى: ١٤٣٥هـ.

٢٠٩. صحيح البخاري، وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، تأليف: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، خرج أحاديثه وعلق عليه: عز الدين ضلي، وعماد الطيار، وياسر حسن، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الجديدة: ١٤٣٣هـ.

٢١٠. صحيح سنن ابن ماجه، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٢١١. صحيح سنن أبي داود، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية للطبعة الجديدة: ١٤٢١هـ.

٢١٢. صحيح سنن الترمذي، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية للطبعة الجديدة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٢١٣. **صحيح سنن النسائي**، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
٢١٤. **صحيح مسلم المسمى الجامع الصحيح**، تأليف: أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، اعتنى به: هيثم خليفة الطعيمي، المكتبة العصرية، طبعة عام: ١٤٢٤هـ.
٢١٥. **صحيح مسلم بشرح الإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي** (ت: ٦٧٦هـ) **المسمى المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، حققه: موفق مرعي، دار الفيحاء - دار السلام، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
٢١٦. **الصورية في المعاوضات المالية: دراسة فقهية**، تأليف: عبد الحكيم بن مزروع المزروع، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى: ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
٢١٧. **ضمان العارية؛ لراشد بن فهد آل حفيظ**، وهو بحث منشور في مجلة العدل لشهر شوال عام: ١٤٢٥هـ.
٢١٨. **ضوابط يعرف بها المكلف بالإثبات**، د. عبد الرحمن بن يوسف اللحيidan، منشور إلكترونيًا من قبل جمعية قضاء في عام: ١٤٤٤هـ.
٢١٩. **طبقات الشافعية**، تأليف: عبد الرحيم الأسنوي (جمال الدين) (ت: ٧٧٢هـ)، كمال يوسف الحوت مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، دار الكتب العلمية، طبعة عام ١٤٢٣هـ.
٢٢٠. **طبقات الشافعية الكبرى**، تأليف: تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء الكتب العربية، طبعة عام: ١٣٨٣هـ.

٢٢١. **طبقات الشافعية**، تأليف: عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير (ت: ٧٧٦هـ، تحقيق: عبد الحفيظ منصور، دار المدار الإسلامي، الطبعة الأولى: ٢٠٠٤م).

٢٢٢. **طرق الإثبات الشرعية: (مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم المقارنة بالقانون ومعلقاً عليه بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض)**، بقلم الشيخ: أحمد إبراهيم بك وواصل علاء أحمد إبراهيم، يطلب من المكتبة الأزهرية للتراث، الطبعة الرابعة: ٢٠٠٣م.

٢٢٣. **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق**، تأليف: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، دراسة وتحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ.

٢٢٤. **العدة في أصول الفقه**، تأليف: القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي (ت: ٤٥٨هـ)، حققه وعلق عليه: د. أحمد بن علي سير المباركي، الطبعة الثالثة: ١٤١٤هـ.

٢٢٥. **العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء (دراسة تأصيلية تطبيقية)**، تأليف: د. عاصم المطوع، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٣٩هـ.

٢٢٦. **العرف: حجته- وأثره في فقه المعاملات عند الحنابلة (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية)**، تأليف: عادل بن عبد القادر ولي قوته، المكتبة المكية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.

٢٢٧. **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، تأليف: أحمد فهمي أبو سنة، تاريخ النشر: ٢٠٠٤م، الناشر: دار البصائر للطباعة والنشر والتوزيع، وطبعة أخرى: مطبعة الأزهر عام: ١٩٤٨م.

٢٢٨. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، تأليف: جلال الدين بن نجم بن شاس: (ت: ٦١٦هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.
٢٢٩. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تأليف الإمام محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: د. نايف بن أحمد الحمد، دار التدمرية، الطبعة الثالثة: ١٤٣٥هـ.
٢٣٠. **الطرق الحكمية في القرائن كوسيلة إثبات شرعية**، تأليف: د. حسن بن محمد سفر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.
٢٣١. **العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، تأليف: الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت: ٦٢٣هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.
٢٣٢. **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية في الفقه الحنفي**، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بـ (ابن عابدين) (ت: ١٢٥٢هـ)، اعتنى به: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ٢٠٠٨م.
٢٣٣. **العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي**، تأليف: منيب محمود شاكر، دار النفائس، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
٢٣٤. **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، تأليف: أبي الطيب شمس الحق العظيم آبادي، ومعه شرح الإمام الحافظ: شمس الدين ابن قيم الجوزية، ضبطها وصححها: محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: ٢٠٠٩م.
٢٣٥. **العين**، تأليف: أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي: (ت: ١٧٥هـ)، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

٢٣٦. **غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى**، تأليف: الفقيه العلامة الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي، تحقيق: محمد زهير الشاويش، باهتمام قاسم بن درويش فخرو، منشورات مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر.

٢٣٧. **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي**، تأليف: أ. د. الصديق محمد الأمين الضيرير، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤١٦هـ.

٢٣٨. **غريب الحديث**، تأليف: الشيخ الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن الجوزي (ت: ٥٩٧هـ)، اعتنى به وعلق عليه: د. عبد المعطي أمين قلعجي، دار الكتب العلمية، طبعة عام: ١٤٢٥هـ.

٢٣٩. **غريب الحديث**، تأليف: أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي (ت: ٢٢٤هـ)، تحقيق: د. حسين محمد محمد شرف، راجعه الأستاذ: محمد بن عبد الغني حسن، طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، عام: ١٤٠٤هـ.

٢٤٠. **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم**، تأليف: أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٠٥هـ.

٢٤١. **الفتاوى الكبرى**، تأليف: تقي الدين ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، اعتنى به: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ.

٢٤٢. **الفتاوى الهندية المعرفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، تأليف: مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ.

٢٤٣. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تأليف: الحافظ: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، دار السلام، ودار الفيحاء، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٤٤. فتح القدير، تأليف: الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، مع تكميلته نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زاده، وبهامشه شرح العناية على الهداية تأليف: البابر تي، وحاشية سعدي جلبي على شرح العناية المذكور وعلى الهداية، المطبعة الكبرى ببولاق مصر، الطبعة الأولى: ١٣١٧هـ.

٢٤٥. الفتح المبين في طبقات الأصوليين، تأليف: مصطفى المراغي، قام بنشره: محمد علي عثمان، مطبعة أنصار السنة المحمدية، طبعة عام: ١٣٦٦هـ.

٢٤٦. فتوح البلدان، تأليف: الإمام أبي العباس أحمد بن يحيى بن جابر البلاذري (ت: ٢٧٩هـ)، حققه وشرحه وعلق على حواشيه وأعد فهرسه وقدم له: أنيس الطباع وعمر أنيس الطباع، مؤسسة المعارف، للطباعة والنشر، طبعة: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٢٤٧. الفروع، تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، وحاشية ابن قندس، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ودار المؤيد، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ.

