



د/ عبدالله محمد دبوان

استصحاب الحال وأثره في أحكام الاختلاف في سبب خروج المال...

Humanities and Educational  
Sciences Journal



مجلة العلوم التربوية  
والدراسات الإنسانية

ISSN: 2617-5908 (print)

ISSN: 2709-0302 (online)

## استصحاب الحال وأثره في أحكام الاختلاف في سبب خروج المال دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون اليمني<sup>(\*)</sup>

د/ عبدالله محمد علي دبوان  
أستاذ ورئيس قسم الشريعة المساعد  
بكلية الحقوق - جامعة تعز- اليمن

تاريخ قبوله للنشر 15/10/2024

<http://hesj.org/ojs/index.php/hesj/index>

(\*) تاريخ تسليم البحث 1/8/2024

(\*) موقع المجلة:

العدد (42)، شهر نوفمبر 2024م

608

مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية



## استصحاب الحال وأثره في أحكام الاختلاف في سبب خروج المال دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون اليمني

د/ عبدالله محمد علي دبوان

أستاذ ورئيس قسم الشريعة المساعد

بكلية الحقوق - جامعة تعز- اليمن

### الملخص

دراسة بيّنت: حقيقة الاستصحاب عند علماء أصول الفقه، وحجته ودليله، وأنواعه، والقواعد المتفرعة عنه، وكيفية بناء أحكام الاختلاف في سبب خروج المال عليه؛ ثم خرجنا وفرعنا على استصحاب الحال أحكام الاختلاف في سبب خروج المال، وذلك في استحقاق الأجرة عند الاختلاف بين الإيجار والإعارة أو بين القرض والقراض، وكذلك حكم استرداد المال عند الاختلاف بين الهبة والإعارة أو الاختلاف في عوض الهبة، والبحث بين أهمية دليل الاستصحاب، وخصوصًا في حكم الاختلاف في سبب خروج المال، وبين أهمية بناء الفروع على الأصول، وبين أهمية أصول الفقه والفقه المقارن في تفسير نصوص القانون اليمني وتكميلها، ويعتبر نموذجًا لذلك. الكلمات المفتاحية: اصطحاب الحال، أحكام الاختلاف، خروج المال، أصول فقهية، القانون اليمني.

### The Accompanying Case and Its Impact on the Provisions of Differences Related to Ikhraj Al-Maal (Payment of Money): A Comparative Fundamentalist Jurisprudential Study with Yemeni Law

Dr. Abdullah Mohammed Ali Dabwan

Assistant Professor of Sharia and Law

Head of Sharia and Law Department

### Abstract

This study aims to elucidate the true meaning of the accompanying case according to fundamentalist scholars of Islamic jurisprudence, including its arguments, evidence, types, rules, and sub-rules. It also seeks to establish the provisions of differences regarding money payment (khruj al-Maal). Additionally, in conjunction with the accompanying case, we will explore the provisions of differences related to khruj al-Maal, particularly in determining rent entitlement in cases where Islamic scholars differ on concepts such as renting, lending, loaning, and borrowing. Furthermore, it will address the rulings on money retrieval in cases of differing opinions on granting, lending, and return gifts. The research underscores the significance of the accompanying case, especially in relation to khruj al-Maal, and stresses the importance of aligning branches with fundamental principles. It also highlights the role of jurisprudential principles and comparative jurisprudence in interpreting and complementing Yemeni legal texts to serve as a model.

**Key word:** choosing an alternative, disagreement, money out, jurisprudential principles, Yemeni law.

## المقدمة:

الحمد لله رب العالمين الخالق الوهاب مقدر الأسباب ومعلم الكتاب، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا، والصلاة والسلام على محمد المبيّن عن ربه الهادي إلى سواء السبيل، وعلى وآله وأتباعه، وبعد، فهذا بحث أصولي فقهي قانوني مقارنة، في دليل الاستصحاب الأصولي وأثره في مسألة أحكام الاختلاف في سبب خروج المال، في الفقه الإسلامي وأصوله والقانون اليمني.

ويعد أصل الاستصحاب ضمن مفردات مادة أصول الفقه وأحد أدلته المهمة التي يستنبط منها الأحكام، فإذا بحث المجتهد عن دليل في الأدلة الأربعة المتفق فيها ولم يجده حكم ببقائه في الزمان الثاني بناء على ما كان حكمه في الزمان الأول؛ لأنه لم يثبت أيّ معيّر؛ ورغم أهمية الاستصحاب إلا أن علماء الأصول يذكرونه مختصراً غير مستوفى، وأما المسألة المخرجة عليه فهي أحكام الاختلاف في سبب خروج المال فتعتبر من مسائل فقه المعاملات والإثبات القضائي.

فنبين تعريف الاستصحاب وحجتيه وأنواعه وآثره وما يبنى عليه من قواعد عند الأصوليين، ثم نبين أثره في تحديد من هو المدعي ومن هو المدعى عليه عند الاختلاف في سبب خروج المال وانتقاله من يد إلى أخرى. وكذلك في المسألة الفقهية التطبيقية إذا بحث القاضي عن سبب انتقال المال ولم يجد دليلاً من بينة أو محرر بنى حكمه على استصحاب الحال السابق، فمن وافقه فالقول قوله، وعلى خصمه عبء الإثبات؛ فإن بَيّن بالدليل خلاف الاستصحاب حكم له بدليله؛ وإلا حكم بالاستصحاب.

وأهمية البحث العملية تكمن في تحديد المدعي من المدعى عليه في سبب انتقال المال؛ لاختلاف أحكامهما وترتب مصير الدعوى فيمن يكسبها ومن يخسرها على ذلك، والقاضي عندما يلزم أحد الخصوم بالإثبات وفقاً لدعواه، إنما يكون ذلك حكماً ضمنيّاً منه بتصديق الآخر وترجيح جانبه، باعتبار قوله مقترن بمرجح قانوني، فإن تعذر على من كلفه إقامة الحجة أو قدم دليلاً ضعيفاً، أو متعارضاً أو فيه شبهة خسر دعواه؛ وحكم القاضي عليه برفض الدعوى<sup>(١)</sup>.

كما أن المعايير العامة لعبء الإثبات لا تكفي في تحديد المدعي من المدعى عليه في سبب انتقال المال؛ لأنها عامة وتحديد لمن القول في سبب خروج المال وعلى من عبء الإثبات فيها تفصيلات لحالات وشروط سكت عنها المبدأ العام، وكثيراً ما يكون التفصيل فيه يخالف المبدأ العام في الإثبات.

وأما البحوث والدراسات السابقة للموضوع؛ فلم أجد دراسة خاصة في الاستصحاب وأثره في أحكام الاختلاف في سبب خروج وانتقال المال، ووردت مسائل البحث منشورة متفرقة في كتب الأصول والفقه الإسلامي والفقه القانوني، وفي القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب: في إثناء أدلة الأحكام، وأحكام العقود والمعاملات، كاختلاف المتبايعين، واختلاف الواهب والموهوب له... إلخ، أو عند دراسة قواعد الإثبات وشروحه فتذكر أهم

(١) وسائل الإثبات. د. محمد الزحيلي. ٦٤٦/٢، وأحكام الالتزام والإثبات. د. سمير تناغو. ص ٧.



المحددات العامة لمن عليه عبء الإثبات، نحو: اليد، والعرف، والظاهر، والأصل، وغيرها، وفي نصوص القانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية: في مسائل الاختلاف في العقود، والالتزامات التي ترد بعد بيان أحكام وآثار العقد، كالاختلاف في الهبة في المادة (٢٢٥) أحوال شخصية<sup>(١)</sup>، والاختلاف في الإعارة في المادة (٩٨٢) مدني<sup>(٢)</sup>، والاختلاف في الوديعة في المادة (٩٥١) مدني، وترد في مسائل الضمان، والحيازة والغصب، والمسؤولية، وفي غيرها؛ والتي تختلف تمامًا عن القواعد العامة الحاكمة لعبء الإثبات؛ ومن هنا تأتي أهمية البحث.

وقسمنا الدراسة إلى بحثين:

المبحث الأول: تعريف بالاستصحاب وحجتيه والقواعد المتفرعة عليه:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب وحجتيه.

المطلب الثاني: القواعد المتفرعة على الاستصحاب وكيفية بناء عبء الإثبات عليها.

المبحث الثاني: تطبيقات فقهية للاستصحاب في الاختلاف في سبب خروج المال.

المطلب الأول: دور الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق أجره العين.

المطلب الثاني: دور الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق استرداد المال.

(١) قانون الأحوال الشخصية اليمني. الصادر برقم (١٧-٥) لسنة (١٩٩٦)، بالموافقة على القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة (١٩٩٢)، والمعدل بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، والقانون رقم (٢٤) لسنة (١٩٩٩)، والقانون رقم (٣٤) لسنة (٢٠٠٣).

(٢) القانون المدني اليمني الصادر بالقرار الجمهوري. بقانون رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٢).