٢٤٨. الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواع الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، لأحمد ابن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، والحاشية تأليف: ابن الشاط، طبعة وزارة الأوقاف

- الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، طبعة عام: ١٤٣١هـ.
٢٤٩. **الفقه الإسلامي وأدلته: (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها)**، تأليف: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الثانية: ١٤٠٥هـ.
٢٥٠. **فقه القضاء وطرق الإثبات في الشريعة الإسلامية**، تأليف: د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، الطبعة الأولى: ١٤٤١هـ.
٢٥١. **الفقيه والمتفقه**، تأليف: المؤرخ: أبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي: (ت: ٤٦٢هـ)، حققه: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.
٢٥٢. **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، تأليف: العلامة أبي الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي، اعتنى به: السيد محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار الكتاب الإسلامي.
٢٥٣. **الفوائد السنية في شرح الألفية**، تأليف الحافظ البرماوي: شمس الدين محمد بن عبد الدائم: (ت: ٨٣١هـ)، تحقيق الشيخ: رمضان موسى، مكتبة دار النصيحة، الناشر: مكتبة التوعية الإسلامية للتحقيق والنشر والبحث العلمي، الطبعة الأولى: ١٤٣٦هـ.
٢٥٤. **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، تأليف: العلامة الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي: (ت: ١١٢٦هـ)، ضبطه وصححه وخرَّج أحاديثه: الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٢٥٥. **قاعدة: العادة محكمة (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية)**، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية: ١٤٣٣هـ.

٢٥٦. قاعدة: اليقين لا يزول بالشك (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية)، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ.
٢٥٧. القاموس الفقهي، تأليف: د. سعدي أبو جيب، دار الفكر، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ (نسخة إلكترونية).
٢٥٨. القاموس المحيط، تأليف: العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة: ١٤٢٦هـ.
٢٥٩. القبض الحقيقي والحكمي: قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي، تأليف: فضيلة د. نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة، العدد السادس، المجلد الأول: ١٤١٠هـ.
٢٦٠. القرائن المادية المعاصرة وأثرها في الإثبات، تأليف: د. زيد بن إبراهيم آل قرون، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى: ١٤٣٩هـ.
٢٦١. القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، تأليف: فضيلة الشيخ: أ. د. صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ.
٢٦٢. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ذو الرقم: (١٩٤ / ٩ / ٢٠) في الدورة العشرين عام: ١٤٣٣هـ.
٢٦٣. القضاء بالقرائن المعاصرة، تأليف: د. عبد الله بن سليمان بن محمد العجلان، طبعة جامعة الإمام، الطبعة الأولى عام: ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٢٦٤. القضاء بالقرائن عند ابن قيم الجوزية من كتابه: «الطرق الحكمية»، تأليف: عبد المجيد بن محمد السبيل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى: ١٤٣٨هـ.

٢٦٥. **القطع والظن عند الأصوليين**، تأليف: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشري، دار الحبيب.
٢٦٦. **القواعد**، تأليف: أبي محمد بن محمد بن أحمد المقري (ت: ٧٥٨هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبد الله بن حميد، طبعة جامعة أم القرى.
٢٦٧. **القواعد**، تأليف: أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني: (ت: ٨٢٩هـ)، دراسة وتحقيق: د. عبد الرحمن الشعلان وجبريل البصيلي، مكتبة الرشد وشركة الرياض، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٢٦٨. **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تأليف: أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي: (ت: ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة عام: ١٤١١هـ - ١٩٩١م، وطبعة أخرى: القواعد الكبرى الموسوم بـ: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تأليف: سلطان العلماء عز عبد العزيز بن عبد السلام: (ت: ٦٦٠هـ)، تحقيق د. نزيه كمال حماد ود. عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، الطبعة الخامسة: ١٤٣٦هـ.
٢٦٩. **القواعد الفقهية**، تأليف: د. عبد العزيز محمد عزام، دار الحديث، طبعة عام: ١٤٢٦هـ.
٢٧٠. **القواعد الفقهية**، تأليف: علي أحمد الندوي، دار القلم، الطبعة الثالثة: ١٤١٤هـ.
٢٧١. **القواعد الفقهية**، تأليف: د. يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد وشركة الرياض للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٢٧٢. **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**، تأليف: أ. د. محمد بكر إسماعيل، دار المنان، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٢٧٣. **القواعد الفقهية في القرآن الكريم**، تأليف: د. أحمد الضويحي، وهو بحث نشر عام: ١٤٢٦هـ، ضمن مجموع بحوث لم أستطع التعرف عليه، وقد ذكر في فهرس الإنتاج العلمي لأعضاء هيئة التدريس بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض برقم: (١٠٨).
٢٧٤. **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين**، تأليف: أبي عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، دار ابن القيم ودار ابن عفان، الطبعة الثانية: ١٤٣١هـ.
٢٧٥. **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**، تأليف: د. صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.
٢٧٦. **القواعد الفقهية المشتملة على الترجيح**، تأليف: د. عبد الرحمن بن عزاز آل عزاز، الجمعية الفقهية السعودية ودار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى: ١٤٣٨هـ.
٢٧٧. **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، تأليف: د. محمد الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ.
٢٧٨. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، تأليف: أ. د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، الطبعة الثانية: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٢٧٩. **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة التيسير**، تأليف: د. عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، وهو رسالة دكتوراه، صدرت برقم: (٤٨) عن عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.
٢٨٠. **القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن القيم في فقه الأسرة**، تأليف: الطالب: فؤاد صدقة مرداد، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، العام الجامعي: ١٤٢٨هـ - ١٤٢٩هـ.

٢٨١. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، ضمن مجموع مؤلفات الشيخ العلامة: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، دار الميمان، الطبعة الثانية: ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٢٨٢. القول الباهر في تعارض الأصل والظاهر، تأليف: د. خالد بن سليم الشراري، وهو بحث منشور في العدد الخامس والخمسين بعد المائة من مجلة الجامعة الإسلامية.
٢٨٣. القول لمن في المدعي والمدعى عليه، ليوסף بن جنيد (ت: ٩٠٥هـ)، تحقيق ودراسة: د. عبد العزيز بن فهد بن داود، وهو بحث منشور في العدد العشرين من مجلة قضاء في شهر محرم من عام: ١٤٤٢هـ.
٢٨٤. الكافي، لموفق الدين أبي محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والإعلان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٢٨٥. الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، تأليف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار ابن فرحون، الطبعة الخامسة: ١٤٣٣هـ.
٢٨٦. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تأليف: أبي عمر يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: د. محمد أحمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى: ١٣٩٨هـ.
٢٨٧. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، للباحث العلامة: محمد بن علي التهانوي، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناتي، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى: ١٩٩٦م.
٢٨٨. كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، طبعة عام: ١٤٠٣هـ.

٢٨٩. **كشف الأسرار عن أصول الإسلام البزدوي**، تأليف: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري: (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب العربي.
٢٩٠. **الكليات؛ معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، تأليف: أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت: ١٠٩٤هـ)، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية: ١٤١٨هـ.
٢٩١. **اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية**، الصادرة بقرار وزير العدل ذي الرقم: (٣٩٩)، وتاريخ: ١٩ / ٥ / ١٤٣٥هـ.
٢٩٢. **اللباب في شرح الكتاب**، تأليف: الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اعتنى به: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية.
٢٩٣. **لسان العرب**، تأليف: العلامة أي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر، الطبعة السابعة: ٢٠١١م.
٢٩٤. **اللمع في أصول الفقه**، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي، حقق وعلق عليه: أبو أويس الكردي، دار العلوم والحكم، الطبعة الأولى: ١٤٣٢هـ.
٢٩٥. **المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامية بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام: ١٣٩١هـ إلى عام: ١٤٣٧هـ**، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٣٨هـ.
٢٩٦. **المبدع في شرح المقنع**، تأليف: أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٢٩٧. **المبسوط**، تأليف: شمس الدين السرخسي، صححه: جمع من أهل العلم، دار المعرفة.
٢٩٨. **مجامع الحقائق**، تأليف: محمد بن محمد الخادمي، طبع عام ١٣١٨هـ.

٢٩٩. **مجلة الأحكام العدلية**، وهي تحتوي على القوانين الشرعية والأحكام العدلية المطابقة للكتب الفقهية حررتها لجنة مؤلفة من العلماء المحققين والفهاء المدققين وبعد أن وقعت لدى الباب العالي موقع الاستحسان تعلقت الإرادة السنية بأن تكون دستوراً للعمل بها، طبعت في بيروت بالمطبعة الأدبية سنة ١٣٠٢هـ.

٣٠٠. **مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف بالدقهلية بجامعة الأزهر**، المجلد: (٢١)، العدد: (٤)، عام: ٢٠١٩م.

٣٠١. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، تأليف: محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي (ت: ١٠٧٨هـ)، وبهامشه شرح بدر المتقى في شرح الملتقى، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، طبعة عام: ١٤٢٨هـ.

٣٠٢. **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تأليف: نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي المصري (ت: ٨٠٧هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.

٣٠٣. **مجموعة الأحكام القضائية لعام: ١٤٣٥هـ**، الصادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.

٣٠٤. **المجموع شرح المهذب للشيرازي معه تكملته**، تأليف: أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي وتقي الدين السبكي، تحقيق وإكمال: نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد.

٣٠٥. **مجموع مؤلفات الشيخ العلامة: عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت: ١٣٧٦هـ)**، إشراف ومتابعة وتنسيق: محمد السعدي ومساعد السعدي وسليمان الميمان وأيمن بن عبد الرحمن الحنيح، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٣٦هـ.

٣٠٦. **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، وساعده ابنه: محمد، طباعة ورثة عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.

٣٠٧. **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، تأليف: الحافظ الأصولي: أبي سعيد خليل بن كيكلدي العلالي الشافعي: (ت: ٧٦١هـ)، تحقيق ودراسة: د. محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن الشريف، الإدارة العامة للإفتاء والبحوث الشرعية بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ.

٣٠٨. **المحرر في الحديث**، تأليف: الإمام الحافظ محمد بن أحمد الجماعيلي الصالحي الشهير: بابن عبد الهادي، تحقيق: عادل الهدبا ومحمد علوش، دار العطاء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.

٣٠٩. **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تأليف: الشيخ الإمام مجد الدين أبي البركات (ت: ٦٥٢هـ)، ومعه النكت والفوائد السنية تأليف: ابن مفلح، مطبعة السنة المحمدية، طبعة عام: ١٣٦٩هـ.

٣١٠. **المحصول في أصول الفقه**، تأليف: الأصول النظار المفسر: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن الرازي: (ت: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية: ١٤١٢هـ.

٣١١. **المحلى بالآثار**، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت: ٤٥٦هـ)، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ.

٣١٢. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة**، تأليف: برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري

- الحنفي (ت: ٦١٦هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ.
٣١٣. **مختصر اختلاف العلماء**، تأليف: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، اختصار: أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق: د. نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ.
٣١٤. **المختصر الفقهي**، تأليف: محمد بن عرفة الورغمي التونسي (ت: ٨٠٣هـ)، اعتنى به: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مسجد الفاروق عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، الطبعة الأولى: ١٤٣٥هـ.
٣١٥. **المدخل إلى فقه المعاملات المالية: المال / الملكية / العقد**، ل: أ. د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، الطبعة الثانية: ١٤٣٠هـ - ٢٠١٠م.
٣١٦. **المدخل إلى مذهب الإمام الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، تأليف: د. أكرم يوسف عمر القواسمي، دار النفائس، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.
٣١٧. **المدخل الفقهي العام**، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، الطبعة الثانية: ١٤٢٥هـ.
٣١٨. **المدونة الكبرى**، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس (ت: ١٧٩هـ)، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية.
٣١٩. **المذهب الحنفي (مراحل - طبقاته - ضوابطه ومصطلحاته - خصائصه ومؤلفاته)**، تأليف: أحمد بن محمد نصير الدين النقيب، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.

٣٢٠. المذهب الشافعي (دراسة عن أهم مصطلحاته وأشهر مصنفاته ومراتب الترجيح فيه)، تأليف: محمد طارق محمد هشام مغربية، الفاروق للطباعة والنشر والتوزيع، والخرقي: الطبعة الأولى: ١٤٣٢هـ.
٣٢١. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، تأليف: الحافظ ابن حزم الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، ويليه نقد مراتب الإجماع تأليف: ابن تيمية، بعناية: حسن أحمد إسبر، دار ابن حزم، الطبعة الثانية: ١٤٣٥هـ.
٣٢٢. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، تأليف: علي بن سلطان محمد القاري، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه وصنف فهارسه: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، طبعة عام: ١٤١٤هـ.
٣٢٣. المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية، رسالة دكتوراه، تأليف: الطالب: خالد بن عبد الرحمن العسكر، الفصل الثاني: ١٤٣٠هـ.
٣٢٤. المستدرك على الصحيحين، تأليف: الحافظ: أبي محمد بن الحاكم النيسابوري، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: ١٤٢٢هـ.
٣٢٥. المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
٣٢٦. المستصفي من على الأصول، تأليف: الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، دراسة وتحقيق: د. / حمزة بن زهير حافظ.
٣٢٧. المستوعب، تأليف: الشيخ الإمام نصير الدين محمد السامري الحنبلي (ت: ٦١٦هـ)، دراسة وتحقيق: أ.د. عبد الملك بن دهيش، الطبعة الثانية: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣٢٨. مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، بيت الأفكار الدولية، الطبعة الخامسة: ١٩٩٨م.

٣٢٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ.

٣٣٠. مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ.

٣٣١. مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأقواله على أبواب العلم، تأليف: عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي الشافعي، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: إمام محمد إمام، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الطبعة الأولى: ١٤٣٠هـ.

٣٣٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تأليف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، مكتبة لبنان، طبعة عام: ١٩٨٧م.

٣٣٣. المصنف، تأليف: ابن أبي شيبة (ت: ٢٣٥هـ)، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ.

٣٣٤. المصنف، تأليف: أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت: ٢١١هـ)، ومعه كتاب الجامع تأليف: معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني، حققه وعلق عليه: الشيخ المحدث حبيب الرحمن الأعظمي، توزيع المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤٠٣هـ.