## المبحث الأول: التعريف بالاستصحاب وحجته والقواعد المتفرعة عليه

### المطلب الأول: تعريف الاستصحاب وحجته

#### الفرع الأول: تعريف الاستصحاب

الاستصحاب لغة: طلب المصاحبة والملازمة للحكم السابق واستمرار الأخذ به، مصدر من الفعل استصحب<sup>(١)</sup>، واصطلاحاً: الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني لثبوت في الزمان الأول لفقدان ما يصلح للتغيير بعد البحث التام<sup>(٢)</sup>.

فهو تمسك بدليل عقلي أو بدليل شرعي لم يظهر عنه ناقل<sup>(٣)</sup>؛ فالاستصحاب ليس بحجة، إلا فيما دل الدليل العقلي أو الشرعي على دوامه، بشرط عدم المغير، فما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل، وهو معنى قولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل، فمن ادعاه فعلية البيان؛ كما في الحسيات أن الجوهر إذا شغل المكان يبقى شاغلاً إلى أن يوجد المزيل، إذ الْقَرَضُ أنه لم يَتَحَقَّقْ عليه إِلَّا الزَّمان، والحكم ليس بمَّا تفنيه الأُمانة، ولو كان الزمن مُجَرَّدًا يفني هذا الظَّن لما سَاعَ لعاقِل مراسلة من فارقته ولا الاشتغال بِمَا يَسْتَدْعِي زماناً كالحرارة والتجارة<sup>(٤)</sup>.

وهذا طريق في الاستدلال قد فطر عليه الناس، وساروا عليه في جميع تصرفاتهم، وأحكامهم؛ فمن عرف إنساناً حياً كم بحياته وبني تصرفاته على هذه الحياة، حتى يقوم الدليل على وفاته، ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجة ما دام لم يقم له دليل على انتهائها، والملك الثابت لأي إنسان بسبب من أسباب الملك يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله، والذمة المشغولة بدين أو بأي التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها، وإذا ثبت الرشد للمكلف فيستصحب ولا يزول إلا بحكم قضائي بالجنون، وهكذا<sup>(٥)</sup>.

#### الفرع الثاني: حجة الاستصحاب

الاستصحاب من الأدلة الأصولية الشرعية المختلف فيها، ولكن حاصل أقوال الأصوليين ينحصر في قولين: القول الأول: قال الشافعية والحنابلة والمالكية وبعض الزيدية والظاهرية: بأنه حجة ودليل شرعي في النفي والإثبات؛ لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في الزمان الأول ولم يعلم أو يُظَنَّ مزيل لحكمه فإن لزوم ظنِّ بقاءه في الاستقبال أمرٌ ضروريٌّ يجب العمل به؛ لأن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير؛ وذلك لأن بقاءه مستغن عن المؤثر حالة بقاءه ولا

(١) لسان العرب. لابن منظور. ٥١٩/١، والمعجم الوسيط. د إبراهيم مصطفى، وآخرون. ٥٠٧/١، وكشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، للتهانوي ١٥٣/١، والتعريفات، للجرجاني، ص ٢٢.

(٢) الإجماع في شرح المنهاج. للسبكي ١٧٣/٣، ونهاية السؤل في شرح منهاج الوصول للإسنوي، ص ٣٦١، وشرح المحلى لجمع الجوامع مع حاشية العطار، ٣٩١/٢، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني ١٦١/٣، وغاية الوصول في شرح لب الأصول لتركيب الأنصاري، ص ١٤٦، وكشف الأسرار شرح أصول البردوي، لعلاء الدين البخاري ٣٧٧/٣، وإرشاد الفحول للشوكاني ١٧٤/٢.

(٣) شرح الكوكب المنير. لابن النجار. ٤٠٣/٤، والتقرير والتحبير لابن الموقت ٢٩٠/٣، والمهذب في أصول الفقه، د. عبد الكريم بن علي النملة، ٩٥٩/٣.

(٤) البحر المحيط في أصول الفقه. للزركشي. ٣٢٧/٤، والتحقيق والبيان، للأبياري ١٨٤/٤، وإجابة السائل شرح بغية الأمل لابن الأمير الصنعاني، ص ٢١٦.

(٥) علم أصول الفقه. لخلاف. ص ٨٧، وأصول الفقه. لمحمد أبو زهرة. ص ٣٠٢.



يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل، ومقارنة ذلك الباقي له وجوداً كان أو عدمًا، أما التغير فمتوقف على الأمرين السابقين وعلى ثالث وهو تبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود؛ ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين أغلب مما يتوقف على ذين الأمرين وثالث غيرها<sup>(١)</sup>.

والله سبحانه أجرى العادة في الحسيات ببقاء الحكم في الزمان الثاني لثبوته في الزمان الأول إذا لم يطرأ مغير له، فكذا في الشرعيات، وأنه لولا استمرار العادة ببقاء ما كان على ما كان لما دلت المعجزة، والعقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل، فيجيزون مراسلة من عرفوا وجوده في البلاد النائية، ويشهدون في الحالة الراهنه بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة؛ ولولا أن الأصل إبقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك<sup>(٢)</sup>.

وقد أجمعوا على أنه لو شك في حصول الزوجية ابتداء حرم عليه الاستمتاع، ولو شك في حصول الطلاق مع سبق العقد جاز له الاستمتاع، وليس هناك من فرق بينهما، إلا أنه في الفرض الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك وهي عدم الزوجية، وأما في الفرض الثاني فقد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك وهو عقد الزوجية، ولولا الاستصحاب لكان حكمهما واحد؛ وهو باطل بالإجماع<sup>(٣)</sup>.

والأصل فيه قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسْأَلُونَ وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلَ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَمَّا أَغْنَى اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ خَلِيمٌ﴾ [المائدة: ١٠١]، فدللت الآية على أن ما ترك حكمه فهو عفو على ما كان، وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا...﴾ [الأنعام: ١٤٥]؛ فدللت على أن التحريم ينعدم عند عدم ورود الدليل الدال عليه.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا شك أحدكم في صلاته، فَلْيُبْلِغِ الشَّكَّ، وَلْيَبْنِ عَلَى الْيَقِينِ"<sup>(٤)</sup>؛ وعن عبد الله بن زيد قال: سُكِّيَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرَّجُلُ يُخَيِّلُ إِلَيْهِ فِي صَلَاتِهِ أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنْهُ شَيْءٌ، قَالَ: "لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا"<sup>(٥)</sup>، فأمر باستصحاب الحال السابق المتيقن ولا يزال عنه بالشك.

وجعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على مَنْ أَنْكَرَ، فقال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»<sup>(٦)</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم لِلأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ لما اختصم مع

(١) المستصفي للغزالي. ٣٧٧/١، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ١٣٤/٤، ونهاية السؤل ص ٣٦١، ونفائس الأصول للقرافي، ٣٠٢/٩، وإحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد الباجي، ٦١٣/٢، وبيان المختصر ١٦٢/٣، وشرح التلويح للفتازاني، ٢٠٢/٢، وإجابة السائل شرح بغية الأمل ص ٢١٧.

(٢) الإحكام للآمدي. ١٢٨/٤، والبحر المحيط ٣٢٧/٤، ونهاية السؤل مع سلم الوصول. ٣٦٧/٤، ٣٦٨. (٣) إرشاد الفحول. للشوكاني. ١٧٥/٢، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، ٣٣٩/١، والمهذب في أصول الفقه ٩٦٤/٣، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية، د مصطفى سعيد الخن، ص ٥٤٣.

(٤) سنن أبي داود، باب إذا شك في الثنتين والثلاث. (١٠٢٤)، وقال الألباني: حسن صحيح، ٢٦٩/١، ومسنند أحمد، (١١٦٨٩)، ٢٢١/١٨، قال الشوكاني في نيل الأوطار ١٣٩/٣: رواه مسلم وأحمد.

(٥) صحيح البخاري. باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، (١٣٧)، ٣٩/١، وصحيح مسلم، باب الدليل على أن من يقين الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، (٣٦١)، ٢٧٦/١.

(٦) متفق عليه عن ابن عباس: صحيح البخاري، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال، (٤٥٥٢)، ٣٥/٦، وصحيح مسلم، واللفظ له، باب اليمين على المدعى عليه، (١٧١١)، ١٣٣٦/٣.

رجل في أرض: «هَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ؟» فقال: لَا، قَالَ: «فَيَمِينُهُ»، وفي رواية: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»<sup>(١)</sup>؛ لأن معه الأصل، وهو براءة ذمته<sup>(٢)</sup>.

وبهذا قرر قانون الإثبات اليمني<sup>(٣)</sup> المادة (٢): على الدائن إثبات الحق، وعلى المدين إثبات التخلص منه؛ وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

والاستصحاب آخر مدار الحكم عند المجتهد، فيطلب حكم الحادثة في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس؛ فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات: فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته<sup>(٤)</sup>، وليس هذا راجعاً إلى عدم العلم بالدليل المغير، بل إلى العلم بانتفاء الدليل المغير أو مع ظن انتفاء المغير؛ عند بذل الجهد في البحث والطلب، والأحكام تناط بمصالح دينية ودنيوية لا تتغير مع الزمن القريب<sup>(٥)</sup>.