٣٣٥. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: الفقيه العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحباني، ومعه التجريد للشطي، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق.

٣٣٦. المطلع على أبواب المقنع، تأليف: محمد بن أبي الفتح البجلي (ت: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، مطبوع بهامش المقنع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ.

٣٣٧. **معاني القرآن وإعرابه**، تأليف: الزجاج أبي إسحاق إبراهيم بن السري (ت: ٣١١)، شرح وتحقيق: د. عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ.

٣٣٨. **معجم الأدباء: إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب**، تأليف: ياقوت الحموي، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٣م.

٣٣٩. **معالم السنن**، تأليف: أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي: (ت: ٣٨٨هـ)، طبعه وصححه: محمد راغب الطباخ في مطبعته العلمية بحلب، الطبعة الأولى: ١٣٥٢هـ.

٣٤٠. **المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة**، تأليف: ديبان بن محمد الديان، الطبعة الثانية: ١٤٣٤هـ.

٣٤١. **المعتمد في الفقه الشافعي**، تأليف: أ. د. محمد الزحيلي، دار القلم، الطبعة الثالثة: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٣٤٢. **المعجم الأوسط**، تأليف: أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (ت: ٣٦٠هـ)، قسم التحقيق بدار الحرمين وطارق بن عوض الله بن محمد وعبد الرحمن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٣٤٣. **معجم البلدان**، تأليف الإمام: شهاب الدين ياقوت الحموي، دار صادر، الطبعة التاسعة: ١٤٣٦هـ.

٣٤٤. **معجم تراجم الشعراء الكبير**، تأليف: د. يحيى مراد، دار الحديث، طبعة عام: ١٤٢٧هـ.

٣٤٥. **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، تأليف: د. نزيه حماد، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ.

٣٤٦. **معجم لغة الفقهاء**، تأليف: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٠٨ هـ (نسخة إلكترونية).

٣٤٧. **معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية**، طبع على نفقة مؤسسة الأمير زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الطبعة الأولى: ١٤٣٤ هـ.

٣٤٨. **معونة أولى النهى شرح المنتهى**، تأليف: الإمام محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلى (ت: ٩٧٢ هـ)، دراسة وتحقيق: أ.د. عبد الملك بن دهيش، توزيع مكتبة الأسدى، الطبعة الخامسة: ١٤٢٩ هـ.

٣٤٩. **المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب**، تأليف: أبى العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: (ت: ٩١٤ هـ)، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجى، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية ودار الغرب الإسلامى، طبعة: ١٤٠١ هـ.

٣٥٠. **المغنى**، تأليف: موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى (ت: ٦٢٠ هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، طبعة عام: ١٤٣٦ هـ.

٣٥١. **مغنى ذوى الأفهام عن الكتب الكثيرة فى الأحكام على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، تأليف: الإمام العلامة جمال الدين يوسف بن الحسين بن عبد الهادى (ت: ٩٠٩ هـ)، اعتنى به: أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، مكتبة دار طبرية ومكتبة أضواء السلف، الطبعة الأولى: ١٤١٦ هـ.

٣٥٢. **مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج**، تأليف: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربىنى (ت: ٩٧٧ هـ)، دراسة وتحقيق:

- الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، طبعة عام ١٤٢١هـ.
٣٥٣. **المفصل في القواعد الفقهية**، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، دار التدمرية، الطبعة الرابعة: ١٤٣٥هـ.
٣٥٤. **مقارنة المذاهب في الفقه**، عمل الأستاذين: الشيخ محمود محمد شلتوت والشيخ محمد علي السائس، دار المعارف بمصر، طبعة عام: ١٩٨٦م.
٣٥٥. **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد**، تأليف: الإمام برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح (ت: ٨٨٤هـ)، تحقيق وتعليق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ.
٣٥٦. **المقنع**، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، والشرح الكبير، تأليف: شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت: ٦٨٢هـ)، ومعهما: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.
٣٥٧. **المقاييس في اللغة**، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، طبعة عام: ١٣٩٩هـ.
٣٥٨. **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، تأليف: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، طبعة عام: ١٩٩٦م.

٣٥٩. **الممتع في القواعد الفقهية**، تأليف: د. مسلم بن محمد بن ماجد الدوسري، دار زدني، الطبعة الثانية: ١٤٢٨ هـ.

٣٦٠. **منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تأليف: الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان (ت: ١٣٥٣ هـ)، خرج أحاديثه: فريد الجندي، دار الحديث، طبعة عام: ١٤٢٢ هـ.

٣٦١. **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، تأليف: أبي لحسن علي بن سعيد الرجرجي (ت بعد: ٦٣٣ هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي، مركز التراث الثقافي المغربي ودار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٨ هـ.

٣٦٢. **المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس**، تأليف: القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي (ت: ٤٩٤ هـ)، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى: ١٣٣٢ هـ، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

٣٦٣. **المنثور في القواعد**، تأليف: أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر المعروف بالزرركشي (ت: ٧٩٤ هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.

٣٦٤. **المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد**، تأليف: الإمام مجير الدين أبي اليمن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن العليمي المقدسي الحنبلي (ت: ٩٢٨ هـ)، أشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: عبد القادر الأرئووط، دار صادر، الطبعة الأولى: ١٩٩٧ م.

٣٦٥. **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي: (ت: ٤٧٦ هـ)، تحقيق وتعليق وشرح وبيان الراجح في المذهب بقلم: د. محمد الزحيلي، دار القلم ودار الشامية، الطبعة الأولى: ١٤١٢ هـ.

٣٦٦. **الموافقات في أصول الشريعة**، تأليف: أبي إسحاق الشاطبي وهو إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت: ٧٩٠هـ)، اعتنى به: الشيخ إبراهيم رمضان، دار المعرفة، الطبعة السابعة: ١٤٣١هـ.

٣٦٧. **موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر**، تأليف: الحافظ: علي بن أحمد بن حجر العسقلاني: (ت: ٨٥٠هـ)، حققه وعلق عليه: حمدي عبد المجيد السلفي وصبحي سيد جاسم السامرائي، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ.

٣٦٨. **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، تأليف: أبي محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (ت: ٩٥٤هـ)، بتعليق الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي يعقوبي الشنقيطي، تصحيح وتحقيق ونشر: دار الرضوان للنشر، الطبعة المحققة الأولى: ١٤٣١هـ، وطبعة أخرى بهامشها: التاج والإكليل تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب.

٣٦٩. **مواهب الخلاق على شرح التاودي على لامية الزقاق المسماة: تحفة الحكام بمسائل التداعي والأحكام**، تأليف: أبي الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث، الطبعة الأولى: ٢٠٠٨م.

٣٧٠. **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، وهي مجموع رسائل دكتوراه في الفقه من قسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية بجامعة الملك سعود؛ لمجموعة من الباحثين، دار الهدى النبوي ودار الفضيلة، الطبعة الأولى: ١٤٣٥هـ.

٣٧١. **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الثانية: ١٤٠٧هـ.