وهو كذلك في إثبات الحقوق والالتزامات؛ فالاستصحاب مرجح أولي يترجح به قول من وافقه ويجعله مدعى عليه؛ ويقبل قوله إذا لم يوجد دليل ناقل لحكم الأصل السابق، ثابت بشهادة أو إقرار أو محررات. ومما تقدم تبين أن القائلين بالاستصحاب لا يثبتون حجته ويوجبون العمل به إلا إذا تحقق شرطان:

١- أن يستدل بالاستصحاب عند العلم أو الظن بعدم وجود الدليل المغير.

٢- أن يقرر الاستصحاب في المسألة ويبني الحكم عليه مجتهد عالم بالأدلة وما أخذها، مطلع على الشريعة، فإذا بحث ولم يجد فيقطع أو يظن بنفي الحكم؛ فيبني الحكم على الاستصحاب، أما العامي فليس له أهلية النظر بحال؛ فهو كالأعمى الذي لا أهلية له للفتيش عن الأجسام الخفية في البيت، فهذا لا يتأتى له أن يعلم النفي ولا يظنه، بخلاف من له بصرة<sup>(٦)</sup>.

**القول الثاني:** وقال أكثر الحنفية وأبو طالب من الزيدية وبعض المتكلمين كأبي الحسين البصري: ليس الاستصحاب حجة مطلقاً، وقال متأخرو الحنفية: إنه حجة للدفع لإبقاء ما كان ولا يصلح حجة للرفع لإثبات أمر لم يكن، كحياة المفقود، فإنه لما كان الظاهر بقاؤها صلح الاستصحاب حجة لإبقاء الحياة التي كانت، فلا يورث ماله، ولا يصلح حجة لإثبات أمر لم يكن، فلا يرث أقاربه عند فقده<sup>(٧)</sup>.

ولأنه: **يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء**، كما جاء في القاعدة الفقهية: وهو نص المادة (٧٢٠) القاعدة (٣٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي<sup>(٨)</sup>.

(١) متفق عليه: صحيح البخاري، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه، (٢٥١٥)، ١٤٣/٣، وصحيح مسلم، (١٣٨)، ١٢٢/١.

(٢) **الواضح في أصول الفقه.** لابن عقيل، ٣١١/٢، والتحقيق والبيان ١٨٢/٤، وكشف الأسرار ٣٧٧/٣، وتقويم الأدلة للدبوسي، ص ٤٠٠.

(٣) الصادر بقرار مجلس النواب رقم (٥) لسنة (١٩٩٦)، بالقرار الجمهوري رقم (٢١) لسنة (١٩٩٢).

(٤) البحر المحيط للزركشي، ٣٢٧/٤.

(٥) المستصفي للغزالي ٣٨٠/١، وكشف الأسرار ٣٧٩/٣، وأثر الأدلة المختلف فيها، د مصطفى ديب البغا، ص ١٩٣.

(٦) التحقيق والبيان ١٨٣/٤.

(٧) التقرير والتحرير ٢٩٠/٣، وكشف الأسرار ٣٧٨/٣، وشرح الكوكب المنير ٤٠٣/٤، وإرشاد الفحول ١٧٤/٢، ودرر الحكام ٢٣/١، ومنهاج الوصول للمرتضى، ص ٨٤١.

(٨) الصادر بالمرسوم الملكي برقم (م/١٩١)، بتاريخ (١٤٤٤/١١/٢٩).



والحكم يحتاج إثباته في الزمن الأول إلى دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، وكذلك في الزمان الثاني يحتاج إلى دليل؛ فيجوز أن يكون الحكم أو لا يكون، وما استمر فإنما للدليل دل على استمراره لا للاستصحاب، ولأن بيّنة الإثبات مقدمة على بيّنة النفي إجماعاً، ولو كان الأصل في كل حكم تحقق دوامه لكانت بيّنة النفي لإعتضادها بهذا الأصل أولى بالتقديم، كما أن القول بالاستصحاب يؤدي إلى تعارض الأدلة، فمن استصحاب حكماً من صحة عقد مثلاً كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته كاستصحاب أصل براءة الذمة<sup>(١)</sup>.

والمنكرين للاستصحاب من الحنفية يعملون به في الحسبيات، لأن الله أجرى العادة فيها ببقاء أو صافها في الزمان الثاني كما كانت في الزمان الأول إذا لم يوجد مغير، كالأحكام الشرعية الثابتة بالإنشاء، نحو: الزوجية، والملكية، والدين؛ فإن الأصل فيها البقاء لبقاء الإنشاء ما لم يطرأ عليه منيل<sup>(٢)</sup>.

وقال البعض يعمل به في الترجيح، وقيل: بأن الاستصحاب حجة إن لم يعارضه ظاهر، وإلا قدم الظاهر<sup>(٣)</sup>.  
والراجح: أنه حجة؛ لقيام الدليل العقلي والشرعي عليه، ويقدم أصل الاستصحاب على الظاهر، إلا إن عارضه ظاهر غالب ذو سبب ظن أنه أقوى منه - كما سيأتي في التطبيق، أو أن الخلاف لفظي، وذلك لأن الإنكار له إنما في تسميته دليلاً مستقلاً أو هو إعمال للدليل قائم وإقرار لأحكام ثابتة بدليل لم يحصل تغيير فيها.

### الفرع الثالث: أنواع الاستصحاب

الاستصحاب خمسة أنواع، وهي:

#### ١- استصحاب البراءة الأصلية (استصحاب العدم والنفي الأصلي):

وهي حكم العقل ببراءة ذمة المكلف من التكاليف الشرعية قبل البعثة، وبعد البعثة يخرج ما دل الدليل على التكليف به ويبقى ما سواه على أصل النفي الأصلي، كنفي وجوب صلاة سادسة، ونفي وجوب صوم شوال<sup>(٤)</sup>.  
ومن هذا النوع قاعدة: الأصل براءة الذمة، أي: من الديون والالتزامات، والأصل براءة المتهم؛ فيكون القول قول المنكر للدين، والضمان، والمنكر للجناية؛ بحكم استصحاب البراءة الأصلية<sup>(٥)</sup>.

#### ٣- استصحاب العموم إلى أن يرد تخصيص، واستصحاب النص إلى أن يرد نسخ:

فالعموم حجة إلى قيام المخصص، والنص حجة إلى قيام النسخ، وهذا يقول به جميع العلماء بمن فيهم الحنفية، إلا أنه ليس من الاستصحاب؛ لأن الحكم مستند إلى الدليل العام والنص، لا إلى الاستصحاب<sup>(٦)</sup>.

#### ٣- استصحاب حكم دلّ الشرع أو العقل على ثبوته ودوامه:

كالملك عند حصول عقد البيع المنشئ له، وشغل الذمة عند حصول إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح؛ فهذا وإن لم يكن حكماً أصلياً فهو حكم شرعي دلّ الشرع على ثبوته ودوامه، ولا خلاف في

(١) التقرير والتحرير ٢٩٠/٣، وكشف الأسرار ٣٧٩/٣-٣٨١، وأثر الأدلة المختلف فيها ١٩٥، ١٩٦.

(٢) أصول السرخسي، ٢٢٤/٢، والبحر المحيط للزركشي، ٣٢٧/٤، ونهاية السؤل مع سلم الوصول ٣٦٨/٤، وإرشاد الفحول ١٧٥/٢، وأصول الفقه خلافاً ص ٨٨، وأصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص ٣٠٣، والمهذب في أصول الفقه ٩٦٥/٣.

(٣) قواطع الأدلة للسمعاني ٣٥/٢، والبحر المحيط ٣٢٩/٤، وغاية الوصول ص ١٤٥، وأصول الفقه لأبو زهرة ص ٣٠١.

(٤) المستصفي ٣٧٧/١، والتحقيق والبيان ١٨٠/٤، وإعلام الموقعين ١/٣٣٩، ومذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص ١٩٠.

(٥) اللع في أصول الفقه، للشيرازي، ص ١٢٢، وشرح الكوكب المنير ٤/٤٠٤، والواضح في أصول الفقه ٣١٣/٢، وأصول الفقه خلافاً ص ٨٨، وغمر عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لشهاب الدين الحنفي ١/٢٠٣، والأشباه والنظائر، للسبكي، ص ٥٣، ومنهاج الوصول للمرتضى ٨٣٨، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها، د محمد مصطفى الزحيلي، ١/١٤٢.

(٦) المستصفي ٣٧٧/١، والتحقيق والبيان ١٨٣/٤، والبحر المحيط ٤/٣٣٠.



وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض له؛ ولولا دلالة الشرع على دوامه إلى حصول براءة الذمة لما جاز استصحابه، فمن ثبت له حق في حالة فيحكم باستمرار هذه الحالة له بناء على ثبوتها في وقت سابق، لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاءه، فهو حجة ظنية شأنه شأن بقية المرجحات التي تقوي جانب المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك<sup>(١)</sup>.

فإذا ادعى من عليه الدين أنه قضى ما كان عليه أو أبزاه منه المستحق كان البناء على الأصل، وهو بقاء الدين، ولا يسقط بدعوى القضاء والإبراء من غير بينة.

وهذا يقول به الحنفية لكنهم لا يسموه استصحاباً، وإنما لأنه قام الدليل على أن الإنشاءات كالطلاق، والنكاح، وسائر العقود، والوضوء، ونحو ذلك توجب أحكاماً باقية إلى ظهور الناقض؛ فبقاء حكم النكاح للدليل الدال على قيام النكاح إلى أن يوجد ما ينقضه يبين، فالشك في الطلاق لا يفيد الحكم بالحرمة؛ لأن اليقين لا يرتفع بالشك، وكذلك حرمة الأجنبية ثابتة بدليله وهي باقية بقاء دليلها إلى ظهور الناقض وهو النكاح المتيقن<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- استصحاب الوصف:

وهو استصحاب الوصف المتيقن بالحكم الشرعي حتى يثبت خلافه، فهو استمرار للوصف المرتب من الحكم، كوصف الكفالة للكفيل؛ فيستمر ثابتاً حتى يؤدي الدين أو يؤديه الأصيل أو يرثه المدين، ووصف الحياة للمفقود، لأنه خرج حياً يبين، فتستمر ثابتة حتى يقوم الدليل على وفاته، واستمرار وصف الطهارة للمتوضئ، ووصف حل الاستمتاع بسبب عقد الزوجية، والملك للإرث أو الشراء، والبكارة للفتاة لأنه وصف أصلي ثابت لها حين الولادة. ويعمل باستصحاب الوصف الجميع، وقرره العلماء وصاغوه في قاعدة: الأصل في الصفات الوجودية الوجود، وإن اختلفوا في بعض تطبيقاته لتجاذب المسألة أصلان متعارضان أو أصل وظاهر؛ فيختلف فيه بحسب تقديم أصل الاستصحاب أو تقديم ما عارضه<sup>(٣)</sup>.

ومن الاستصحاب: الحكم بتكرار لزوم والوجوب إذا تكررت أسبابها، كتكرار شهر رمضان وأوقات الصلاة عند تكرار وقت وجوبها، ونفقات الأقارب عند تكرار الحاجات<sup>(٤)</sup>.

#### ٥- استصحاب الإجماع في محل الخلاف:

قال به الظاهرية وبعض الشافعية، مثل: المتيمم إذا وجد الماء في صلاته، فصلاؤه انعقدت بالإجماع صحيحة، فلا يزول عن ذلك إلا بدليل، ولا يوجد الدليل ببطالها عند رؤية الماء وهو في الصلاة فتبقى على الصحة.

(١) وسائل الإثبات للزحلي ٦٦٢/٢، والقواعد الفقهية للزحلي ١٢٩/١.

(٢) المراجع السابقة، ونهاية السؤل ٣٦٨/٤، وكشف الأسرار ٣٧٧/٣، وشرح الكوكب المنير ٤٠٥/٤، وإعلام الموقعين ٣٣٩/١، والواضح في أصول الفقه ٣١٣/٢، والمهذب في أصول الفقه ٩٦٠/٣، وأصول الفقه لأبو زهرة ص ٢٩٨.

(٣) كاستصحاب وصف الطهارة بعد التيقن من الوضوء إذا شك بالحدث، قال الجمهور: لا يجب عليه الوضوء؛ عملاً باستصحاب يقين الطهارة، وقال المالكية: يجب الوضوء؛ لأن شغل الذمة بالتكليف بالصلاة يقين، ولا يبرأ منها إلا يقين، والشك في الشرط وهو الطهارة شك في المشروط وهو الصلاة، والذمة لا يبرأ منها بالشك، ومن ذلك الاختلاف في استصحاب الزوجية المتيقنة بعد يقين الطلاق، وشك في عدده هل طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثة؛ فقال الجمهور: يستصحب اليقين وهو بقاء الزوجية وتحسب عليه طلاقة واحدة المتيقنة، والمالكية يعتبرونه قد طلقها ثلاثاً، للاحتياط الشرعي، ينظر: البرهان في أصول الفقه، للجبني، ٧٣٧/٢، وإعلام الموقعين ٣٣٩/١، ٣٤٠، وأنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي، ١٦٣/٢، ١٧٤، وغمر عيون البصائر ١٩٨/١، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١٠٦/١، ١١٦.

(٤) المراجع السابقة.

وقال أكثر العلماء: ليس دليلاً؛ لأن الإجماع انعقد على حالة فقد الماء وقد تغيرت، فيجب قطع الصلاة والوضوء ثم إعادة<sup>(١)</sup>.

**والخلاصة:** أنه لا خلاف على استصحاب الدليل حتى يدل النسخ أو التخصيص، ولا على استصحاب الحكم الذي دل الشرع أو العقل على دوامه.

وأنحصر الخلاف في: استصحاب البراءة الأصلية، واستصحاب الوصف في إثبات أحكام جديدة لم تكن من قبل، مثل: إرث المفقود من غيره، وكذلك الخلاف في استصحاب الإجماع<sup>(٢)</sup>.

وما سواه فالخلاف لفظي: فقال الحنفية: إن حجية استمرار الدفع للأمر الطارئ إنما للدليل وجوده الأول، وقال الجمهور: إن ظن بقاء الوجود مع عدم ظن الانتفاء هو الاستصحاب، وهو دليل مستقل عن دليل نشأة الحكم الأول، والله أعلم.

### المطلب الثاني: القواعد المتفرعة على الاستصحاب وكيفية بناء عبء الإثبات عليها

#### الفرع الأول: القواعد المتفرعة على الاستصحاب

ترتب على الاستصحاب بأنواعه السابقة قواعد فقهية وقضائية هامة؛ يعمل بها جميع الفقهاء من حيث الجملة، وإن وجد خلاف في بعض البناء والتفريع على بعضها، وهذه القواعد أخذتها القوانين وصاغتها كمبادئ وضوابط عامة، يطبقها القضاء على ما يفصلون فيه من خصومات عند عدم وجود نص خاص، وإليك أهمها:

١- الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره<sup>(٣)</sup>، ونص القانون المدني اليمني في المادة (١١): الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، وهو نص المادة (٧٢٠/٨) القاعدة (٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني<sup>(٤)</sup>: إنه إذا ثبت وجود الشيء بيقين فإن بقاءه على ما كان يصبح الأصل حتى يثبت غيره.

قال الزيدية: فمن ثبت عليه دين أو عين فادعى فيه حقاً أو اسقاطاً وإبراءً، لم تقبل دعواه إلا ببينة<sup>(٥)</sup>؛ قال الشوكاني: ووجه هذا أن دليل الاستصحاب يقتضي بقاء هذا الثبوت وعدم ارتفاعه؛ فلا يرفعه مجرد الدعوى؛ لأن ذلك لا يصلح للنقل اتفاقاً، فلا بد من ناقل يقتضي ارتفاع ذلك الاستصحاب، وهو البينة المتضمنة لكون ذلك الثبوت قد ارتفع كلياً أو بعضاً<sup>(٦)</sup>.

(١) المستصفى ٣٨٠/١، والتحقيق والبيان ١٨٥/٤، وإحكام الفصول ٦١٤/٢، والبحر المحييط ٣٣٢/٤، وشرح الكوكب المنير ٤٠٦/٤، والواضح في أصول الفقه ٦٨/٢، ٣١٦، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للأسنوي، ص ٤٥٩، وإجابة السائل ٢١٧، والمهذب في الأصول ٩٦٢/٣.

(٢) شرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية العطار ٣٨٨/٢، والدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، للكويتي، ١٥/٤، وكشف الأسرار ٣٧٧/٣، وإعلام الموقعين ٣٤٠/١، وأثر الأدلة المختلف فيها ١٨٨/١.

(٣) الأشباه والنظائر، للسبكي، ١٣/١، وأصول الفقه لخلاف ص ٨٨، وأصول الفقه لأبو زهرة ص ٣٠٢، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص ٨٧، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٣/١، والقواعد الفقهية للزحيلي ١١١/١.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني القديم برقم (١٠) لسنة (١٩٧٩)، مطبوعة مع القانون.

(٥) شرح الزهراء، (ط ب)، ١٢٦/٤، (ط أ)، ٢٩٨/٩، وما بعدها.

(٦) السيل الجرار للشوكاني، ص ٧٤٨.