٣٧٢. **موسوعة القواعد الفقهية**، تأليف: د. محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، الرسالة العالمية، الطبعة الثالثة: ١٤٣٦هـ.

٣٧٣. **موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة**، تأليف: عطية عدلان عطية رمضان، دار الإيمان.

٣٧٤. **موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي**، تأليف: د. علي أحمد الندوي، دار التأصيل وأمانة الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، طبعة عام: ١٤١٩هـ.

٣٧٥. **موطأ الإمام مالك (ت: ١٧٩هـ)**، تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي، طبع مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الإنسانية والخيرية، طبعة عام: ١٤٢٥هـ.

٣٧٦. **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت: ٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة.

٣٧٧. **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تأليف: العلامة جمال الدين أبي عبد الله محمد بن يوسف الزيلعي الحنفي (ت: ٧٦٢هـ)، مع حاشية بغية الألمي، اعتنى به: المجلس العلمي ومحمد عوامه، دار القبلة للثقافة الإسلامية، مؤسسة الريان، المكتبة المكية.

٣٧٨. **نظام الإثبات**، الموافق عليه بالمرسوم الملكي ذي الرقم: (م/ ٤٣)، والتاريخ: ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣هـ.

٣٧٩. **النظام القضائي في الفقه الإسلامي**، تأليف: محمد رأفت عثمان، دار البيان، الطبعة الثانية: ١٤١٥ هـ (نسخة إلكترونية).
٣٨٠. **نظام المعاملات المدنية**، الموافق عليه بالمرسوم الملكي ذي الرقم: (م/ ١٩١)، وتاريخ: ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤ هـ.
٣٨١. **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، للأستاذ: عبد السلام العسري، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، عام: ١٤١٧ هـ.
٣٨٢. **نظرية الأصل والظاهر**، في الفقه الإسلامي، تأليف: محمد سماعي الجزائري، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٦ هـ.
٣٨٣. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**، تأليف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي الشهير بالشافعي الصغير (ت: ١٠٠٤ هـ)، ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية الرشيدي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤ هـ.
٣٨٤. **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تأليف: مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦ هـ)، تحقيق: الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، الطبعة الخامسة: ١٤٣٥ هـ.
٣٨٥. **نهاية المطلب في دراية المذهب**، تأليف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت: ٤٧٨ هـ)، حققه: أ.د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى: ١٤٢٨ هـ.
٣٨٦. **نهاية الوصول في دراية الأصول**، تأليف: صفى الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (ت: ٧٢٥ هـ)، وأصل هذا الكتاب رسالتا دكتوراه من جامعة الإمام بالرياض تحقيق: د. صالح بن سليمان اليوسف ود. سعد بن سالم السويح، المكتبة التجارية بمكة المكرمة.

٣٨٧. **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، تأليف: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني (ت: ٣٨٦هـ)، تحقيق الأستاذ محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٩م.

٣٨٨. **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، لأحمد بابا التنبكتي (ت: ١٠٣٦هـ)، عناية وتقديم: د. عبد الحميد الهرامة، دار الكاتب، الطبعة الثانية: ٢٠٠٠م.

٣٨٩. **نيل الأوطار من أسرار متقى الأخبار**، تأليف: الإمام محمد بن علي الشوكاني، حققه وعلق عليه: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية: ١٤٣٤هـ.

٣٩٠. **الهداية شرح بداية المبتدي**، تأليف: برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ)، مع شرح اللكنوي، اعتنى به: نعيم أشرف نور أحمد، من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.

٣٩١. **الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني**، تأليف: الشيخ الإمام أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني: (ت: ٥١٠هـ)، اعتنى به: د. عبد اللطيف هميم ود. ماهر ياسين الفحل، شركة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ.

٣٩٢. **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، تأليف: الشيخ د. محمد صدقي بن أحمد البورنو أبي الحارث الغزي، الرسالة العالمية، الطبعة الرابعة: ١٤١٦هـ.

٣٩٣. **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، تأليف: د. محمد مصطفى الزحيلي، دار البيان، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى: ١٤٠٢هـ.

٣٩٤. **الوسيط في المذهب**، تأليف: حجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، وبهامشه التنقيح للنووي، وشرح مشكل الوسيط تأليف: ابن الصلاح، وشرح مشكلات الوسيط للحموي، وتعليقة تأليف: ابن أبي الدم، حققه: محمد محمد تامر، دار السلام، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.

٣٩٥. **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، تأليف: أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (ت: ٦٨١هـ)، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر، طبعة عام: ١٣٩٨هـ.

فهرس الموضوعات



| | |
|----|--|
| ٥ | مقدمة الجمعية |
| ٧ | المقدمة |
| ١٣ | التمهيد |
| ١٥ | المبحث الأول: التعريف بعنوان البحث |
| ١٦ | المطلب الأول: التعريف بمفردات عنوان البحث |
| ٣٦ | المطلب الثاني: التعريف بالعنوان كمركب إضافي |
| ٣٧ | المبحث الثاني: أقسام القرائن |
| ٣٨ | المطلب الأول: أقسام القرائن باعتبار مصدرها |
| ٤٧ | المطلب الثاني: أقسام القرائن باعتبار علاقتها بمدلولها |
| ٤٩ | المطلب الثالث: أقسام القرائن باعتبار قوة دلالتها |
| ٥٣ | المبحث الثالث: الاكتفاء بالقرائن في الإثبات |
| ٦١ | المبحث الرابع: سلطة القاضي في اعتبار القرينة |
| | المطلب الأول: وجود أمر ظاهر معروف يصلح أساساً يعتمد عليه |
| ٦٤ | |
| ٦٥ | المطلب الثاني: وجود علاقة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي |
| ٦٦ | المطلب الثالث: قوة العلاقة بين الأمر الظاهر وما يؤخذ منه |
| ٦٨ | المطلب الرابع: أن لا يعارض هذه القرينة دليل أقوى منها |
| | المطلب الخامس: الأمانة والقوة فيمن يقوم بالتجارب والتحليل التي تنتج عنها قرائن |
| ٧٠ | |
| ٧١ | المطلب السادس: مراعاة أصول المواهمة |

- المطلب السابع: أن يكون المرجع في تقديرها إلى الحاكم أو من له علم بالقرائن كالفقيه ٧٣
- المطلب الثامن: أن لا يكون مجال إثباتها فيما يدرأ بالشبهات ٧٥
- المطلب التاسع: عدم التوسع في الأخذ بالقرائن، بل تؤخذ حين الحاجة إليها بعدم وجود بينات أخرى كافية أو مقنعة ٧٦
- المطلب العاشر: أن يكون اعتبار القرينة بعد النظر في الأقوال والأدلة، والترجيح بينها ٧٧
- المبحث الخامس: تعارض القرائن ٧٩**
- المطلب الأول: التعارض: ٨٢
- المطلب الثاني: صور تعارض الأصل والظاهر: ٨٥