- ٢- الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة، إلا إن دل دليل للحظر فيعمل به<sup>(١)</sup>، ونص القانون المدني اليمني المادة (١١): الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها؛ وجاء في المذكرة الإيضاحية: الأصل فيما خلق الله إباحته حتى يقوم الدليل على تحريمه، وهو الاستصحاب طريق من طرق الأدلة الشرعية.
- ٣- الأصل في العقود والشروط الصحة، ونص القانون المدني اليمني المادة (١٣): العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها، ونص المادة (٧٢٠/ القاعدة ١٠) من نظام المعاملات المدنية السعودي: الأصل في العقود والشروط الصحة وال لزوم، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: قال الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (المائدة: ١)، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المؤمنون عند شروطهم"<sup>(٢)</sup>، فالعقد ملزم، والشرط يجب الوفاء به؛ بشرط صحة العقد أو الشرط شرعاً؛ ولما كان الأصل هو الإباحة فإن الأصل في العقود والشروط الصحة والوفاء بها، فلا يحرم عقد أو شرط ولا يحظر إلا بدليل شرعي.
- ويترتب على القاعدتين السابقتين أن جميع العقود والتصرفات وشئ المعاملات بين الناس الأصل أن حكمها الإباحة والصحة، ولا يستثنى من ذلك إلا ما وجد فيه نص بالتحريم والبطلان.
- ٤- ما ثبت باليقين لا يزول بالشك<sup>(٣)</sup>، ونص القانون المدني اليمني المادة (٩): اليقين لا يزال بالشك فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين، وهو نص المادة (٧٢٠/ القاعدة ٧) من نظام المعاملات المدنية السعودي، وجاء في المذكرة الإيضاحية: المادة تتضمن قاعدة كلية دليلها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ، فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى أَثَلًا ثُمَّ أَرْبَعًا، فَلْيُطْرَحِ الشَّكُّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ»<sup>(٤)</sup>.
- ٥- الأصل في الإنسان البراءة، أي: من الديون ومن الالتزامات ومن التهم بارتكاب الجنايات<sup>(٥)</sup>، ونص القانون المدني اليمني المادة (١١): الأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها، وهو نص المادة (٧٢٠/ القاعدة ٩) من نظام المعاملات المدنية السعودي؛ وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: الأصل براءة الذمة لأنه العدم، ويترتب على القاعدتين السابقتين أنه لا يثبت حق أو دين أو جرم في ذمة إنسان لمجرد ادعاء غيره عليه، بل لا بد للمدعي من أن يقدم دليلاً على دعواه: بإقرار المدعى عليه، أو شهادة، أو كتابة، أو قرائن، وإن لم يقدم حُكْمَ برفض دعواه، وليس له إلا يمين المدعى عليه.
- ٦- الأصل العدم، فالأصل في الصفات أو الأمور العارضة العدم<sup>(٦)</sup>، ونص القانون المدني اليمني المادة (١١): الأصل الظاهر (العدم)؛ فمن تمسك به فالقول قوله، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: أصل كل شيء قبل وجوده هو عدمه فمن تمسك بالعدم فقد تمسك بالأصل الثابت بيقين فالقول قوله، ومن ادعى

(١) البحر المحيط ٣٢٥/٤، والمسودة لآل تيمية، ص ٤٣١، والأشباه والنظائر للسيوطي ٦٠، والقواعد الفقهية للزحيلي ١١١/١.

(٢) صحيح البخاري معلقاً ٩٢/٣، ومستدرك الحاكم (٢٣١٠)، ٥٧/٢، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٠٦/٧.

(٣) درر الأحكام ٢٢/١، وإعلام الموقعين ٣٤٠/١، وأصول الفقه خلاف ٨٨، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١١١/١.

(٤) صحيح مسلم، باب السهو في الصلاة والسجود له، (٥٧١)، ٤٠٠/١.

(٥) التقرير في شرح القانون المدني اليمني، د محمد حسين الشامي، ص ٣٨.

(٦) للمع ١٢٢، وشرح الكوكب المنير ٤٠٤/٤، والواضح في أصول الفقه ٣١٣/٢، وأصول الفقه خلاف ٨٨.

(٧) المستصفى ٣٧٩/١، والإجماع في شرح المنهاج ١٦٩/٣، وشرح الكوكب المنير ٤٠٥/٤، وإعلام الموقعين ٣٣٩/١، وأصول الفقه

خلاف ٨٨، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١١٢/١، وتبيين الحقائق للزيلعي، ٢٩١/٤، ودرر الحكم ٢٥/١.

خلاف الأصل الثابت يبين فيكون عليه إثباته، ونصت المادة (٧٢٠/ القاعدة ١١) من نظام المعاملات المدنية السعودي: الأصل في الصفات العارضة العدم.

٦- الأصل في الصفات الوجودية الوجود، والأصل فيما جهل قدمه وجدته أن يعتبر قديماً إذا كان في ملك خاص، وحادثاً إذا كان في ملك غيره<sup>(١)</sup>.

ومما يترتب على القاعدتين السابقتين: الأصل البراءة قبل ثبوت التكليف وعمارة الذمة، والأصل عدم البراءة بعد ثبوت التكليف وعمارة الذمة، وكل ما لم يقم فيه دليل شرعي على نقل الملك فيبقى على حكم الأصل، والأصل عدم الإذن<sup>(٢)</sup>، والأصل في الاستيلاء على مال الغير الضمان<sup>(٣)</sup>، والأصل أن الأخذ سبب لوجوب ضمان الرد<sup>(٤)</sup>، والأصل أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته، وهو نص المادة (٧٢٠/ القاعدة ١٢) سعودي، والأصل في الكلام الحقيقة، وهو نص المادة (٧٢٠/ القاعدة ٢٤) سعودي.

٧- الأصل فيما لا يعلم إلا من جهة أحد الخصمين، أو كان أحدهما أدرى من الآخر أن يقبل قوله فيه بيمينه، فقبلوا قول المملّك في بيان جهة التملك، وقول الدافع في بيان جهة الدفع، لأنهما أدرى بما ممن تلقى الملك أو القبض، فلو ادعى المملك القرض، وادعى الآخر الهبة مثلاً؛ فالقول قول المملك، وكذا لو كان عليه دينان، وبأحدهما رهن أو كفيل، فدفع له مبلغاً من المال، ثم اختلفا، فطلب الدافع ردّ الرهن عليه بزعم أن ما دفعه عن دين الرهن، أو زعم براءة الكفيل وأن ما دفعه إنما دفعه عن دين الكفالة، وزعم الدائن أنه عن الدين الآخر، فالقول قول الدافع بيمينه؛ لأن المملك والدافع أدرى بجهة التملك<sup>(٥)</sup>.

والأصول المقررة على استصحاب الأصل كثيرة تدخل في كل عقد أو تصرف، أو عبارة، وإن هذه الأصول يتداخل بعضها في بعض، لأن بعضها فرع عن الآخر، كفرعية: "بقاء ما كان على ما كان"، وفرعية "اليقين لا يزول بالشك"، وفرعية "براءة الذمة" عن "الأصل في الصفات العارضة العدم"<sup>(٦)</sup>، ويرى البعض أن قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" هي قاعدة الاستصحاب الأصلية، وتتفرع عنها بقية القواعد<sup>(٧)</sup>.

ومتى تنازع شخصان، وكان أحدهما يشهد له أصل من هذه الأصول يترجح قوله حتى يقوم دليل على خلافه، لقولهم: إن القول قول من يشهد له الأصل.

### الفرع الثاني: كيفية بناء أحكام الاختلاف في سبب خروج المال على الاستصحاب

إن تحديد لمن القول في الاختلاف في سبب خروج المال هو تقرير لمرجح أولي بين الخصمين في تحديد المدعي من المدعى عليه، وذلك بتحديد ما وافقه أصل ظاهر يشهد له، ويستصحبه القاضي في جنبه؛ فيكون مدعى عليه؛ ويكون المتمسك به القول قوله، ويصدق فيه، ولا يكلف بالإثبات، ويكفيه التمسك به لدفع دعوى خصمه. ويكون خصمه الآخر هو المدعي الذي يخالف قوله الظاهر، ويلقى عليه عبء الإثبات؛ بحيث لا تسمع دعواه إلا إن أقام دليلاً على خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر هنا مرجح أولي ضعيف يقبل إثبات العكس<sup>(٨)</sup>.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ١٠٦، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١٢١/١، والتقريب في شرح القانون المدني اليمني ص ٤٤.

(٢) نهاية المحتاج للملي، ١٤٣/٥.

(٣) نهاية المحتاج ١٤٣/٥.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني، ٢١٨/٧.

(٥) نهاية المحتاج ١٤٣/٥، وغمر عيون البصائر ٩٨/٣، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ١٠٦، والقواعد الفقهية ١٢٢/١.

(٦) القواعد الفقهية وتطبيقاتها ١٢٢/١.

(٧) المتمتع في القواعد الفقهية، د مسلم الدوسري، ص ١١٣، وما بعدها.

(٨) وسائل الإثبات د محمد الزحيلي، ٦٥٨/٢، والمدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، ١٠٥٦/٢.