الباب الأول: أثر القرائن المتعلقة بالأصل ١١٧

- الفصل الأول: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) ١١٩**
- التمهيد ١٢١**
- المطلب الأول: معنى القرينة ١٢٢
- المطلب الثاني: صيغ القرينة ١٢٦
- المطلب الثالث: أركان القرينة ١٢٩
- المطلب الرابع: شروط القرينة ١٣٠
- المطلب الخامس: المستند الشرعي للقرينة ١٣٢
- المبحث الأول: اختلاف البائع والمشتري في صفة المبيع أو تغييره .. ١٣٩**
- المبحث الثاني: اختلاف المسلم والمسلم إليه في مكان التسليم ١٥٥**
- المبحث الثالث: اختلاف الدائن والمدين في الدعوى على غائب وحاضر مع الإنكار ١٦٣**

| | |
|---|-----|
| المبحث الرابع: الاختلاف مع القيم؛ وهو الملاح في التفريط..... | ١٦٧ |
| المبحث الخامس: اختلاف المعير والمستعير فيما ذهبت به أجزاء العين المعارة..... | ١٧١ |
| المبحث السادس: اختلاف رب البهيمة والمودع في قدر مدة الإنفاق..... | ١٧٩ |
| المبحث السابع: اختلاف الجاعل والعامل في قدر الجعل أو المسافة..... | ١٨٥ |
| المبحث الثامن: اختلاف مالك اللقطة وملقطها في سبب أخذها.... | ١٩٥ |
| المبحث التاسع: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي..... | ٢٠٥ |
| المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية:..... | ٢٠٦ |
| المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية:..... | ٢٠٨ |
| المطلب الثالث: أثر قرينة: (الأصل براءة الذمة) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية:..... | ٢٠٩ |
| <hr/> | |
| الفصل الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)..... | ٢١٥ |
| <hr/> | |
| التمهيد..... | ٢١٧ |
| المطلب الأول: معنى القرينة..... | ٢١٨ |
| المطلب الثاني: صيغ القرينة..... | ٢٢٢ |
| المطلب الثالث: أركان القرينة..... | ٢٢٦ |
| المطلب الرابع: شروط القرينة..... | ٢٢٧ |
| المطلب الخامس: المستند الشرعي للقرينة..... | ٢٢٩ |

المبحث الأول: اختلاف القابض والمقبوض منه في ثابت في
الذمة في كونه المأخوذ، والعين لم تخرج من يد القابض ٢٣٣
المبحث الثاني: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قدر الأجل أو
مضيه ٢٤١

المبحث الثالث: اختلاف المحيل والمحتال في الحوالة أو الوكالة - ٢٥٣
المطلب الأول: إذا كان اختلافهما في أصل العقد ٢٥٤
المطلب الثاني: إذا كان اختلافهما بعد اتفاقهما على أن اللفظ الصادر
من المحيل: (أحلتك) ٢٦٠

المبحث الرابع: اختلاف العامل ورب المال هل هو قرض أم
قراض بعد الربح؟ ٢٧٧
المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)
على التطبيق القضائي ٢٨٣

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على
التطبيق القضائي في المبادئ القضائية: ٢٨٤
المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على
التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية: ٢٨٦
المطلب الثالث: أثر قرينة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) على
التطبيق القضائي في الأحكام القضائية: ٢٨٨

الفصل الثالث: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) ٢٩٣

التمهيد ٢٩٥

المطلب الأول: معنى القرينة ٢٩٦

المطلب الثاني: صيغ القرينة ٣٠١

المطلب الثالث: أركان القرينة ٣٠٦

- المطلب الرابع: شروط القرينة ٣٠٧
- المطلب الخامس: المستند الشرعي للقرينة ٣٠٨
- المبحث الأول: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في كتاب البيع وباب السلم ٣١٣**
- المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في عيب السلعة التالفة ٣١٤
- المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في الأجل، أو الرهن، أو قدرهما، أو شرط صحيح أو فاسد، أو ضمين ٣٢٠
- المطلب الثالث: اختلاف البائع والمشتري في قدر المبيع ٣٣٢
- المطلب الرابع: اختلاف المتعاقدين في بدو الثمر وتشقق الطلع هل هو قبل البيع أو بعده؟ ٣٣٧
- المطلب الخامس: اختلاف البائع والمشتري في التالف أو قدره في الجائحة ٣٤٢
- المطلب السادس: اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب مع احتماله قول كل منهما ٣٤٨
- المطلب السابع: اختلاف المسلم والمسلم إليه في أداء المسلم فيه ٣٥٣
- المطلب الثامن: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن ٣٥٦
- المبحث الثاني: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في باب الرهن ٣٦١**
- المطلب الأول: اختلاف الراهن والمرتهن في غصب الراهن العين المرهونة بعد قبض المرتهن لها ٣٦٢

- المطلب الثاني: اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن بوطء العين المرهونة..... ٣٦٦
- المطلب الثالث: اختلاف الراهن والمرتهن في قبض العين المرهونة، والعين بيد الراهن..... ٣٧١
- المطلب الرابع: اختلاف الراهن والمرتهن في الرجوع عن الإذن بالقبض قبل القبض..... ٣٧٥
- المطلب الخامس: اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن ببيع الراهن العين المرهونة..... ٣٨٠
- المطلب السادس: اختلاف الراهن والمرتهن في اشتراط جعل ثمن العين المرهونة رهناً مكانها بعد بيعها..... ٣٨٥
- المطلب السابع: اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدين، أو قدر الرهن، أو رده، أو أنه بالدين الحال، أو ببعض الدين، أو كونه الرهن عصيراً في عقد اشترط فيه رهن العصير، أو عين الرهن..... ٣٩٢
- المطلب الثامن: اختلاف المالك والقباض في صفة القبض..... ٤١٧
- المطلب التاسع: اختلاف المشتري مع العدل في عيب العين المرهونة..... ٤٢٢
- المطلب العاشر: اختلاف الراهن والعدل أو الوكيل والموكل في الإشهاد على القضاء، أو أنه بحضور الراهن أو الموكل..... ٤٢٨
- المطلب الحادي عشر: اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين العين المرهونة..... ٤٣٣
- المبحث الثالث: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في باب الضمان والكفالة، والحجر..... ٤٣٩**