فمثلاً إذا ثبت الملك والحق واليد للمدعي في وقت سابق وجب على الحاكم أن يحكم باستصحاب الحال وبقاءه على ما كان، فمدعي الاسترداد قد أقر له المدعي عليه بسبق الملك واليد، فثبت ملكه في الزمن الماضي، ويستصحب هذا الملك له في الحال، وذو اليد المدعي عليه بمصادقته للمدعي بسبق الملك قد انشغلت ذمته بالضمان برد المدعي به عيناً أو مثلاً أو قيمة، فيستصحب هذا الالتزام وانشغال الذمة في حقه، ودعواه التملك بالهبة أو الهدية تجعله مدعياً لما يخلص ذمته، والمدعي منكر لدعواه؛ فتبقى ذمته مشغولة استصحاباً ويلزم بتسليم المدعي به<sup>(١)</sup>. وينبغي على قاعدة الأصل في الأمور العارضة العدم بأن الذي انتقل من يده المال ثبت سبق ملكه ويده بمصادقة وإقرار الطرف الآخر ذي اليد، وادعى ذو اليد منه تملك عارض بالهبة أو الهدية، والمالك منكر لذلك وفسر يد ذي اليد بالعارية أو الوديعة أو القرض وهي أمر مستساغ مقبول، ولا يَبْنِي لذي اليد الحالية على دعواه التملك بالهبة ونحوها، فتبقى الملكية وتستصحب، وتتنفى دعوى ذي اليد الملك العارض بالهبة؛ لأن الأصل عدمها حتى تثبت بالبينة على إزالة المالك لملكه وانتقاله لذي اليد، فإن لم توجد فيصدق نافي الملك العارض، ويعتبر مدعي عليه القول قوله بيمين<sup>(٢) (٣)</sup>.

**ويحمل خروج المال على أقل التصرفات استصحاباً لبقاء الملك:** فالأصل قول المالك النافي للتصرف والإذن في وضع اليد<sup>(٤)</sup>، وعلى ذي اليد إثبات الإذن من المالك بالقول أو بقرينة الحال أو بالعرف، المواد (٧٧٢، ٨٧٣، ٩٥١) مدني يعني<sup>(٥)</sup>، فإن ثبت تصرف للمالك وتصادق على الإذن في اليد للآخر فيحمل الكلام على الأقل، فلو قال المالك: خرجت مني عارية، وقال ذو اليد: بل رهناً، فالقول قول المالك وله استرداده في الحال إن لم يثبت المرتهن الرهن، المادة (٣/١٠٢٤) مدني يعني<sup>(٦)</sup>، ولو قال المالك: خرجت قرضاً أو عارية، وقال ذو اليد: بل هبة، فالقول قول المالك وله استرداده ما لم يثبت الآخر الهبة باللفظ أو بقرينة حال أو بعرف جارٍ مستمر، وهكذا.

(١) المذهب ٣٠٣/٢، وتبصرة الحكام لابن فرحون، ١٩١/١، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٩١/٤، وكشاف القناع ٢٠١/٤، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٧٠/٣، ووسائل الإثبات ٦٦٣/٢.

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها للزحيلي ١٣٨/١.

(٣) ولا يشكل ما أورده القانون المدني في الغصب المادة (١١٤٧): إذا اختلف المالك والغاصب في العين المغصوبة أو قيمتها فالبينة على المالك. وما أورده في حيازة الملك والثبوت في المادة (١١١): من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالكاً له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، لأن هذه حالة أخرى، وهي عند عدم تصديق وإقرار الغاصب والحائز بالملك السابق للمالك، بل يدعي ملكية مطلقة، ولم ينسب ملكيته بالانتقال من المدعي، فهنا يجب على المالك إثبات ملكه وسبق يده على العين المدعى بها التي في يد المدعي عليه، فإن أثبت فالأصل في يد المدعي عليه التعدي والغصب، والأصل عدم الإذن من المالك.

(٤) الأشباه والنظائر للسبوطي ٦٨، وما بعدها، ووسائل الإثبات للزحيلي ٦٦٠/٢، والمحلى لابن حزم ٢٥٥/٧.

(٥) في المساقاة: نصت المادة (٧٧٢) مدني يعني: إذا اختلف المالك مع الأجير أو العامل على الأجرة فالقول قول نافي الزيادة، وإذا اختلف في الإذن فالقول للمالك في نفيه، في الوديعة: المادة (٩٥١): إذا اختلف الطرفان فالقول للمالك في نفي الغلط والقدر والإذن بالنقل والاستعمال والتصرف، في القراض: المادة (٨٧٣): القول قول رب المال والبينة على العامل عند الاختلاف في ثلاث مسائل هي: في أن المال قرض أو غصب ليضمن العامل التالف منه.

(٦) في الاختلاف في الرهن المادة (١٠٢٤) مدني يعني: إذا اختلف الراهن والمرتهن فالقول قول الراهن في الأمور الآتية: نفي الدين ونفي الرهن ونفي القبض ونفي العيب ونفي الرد ما لم يكن المرتهن قد استوفى دينه أو أبرأ المدين منه فإن القول قوله في الرد والعين، بقاء الرهن في يد المرتهن لا يبد ورثته حتى يثبت وصوله إلى يدهم.

## المبحث الثاني: تطبيقات فقهية للاستصحاب في الاختلاف في سبب خروج المال:

### المطلب الأول: دور الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق أجره العين

وصورة المسألة أن تثبت الملكية للعين لمن خرج من يده المال وانتقل منه، وتثبت اليد العارضة لمن في يده المال (العين)، ثم يختلفان في استحقاق المالك للعوض عن منفعة العين من عدمه: بأن يطالب المدعي المالك باستحقاق عوض المنفعة، ويدعي المنتفع بعدم استحقاق عوض المنفعة، ولهذا الاختلاف صور، أهمها المسألتان الآتيتان:

#### الفرع الأول: الاختلاف بين العارية والإجارة

فيتصادق الطرفان على ملكية من انتقل المال وخرج من يده وعلى بقاء هذه الملكية حين التداعي، ويختلفان في استحقاق المالك لعوض المنفعة للمال التي انتفع بها من المال في يده، لاختلافهما في سند وسبب هذا الانتقال: أكان على سبيل العارية من غير عوض أم أنه إيجار فيستحق المالك عوض المنفعة، كاختلاف مالك السيارة وراكبها أو الاختلاف بين مالك الدار وساكنها أو الاختلاف بين مالك الأرض وزارعها؛ فاختلف الفقهاء بناء على الاستصحاب إلى ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** قال الشافعية والمالكية والحنابلة والمؤيد بالله من الزيدية: إن القول قول من انتقل المال من يده، وهو المالك في استحقاقه للعوض على المنفعة، مع يمينه، لأن المنفعة لها قيمة وعوض عنها كالعين، ولا يخرج ما له قيمة من ملك ماله لآخر إلا ببيئة، ولأن الأصل عدم إباحة المنفعة لغير المالك، ولأن المنتفع استهلك منفعة وأتلفها ويدعي سقوط عوضها وبراءة ذمته منها، ولأن الأصل قول المالك في صفة خروج ماله من يده، فيقبل قوله؛ ويستحق الأجرة<sup>(١)</sup>.

وأخذ الحنفية بقول المالك المعبر في مقدار الإعارة وزمانها ومكانها بعد ثبوت عقد العارية<sup>(٢)</sup>.

فالاختلاف كان بين المالك والمستوفي للمنفعة في صورتين:

١ - الاختلاف بين الإجارة والإعارة في المنقول، فالمالك مدعي عوض المنفعة، وإذا اليد على الدابة أو السيارة أو غيرها منكر الأجرة ومدعي الإعارة.

٢ - الاختلاف بين المزارعة والإعارة في الأرض الزراعية، وفي كلا المسألتين القول قول المالك، ويستحق الأجرة بشروط:

- أن يستوفي ذو اليد المنفعة من المال، ويمضي زمن لمثله أجره في العادة، كلبس الثوب جمعة، أو استخدام الآنية شهراً، وإمسك الدابة زمناً يبلغ به إلى مكان يقصد حتى وإن لم يذهب إليه، أو يمضي موسم يزرع فيه الزرع وينمو ويجذ والأرض الزراعية في يد مدعي الإعارة، وأما إن كان الاختلاف حين العقد أو مضى وقت ليس لمثله أجره فالقول قول مدعي الإعارة، ويرد العين للمالك؛ لأنهما لم تتطابق إرادتهما على عقد معين؛ بل اختلفا على السوم أي في المبايعة والمفاصلة.

- أن تكون العين (الدابة والأرض) في يد مدعي الإعارة لم تتلف، هذا الشرط اشترطه الشافعية، ثم ذكروا أنه إذا كان الاختلاف بعد تلف العين فكذلك له أجرها يمين، وكأنه يستحق الإيجار مع بقاء العين بلا يمين، أما عند

(١) مغني المحتاج للشربيني، ٣/٣٣١، ونهاية المحتاج ٥/٢٤٣، ١٤٢، والشرح الكبير، للدردير، ٣/٤٤٠، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، ٢/٢١٧، وشرح الأزهري، ط ب، ٣/٣٠٩، ط أ، ٧/٣١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢١٦، والمبسوط، للسرخسي، ١١/١٤٣.

التلف فالأصل أن الضمان بالخراج، فطالما هو ملزم بضمان تلف العين في يده فهي مقابل بأن له الخراج وهي منفعة العين من غير مقابل عوض، أما لو حلف فيقضى له بالإيجار لثبوته حينها باليمين.

- أن لا توجد بيّنة لأحدهما على دعواه، أو بيّنا معًا بيّنة متساوية، فأما إن بيّن مدعي الإعارة بشهادة أو محرر مكتوب، ونحوه فهي إعارة بالبيّنة، وكذلك إن بيّن المالك مدعي الإيجار فيستحق الأجرة التي أثبتتها البيّنة من غير يمين، أما إن بيّن كل منهما بيّنة تتساوى مع بيّنة الآخر فترجح وتقدم بيّنة المالك في استحقاقه الأجرة؛ لموافقتها لأصل ضمان قيمة المنافع.

- أن يحلف مدعي الإجارة اليمين على أن ماله خرج من يده إجارة، فيستحق الإيجار؛ فإن نكل رفضت دعواه استحقاق الإيجار، ولا يحلف مدعي الإعارة، وقال المالكية والقاضي حسين من الشافعية: يكون القول لمدعي الإعارة بيمينه على ذلك، فإن نكل غرم أجرة المثل.

والحكم كما قلنا استحقاق المالك الأجرة على ذي اليد، يأخذ عين ماله، لأن ذا اليد لا يدعي استمرار الإيجار، ومقدار الأجرة:

١- الراجع عند الشافعية والحنابلة أنها إيجار المثل، وهذا الراجع.

٢- وقول للشافعية وقول للحنابلة: هي المسمى الذي حلف عليه، واشترط المالكية أن تكون قريبة تشبه إيجار المثل.

**القول الثاني:** وقال الهاديوية الزيدية والحنفية وقول للشافعية والقانون اليمني: أن القول قول من بيده المال النافي العوض عن المنفعة؛ لأن الأصل في المنافع عدم العوض عنها؛ ولأنهما توافقا على منح المنفعة والإذن في استخدامها من المالك، وإباحتها لذي اليد، وادعى المالك استحقاق الأجرة عليها، والأصل براءة ذمة ذي اليد منها، والمنفعة لا تصير مقومة بمال إلا بعقد الإيجار، ويلزم المالك إثباته ليستحق العوض عنها<sup>(١)</sup>.

وقد نصت المادة (٨) من مجلة الأحكام العدلية: الأصل براءة الذمة، وهي نص المادة (١١) من القانون المدني اليمني؛ وتعني: أن الأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة أي غير مشغولة بحق آخر؛ لأن كل شخص يولد وذمته بريئة وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد؛ فكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يبرهن على ذلك.

فإن بيّنا جميعًا حكم بيّنة العوض؛ أو اعتاد أحدهما وكان هو الغالب فالقول قول من ادعى المعتاد والغالب<sup>(٢)</sup>.

ويوافق أصحاب القول الأول هذا القول، ويكون القول قول من انتقل إلى يده المال في نفي العوض إن حصل الخلاف حين العقد أو بعده مباشرة قبل مضي مدة يكون لمثلها أجرة عادة، لأنه لم يتلف شيئًا حتى نقول أنه مدعي لسقوط بدله؛ ولأن الأصل عدم الإجارة وبراءة ذمته من الأجرة، أو في حالة ما كان صاحب المال لا يتعده مثله أن يأخذ كراء على مثل ذلك الشيء، فالقول للمستعير بيمينه<sup>(٣)</sup>.

ونصت المادة (٩٨٢) من القانون المدني اليمني: إذا اختلف المعير والمستعير فالقول للمستعير في كون العين عارية وليست إجارة، ونصت المادة (١٣١٦) مدني: الخيام الصغيرة والأكشاك والصنادق ونحوها التي تقام على أرض الغير عادة بصفة مؤقتة دون أن يكون مقصودًا بقاءها على الدوام والاستقرار، تكون ملكًا لمن أقامها والأرض لصاحبها، ولا يجوز بقاء المواد إلا بإذن المالك.

(١) المسوط ١١/١٤٩، ودرر الحكم، ٢/٣٠٥، وشرح الأزهار ٣/٤٣٣، (ط أ)، ٨/١٠٦، ومغني المحتاج ٣/٣٣١.

(٢) شرح الأزهار ٣/٤٣٣ طبعة ب، ٨/١٠٦، وكذلك نفسه ٤/١٤٠ (ب ط)، ط أ ٩/٢٨٨.

(٣) مغني المحتاج ٣/٣٣١، والشرح الكبير ٣/٤٤٠، والكافي في فقه الإمام أحمد ٢/٢١٧.



فجعل القانون استخدام الأرض من الغير بوضع خيمة أو كشك ونحوه مما له صفة التوقيت في بعض المناسبات من باب التسامح في الانتفاع المؤقت دون عوض أو عقد حتى بالإعارة، فلا مالك الأرض يطلب أجره ولا صاحب الخيمة يطلب البقاء إلا بإثبات إذن المالك ورضاه إجازة أو إعارة، كما ليس لصاحب الخيمة أن يدعي أنها مظهر لحياة الملك.

**القول الثالث:** وقال البعض من الشافعية والزيدية والمالكية بالتفصيل بين ما يغلب فيه الإعارة وعدم أخذ العوض عن المنفعة فيكون القول قول من المال في يده في نفي عوض المنفعة، وبين ما يغلب عليه أخذ العوض فيكون القول قول المالك في استحقاقه للعوض<sup>(١)</sup>.

وذلك بالنظر إلى العرف الجاري في نوع المال المختلف على أجرته وإلى عرف الطرفين في إعارته أو إيجاره. فإن كان الشيء مما يعتاد عرفاً أن يعار: كالفأس والمحفرة والمطرقة، فالعرف الجاري في اليمن ومعظم البلاد العربية بأن القول لمدعي الإعارة، وكذلك العرف على العارية في الجنابي والسيوف للرجال، والحلي للنساء، للبسها في مناسبات الزفاف وغيرها، وإن كان المال مما لا يعتاد إعارته ويعتاد تأجيره كأرض للبناء أو حقل للمزراعة والغراس لمدة طويلة فالقول للمالك في دعواه الإيجار واستحقاقه للأجرة، أما تمكين ذي اليد من منفعة الأرض لمدة قصيرة كوقف سيارة وإقامة مخيم لعرس أو مأتم ونحوه فالعرف فيه على أنه إعارة.

وكذلك ينظر إلى عرف المالك فيكون بحسب طبيعة عمله وما يمارسه من نشاط، ومركزه الاجتماعي، وعلاقة المنتفع به، فمن اعتاد في عمله إجازة شيء فعقده إجازة فيه، كمحلات تجهيز المخيمات بالسجاد والكراسي ومكبرات الصوت، ومؤجري السيارات والدراجات ونحوه، أما إن كان المالك لا يمارس إجازة ما سلمه: فإن وجد عرف على إعارته ككونه كبير عشيرته أو يأنف مثله تأجير ذلك الشيء، أو وجدت قرابة النسب أو المجورة بينه وبين المنتفع فالعقد عارية، وإن لم يعلم عرف للشخص ولا للعين المنتفع بها، فكما سبق الجمهور أنها إجازة، والزيدية والقانون اليمني أنها إعارة، كذلك ينظر لعرف العامل الذي بيده المال؛ فإن كانت عاداته استئجار الشيء والعمل به فالقول قول مالك المال بأنها إيجاره وإن لم يعتد ذلك فالقول قوله بأنها عارية.

ونصت المادة (٩٨٢) من القانون المدني اليمني: إذا اختلف المعير والمستعير فالقول للمستعير في كون العين عارية وليست إجازة، إذا لم يكن عادة المالك تأجيرها، ونص في إيجار الأشخاص (عقد العمل) المادة (٧٨٧) مدني: إذا اتفق الطرفان على أداء خدمة معينة فإن الأصل في أدائها التبرع؛ إلا إذا كان قوامها عملاً لم تجر العادة بالتبرع به، أو كان داخلياً في مهنة من أداه فتكون بأجر.

ونص في انتفاع أحد الشركاء بالمال المشترك في المادة (١٢٢٣) مدني: ليس للشريك الحاضر الانتفاع بنصيب شريكه الغائب إلا بإذنه، وإذا انتفع بدون إذن شريكه لزمه أجر مثل المنفعة إلا لعادة جرت بغير ذلك، وإذا أذن له ولم يعتبر الأجرة فلا أجر له، وإذا كان الانتفاع بالمال المشترك مما يختلف باختلاف المنتفع أو ينقص من المال المشترك أو يضر به ضمن ما حصل من نقص أو ضرر بسبب الانتفاع.

ومما سبق نستنتج الآتي: أولاً: الاستصحاب: فالقول الأول استصحاب حرمة ملك المالك وأصل عدم الإذن من المالك في استعمال ماله عارية، وأصل ضمان استهلاك منافع مملوكة من الغير؛ فرجح أن القول قول مالك المال في أن المال خرج على سبيل الإيجارة واستحقاقه للأجرة.

(١) مغني المحتاج ٣/٣٣١، وشرح الأزهار ٣/٣٠٩، ٤/١٤٠ (ب ط)، والشرح الكبير ٣/٤٤٠.



وأما القول الثاني فاستصحب أصل براءة الذمة من الأجرة، وأصل عدم شغل ذمته للغير، وأصل نفي عقد الإيجار وأصل إباحة المنافع للغير والتسامح فيها؛ فرجح قول من بيده المال في دعواه الإعارة، وعدم إلزامه بأجرة عوض المنفعة.