- المطلب الأول: اختلاف الكفيل والمكفول له في براءة المكفول به
من الدين ٤٤٠
- المطلب الثاني: اختلاف الغرماء والمفلس في وجود مال له بعد فك
الحجر عنه ٤٤٤
- المبحث الرابع: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في
باب الوكالة ٤٤٩**
- المطلب الأول: اختلاف الوكيل والموكل في التوكيل بالزواج من
معينة ٤٥٠
- المطلب الثاني: اختلاف المرأة والموكل في النكاح ٤٥٤
- المطلب الثالث: اختلاف الوكيل والبائع في رضا الموكل
بالييب ٤٥٧
- المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)
في بابي الشركة، والإجارة ٤٦٣**
- المطلب الأول: اختلاف رب المال والعامل في النهي عن
شراء سلعة ٤٦٤
- المطلب الثاني: اختلاف الخياط والمستأجر في صفة الإذن ٤٦٧
- المطلب الثالث: اختلاف الوكيل والموكل في الإذن بالبيع
ونحوه ٤٧٥
- المبحث السادس: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم)
في باب العارية، والغصب ٤٧٧**
- المطلب الأول: اختلاف المالك والمستعير في مسافة الإعارة .. ٤٧٨
- المطلب الثاني: اختلاف المالك والقبض بين الإجارة أو الإعارة أو
الغصب، والعين قائمة ٤٨٥

| | |
|---|------------|
| المطلب الثالث: اختلاف المالك والمستعير أو الغاصب في الرد..... | ٤٩٤ |
| المبحث السابع: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) في أبواب الشفعة، والوديعة، والجعالة..... | ٤٩٩ |
| المطلب الأول: اختلاف المشتري والشفيع في تعذر علم الثمن..... | ٥٠٠ |
| المطلب الثاني: اختلاف المشتري والشفيع في الحيلة على إسقاط الشفعة..... | ٥٠٥ |
| المطلب الثالث: الاختلاف مع المستودع في التعدي والتفريط..... | ٥١٠ |
| المطلب الرابع: الاختلاف في أصل الجعل..... | ٥١٢ |
| المبحث الثامن: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي..... | ٥١٥ |
| المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية:..... | ٥١٦ |
| المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في الأمور العارضة العدم) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية:..... | ٥١٩ |
| <hr/> | |
| الفصل الرابع: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)..... | ٥٢٥ |
| <hr/> | |
| التمهيد..... | ٥٢٧ |
| المطلب الأول: معنى القرينة..... | ٥٢٨ |
| المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة..... | ٥٣٤ |
| المبحث الأول: اختلاف رب المال والمضارب بين القرض والقراض بعد الخسارة..... | ٥٤٣ |
| المبحث الثاني: اختلاف المالك والساكن بين التأجير والاستئجار..... | ٥٥٣ |

المبحث الثالث: اختلاف المالك والقابض بين العارية، أو الإجارة،
أو الغصب بعد تلف العين ٥٦١

المطلب الأول: اختلاف المالك والقابض بين العارية والإجارة. ٥٦٢
المطلب الثاني: اختلاف المالك والقابض بين العارية والإجارة، أو
الغصب ٥٦٧

المبحث الرابع: اختلاف المالك والقابض بين الوديعة والعارية ٥٧٥
المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره
الضمان) على التطبيق القضائي ٥٧٩

المطلب الأول: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية: ٥٨٠
المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأصل في القابض لمال غيره الضمان)
على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية: ٥٨١

الفصل الخامس: أثر قرينة: (الإنكار) ٥٩٣

التمهيد ٥٩٥

المطلب الأول: معنى القرينة. ٥٩٦
المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة ٥٩٨
المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة
بالأصل ٥٩٩

المبحث الأول: أثر قرينة: (الإنكار) في باب البيع ٦٠١

المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في تعيين المبيع المعين
المردود ٦٠٢

المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في تعيين الثمن المعين
المردود ٦٠٧

- المطلب الثالث: اختلاف البائع والمشتري في قيمة السلعة
التالفة ٦١٠
- المبحث الثاني: أثر قرينة: (الإنكار) في باب الرهن: ٦١٥**
- المطلب الأول: اختلاف الراهن والمالك في مقدار الدين المأذون
أخذه بالرهن المعين ٦١٦
- المطلب الثاني: اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن للمرتهن بأخذ
العين المرهونة ٦١٩
- المبحث الثالث: أثر قرينة: (الإنكار) في باب الشركة ٦٢٥**
- المطلب الأول: اختلاف رب المال والعامل في رد رأس المال ٦٢٦
- المطلب الثاني: اختلاف رب المال والعامل في الجزء المشروط
للعامل ٦٣٢
- المبحث الرابع: أثر قرينة: (الإنكار) في بابي الإجارة، والغصب ٦٣٩**
- المطلب الأول: اختلاف المؤجر والمستأجر في مدة الإجارة ... ٦٤٠
- المطلب الثاني: اختلاف الغاصب والمالك في زيادة قيمة المغصوب
أو قدره أو صناعة فيه ٦٤٥
- المبحث الخامس: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي ٦٥٣**
- المطلب الأول: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في المبادئ
القضائية: ٦٥٤
- المطلب الثاني: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في الأنظمة
القضائية: ٦٥٦
- المطلب الثالث: أثر قرينة: (الإنكار) على التطبيق القضائي في
الأحكام القضائية: ٦٥٧

٦٦٣ الفصل السادس: أثر قرينة: (الغرم)

٦٦٥ التمهيد

٦٦٦ المطلب الأول: معنى القرينة.

٦٦٩ المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة.

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة

بالأصل. ٦٧١

٦٧٣ المبحث الأول: أثر قرينة: (الغرم) في كتاب البيع والسلم

المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في قدر السلعة

التالفة. ٦٧٤

٦٧٨ المطلب الثاني: اختلاف البائع والمشتري في عين المبيع

المطلب الثالث: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قيمة رأس مال

السلم. ٦٨٥

المبحث الثاني: أثر قرينة: (الغرم) في أبواب الرهن، والإجارة،

والعارية. ٦٩١

المطلب الأول: اختلاف الراهن والمرتهن في قيمة العين المرهونة

حيث لزم المرتهن. ٦٩٢

المطلب الثاني: اختلاف رب الثوب والعامل في صفة العمل بعد

تلف الثوب؛ ليغرمه للعامل. ٦٩٥

المطلب الثالث: اختلاف المستعير والمعير في صفة العين حين

التلف أو قدر القيمة. ٦٩٧

المبحث الثالث: أثر قرينة: (الغرم) في باب الغصب. ٧٠١

المطلب الأول: اختلاف المالك والغاصب في قيمة المغصوب. ٧٠٢

- المطلب الثاني: إذا اختلف المالك والغاصب في حدوث عيب المغصوب بعد تلفه، وشاهدت البينة العبد معيماً عند الغاصب.. ٧٠٧
- المبحث الرابع: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي** ٧١٣
- المطلب الأول: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية: ٧١٤
- المطلب الثاني: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية: ٧١٥
- المطلب الثالث: أثر قرينة: (الغرم) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية: ٧١٦

الباب الثاني: أثر القرائن المتعلقة بالظاهر ٧٢٥

- الفصل الأول: أثر قرينة: (ظاهر الحال)** ٧٢٧
- التمهيد** ٧٢٩
- المطلب الأول: معنى القرينة ٧٣٠
- المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة ٧٣٢
- المبحث الأول: اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب، مع ما يؤيد قول أحدهما** ٧٣٥
- المبحث الثاني: اختلاف المعطي والآخذ في المأخوذ بقول المعطي: (ملكته)** ٧٤١
- المبحث الثالث: اختلاف الراهن والمرتهن في القبض والعين بيد المرتهن** ٧٤٧
- المبحث الرابع: اختلاف الجاني على اللقيط وقاذفه مع اللقيط في رقه** ٧٥١

المبحث الخامس: اختلاف المدين والدائن في معنى قول المدين:
 (أحلتك بدينك) بعد اتفاقهما على صدوره من المدين ٧٥٩
 المبحث السادس: الاختلاف في دعوى بنوة اللقيط ٧٦٥
 المبحث السابع: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي ٧٧٣
 المطلب الأول: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في
 المبادئ القضائية: ٧٧٤
 المطلب الثاني: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في
 الأنظمة القضائية: ٧٧٨
 المطلب الثالث: أثر قرينة: (ظاهر الحال) على التطبيق القضائي في
 الأحكام القضائية: ٧٨١

الفصل الثاني: أثر قرينة: (الأمانة) ٧٨٩

التمهيد ٧٩١
 المطلب الأول: معنى القرينة ٧٩٢
 المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة ٧٩٦
 المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة
 بالظاهر ٨٠٠
 المبحث الأول: أثر قرينة: (الأمانة) في كتاب البيع والرهن ٨٠١
 المطلب الأول: اختلاف البائع والمشتري في غلط البائع بالثمن الذي
 اشترى به ٨٠٢
 المطلب الثاني: الاختلاف مع العدل في تلف العين بالتعدي
 والتفريط ٨٠٨
 المطلب الثالث: اختلاف الراهن مع العدل في قبض الثمن من
 المشتري ٨١٣

- المطلب الرابع: اختلاف الراهن والمرتهن في تلف العين المرهونة
حيث لزم المرتهن ٨١٧
- المبحث الثاني: أثر قرينة: (الأمانة) في باب الحجر ٨٢٥**
- المطلب الأول: اختلاف المحجور عليه والولي في تلف مال
المحجور أو بعضه ٨٢٦
- المطلب الثاني: اختلاف المحجور عليه والولي المتبرع في دفع مال
المحجور إليه ٨٢٩
- المبحث الثالث: أثر قرينة: (الأمانة) في باب الوكالة ٨٣٧**
- المطلب الأول: اختلاف الوكيل والموكل في قدر الثمن ٨٣٨
- المطلب الثاني: اختلاف الوكيل الموكل بالتزويج والموكل في
التزويج ٨٤٤
- المطلب الثالث: اختلاف الوكيل والموكل في البيع وقبض الثمن، أو
قبض الثمن ٨٥١
- المطلب الرابع: الاختلاف مع الوكيل في التفريط والتعدي ٨٥٩
- المطلب الخامس: اختلاف رب المال مع الوكيل أو المضارب في
الإذن بصفة في البيع أو الشراء أو اختلافًا في صفة الإذن ٨٦٣
- المطلب السادس: اختلاف الوكيل والموكل في رد العين أو ثمنها إلى
الموكل إذا كان الوكيل متبرعًا ٨٧٣
- المبحث الرابع: أثر قرينة: (الأمانة) في باب الشركة ٨٧٩**
- المطلب الأول: اختلاف رب المال مع العامل في قدر الربح ٨٨٠
- المطلب الثاني: الاختلاف مع المضارب في الربح ثم خسارته ٨٨٤
- المبحث الخامس: أثر قرينة: (الأمانة) في أبواب الإجارة،
والوديعة، واللقيط ٨٨٩**

- المطلب الأول: اختلاف المرزعة والمسترزيع في الإرضاع ٨٩٠
- المطلب الثاني: اختلاف المؤجر والمستأجر في مرض العبد المؤجر أو إباقه، أو شروء الدابة المستأجرة أو موتها، أو تلف المحمول. ٨٩٣
- المطلب الثالث: اختلاف المكترى مع رب البهائم في قدر النفقة على البهائم ٩٠٢
- المطلب الرابع: اختلاف اللقيط وواجده في قدر الإنفاق أو التفريط فيه ٩١١
- المبحث السادس: أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي ٩١٥**
- المطلب الأول: أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية: ٩١٦
- المطلب الثاني: أثر قرينة: (الأمانة) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية: ٩١٨
-
- الفصل الثالث: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) ٩٢٩**
-
- التمهيد ٩٣١
- المطلب الأول: معنى القرينة ٩٣٢
- المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة ٩٤٢
- المبحث الأول: اختلاف البائع والمشتري فيما يفسد العقد ٩٤٥
- المبحث الثاني: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق ٩٥٥
- المبحث الثالث: اختلاف البائع والمشتري في بيع مال غيرهما بغير إذنه ٩٦١

| | |
|--|-----|
| المبحث الرابع: اختلاف البائع والمشتري مع الموكل فيما يبطل البيع..... | ٩٦٧ |
| المبحث الخامس: الاختلاف مع الضامن فيما يفسد العقد..... | ٩٧٣ |
| المبحث السادس: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي:..... | ٩٨١ |
| المطلب الأول: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في المبادئ القضائية:..... | ٩٨٢ |
| المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية:..... | ٩٨٤ |
| المطلب الثالث: أثر قرينة: (أن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا) على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية:..... | ٩٨٦ |

الفصل الرابع: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي)..... ٩٩٥

| | |
|---|------|
| التمهيد..... | ٩٩٧ |
| المطلب الأول: معنى القرينة..... | ٩٩٨ |
| المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة..... | ١٠٠٤ |
| المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة بالظاهر..... | ١٠٠٧ |
| المبحث الأول: اختلاف المسلم والمسلم إليه في قبض الثمن في المجلس قبل التفرق مع إقامة البينة منهما..... | ١٠٠٩ |

المبحث الثاني: اختلاف المالك والعامل في صفة خروج المال

من يد مالكة مع إقامة البينة منهما ١٠١٣

المبحث الثالث: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على

التطبيق القضائي ١٠١٩

المطلب الأول: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق

القضائي في المبادئ القضائية: ١٠٢٠

المطلب الثاني: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق

القضائي في الأنظمة القضائية: ١٠٢٢

المطلب الثالث: أثر قرينة: (المثبت مقدم على النافي) على التطبيق

القضائي في الأحكام القضائية: ١٠٢٤

الفصل الخامس: أثر قرينة: (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر منه). ١٠٣٥

التمهيد ١٠٣٧

المطلب الأول: معنى القرينة ١٠٣٨

المطلب الثاني: المستند الشرعي للقرينة ١٠٤٣

المطلب الثالث: وجه كون هذه القرينة من القرائن المتعلقة

بالظاهر ١٠٤٦

المبحث الأول: الاختلاف في سن الرقيق ١٠٤٧

المبحث الثاني: اختلاف الراهن والمرتهن في تعيين الدين المبرأ

منه ١٠٥١

المبحث الثالث: الاختلاف في تعيين الدين المقضي ١٠٥٥

المبحث الرابع: اختلاف المشتري والشفيع في قدر الثمن ١٠٦٣

المبحث الخامس: أثر قرينة: (أن الإنسان أدري بنفسه وبما صدر

منه) على التطبيق القضائي ١٠٦٩

- المطلب الأول: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على التطبيق القضائي في الأنظمة القضائية: ١٠٧٢
- المطلب الثاني: أثر قرينة: (أن الإنسان أدرى بنفسه وبما صدر منه)
على التطبيق القضائي في الأحكام القضائية: ١٠٧٤
- الخاتمة ١٠٨١
- فهرس المراجع ١١١١
- فهرس الموضوعات ١١٦٥