ثانيًا: اعتبار وجود العرف كدليل معتبر ناقل عن الاستصحاب عند القول الثالث: فوجود العرف على أخذ الإجارة عن منفعة العين يجعل العقد إجارة، ويلزم المنتفع الذي بيده المال دفع إجارة المثل عوضًا عن منفعة العين، وإن كان العرف جاريًا على إباحة المنفعة في العين من غير عوض فالعقد عارية فلا يستحق المالك على من بيده العين إجارة ولا يضمن تلفها إلا إن تعدى أو فرط، وهذا قول راجح اعتبر الأصلين في الاستصحاب السابقين واعتبر العرف كدليل ناقل عنهما، وأخذ به القانون اليمني.

### الفرع الثاني: الاختلاف بين القرض والقراض (الشراكة)

في هذه المسألة المالك الذي خرج من يده المال يدعي أنه دفعه قراضًا ويستحق الربح عن المال، والمدعى عليه من يده المال والربح يدفع ذلك ويدعي بأنه أخذه قرضًا ليرد عين المال فقط للمالك دون ربح له (منفعة المال)، فاختلف الفقهاء بناء على الاستصحاب فيمن يقدم قوله:

**القول الأول:** قال الشافعية وقول للزيدية: يقدم قول الذي في يده المال في دعواه القرض، ويقبل قوله فيها بيمينه من غير بيّنة؛ لأن الأصل في الأشياء عدم؛ أي: عدم الربح، وحتى إن وجد الربح فإنه إن اشترى وباع لنفسه فيكون الربح له؛ وبديل القرض مضمون في ذمته، ولا يقبل قوله في رد القرض إلا بيّنة؛ مؤاخذه له بمقتضى دعواه، فلو أقاما بينتين قدمت بيّنة الآخذ؛ لأن معها زيادة علم، أما لو قال المالك: قرضًا، وقال الآخذ: قراضًا بعد خسارة المال؛ فإنه يُصدّق مالك المال بأنه قرض ليضمن الآخذ؛ لأن الأصل ضمان ما قبض، وهو يدعى اسقاطًا بدعواه القراض والأصل عدمه<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** قال الحنابلة وأكثر المالكية والحنفية وبعض الزيدية: القول قول المالك الذي خرج المال من يده بيمينه، بأنه قراضًا يستحق عليه الربح، أو قرضًا مضمون بالذمة لا يحتسب عليه شيء من الخسارة؛ لأن المالك مصدق في صفة خروج المال من يده؛ ولأن الأصل بقاء ملكه عليه؛ فإن حلف صاحب المال استحق ماله ونصف الربح، وإن خسر العامل كانت الخسارة على رب المال، فإن ادعى صاحب المال بأنه دفعه قرضًا وقال من بيده المال بأنه قراضًا، وقد خسر فيه فكذلك يصدق صاحب المال بيمينه؛ لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان وعدم الولاية، لكن إن أقاما بينتين فوافقوا القول الأول في تقديم بيّنة العامل لأن معها زيادة علم وناقلة عن الأصل<sup>(٢)</sup>.

**القول الثالث:** وقال بعض المالكية وأكثر الزيدية والقانون اليمني: القول لمن يدعي القرض وينكر الزيادة عليه أيهما كان المالك أم الآخذ؛ لأن الأصل عدم أي عدم الربح والزيادة على المال، والأصل عدم المضاربة، بقاء المال على ما كان<sup>(٣)</sup>.

ونصت المادة (٨٧٣) مدني بمكي: القول قول رب المال والبيئة على العامل عند الاختلاف في ثلاث مسائل هي:

١ - كيفية الربح أي طريقة تحققه ونوعه وجنسه.

٢ - في نفي الربح بعد إقرار العامل بمال المضاربة مع ادعاء ربح فيه ولا مصادقة على قدره.

(١) نهاية المحتاج ٢٤٣/٥، والمنثور للزركشي ١٤٩/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٧، وشرح الأذهار ٣/٣٤٨.

(٢) المغني لابن قدامة، ٥/٥٧، وكشاف القناع للبهوتي، ٣/٥٣٢، وشرح الأذهار ٣/٣٤٨، والشرح الكبير ٣/٥٣٧، وحاشية ابن عابدين على رد المختار على الدر المختار: ٥/٦٧٥.

(٣) شرح الأذهار ٣/٣٤٩، ٣٥٠، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، ٧/٣٨٠.



٣- في أن المال قرض أو غصب ليضمن العامل التالف منه وادعى العامل أنه مضاربة (قرض)، ومن غير ذلك إن ادعى العامل أن المال قرض لا مضاربة فالقول قوله.

فالقانون وإن جعل القول قول رب المال فيما يضمن أصل رأس المال وفي نوع الربح وقدره عند تصادقهما عليه، وعلى نفيه أن تصادقا على القراض، لكنه جعل الاختلاف بين القرض والقراض القول قول العامل بأنه قرض لا ربح فيه.

فالتنتيجة أن جميع الأقوال الثلاثة تمسك بالاستصحاب وبني عليه، ولكنهم اختلفوا فيما هو الأصل المستصحب، فالأولون تمسكوا بأن الأصل عدم في وجود الربح؛ فجعلوا القول قول العامل في أنه قرض، ولأنه مؤتمن فيصدق قوله.

والقول الثاني تمسك بأن الأصل بقاء الملك وضمان ذي اليد وعدم ولايته على المال إلا بما يقوله رب المال؛ فقدموا قول رب المال، وعند الخسارة فإن الأصل هو شغل ذمة العامل بالمال لإقراره به؛ ثم ادعى مسقطاً بالقراض والأصل بقاء ما كان على ما كان.

وأما القول الثالث فجعلوا الأصل عدم الربح فيصدق من ادعى منهما القرض، سواء وجد ربح أو خسارة. كما قدم الجميع عند البيّنة بينة العامل لأنها ناقلة من الأصل ومعها زيادة علم، فيعمل بها ويترك الاستصحاب؛ لأن الاستصحاب لا يعمل به إلا عند عدم وجود دليل ناقل من الأصل.

### المطلب الثاني: دور الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق استرداد المال

صورة المسألة أن يثبت انتقال المال من يد المدعي إلى يد المدعى عليه ذي اليد، ثم يختلفا في حق استرداد المدعي الذي خرج من يده المال للمال المدعى به، وإلزام المدعى عليه صاحب اليد بتسليم المال إن كان معيناً بالذات وهو موجود، أو ضمان عوضه بقيمته إن استهلكه أو تصرف فيه، أو مثله إن كان مثلياً.

والصور التي يدعيها المدعي لاسترداد المال كثيرة: كالقرض، أو العارية، أو الوديعة، أو الغصب، والصور التي يدفع بها المدعى عليه ذو اليد لدعوى الاسترداد كثيرة أيضاً: كالهبة، والاستحقاق وفاء لدين، أو وفاء للقرض، أو وفاء ثمن مبيع، أو حصة شراكة، وأهم هذه الصور الآتي:

### الفرع الأول: الاختلاف بين دعوى المالك الاسترداد ودعوى الآخذ الاستحقاق

ففي هذه المسألة المدعي الذي خرج من يده المال يدعي أن المال خرج من يده قرضاً أو وديعة أو عارية، ويطالب المدعى عليه برده، أو رد عوضه أو مثله، ويوافق المدعى عليه المدعي في سبق اليد للمدعي، وأن المال انتقل إليه منه، ولكنه يدعي استحقاق عليه، بأنه خرج إليه هبة له أو صدقة عليه من المدعي، ويدفع بعدم قبول مطالبة المدعي باسترداده؛ لأن المال أصبح ملكه، ولم يتوافقا على صيغة معينة للعقد، أو لم تصدر منهما سوى المعاوضة للمال، ولا بينة لأحدهما على ما يدعي من كتابة أو شهادة ونحوه، فاختلف الفقهاء في ذلك بناء على الاستصحاب إلى ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** قال جمهور الفقهاء: الشافعية، والحنفية، والحنابلة، والزيدية: القول قول المدعي الذي خرج من يده المال: بأنه قرض أو وديعة ويستحق استرداده بيمينه، ويلزم المدعى عليه ذي اليد رده عليه<sup>(١)</sup>، وقال المالكية وقول للشافعية: بأن القول قول من خرج من يده المال إذا لم توجد قرينة تؤيد قول المدعى عليه الذي بيده المال<sup>(٢)</sup>.

(١) الأم للشافعي ٧٨/٥، ومغني المحتاج ٣/٣٣١، والعقود الدرية، ١٩/٢، ٨٤، وكشاف القناع ٢/٢٧٤، وشرح الأزهري ٤/١٤٠، ١٤١.

(٢) الشرح الكبير ٣/٤٢٨، والفتاوى الكبرى للهيتمي، ٢/٢٦١.



وذلك مثل أن يعطي الرجل زوجته ألفاً ويدعي بأنها عارية وهي تقول بأنها هبة، فالقول قول الدافع، أو أن يأكل أحدهم طعام الآخر ويقول بأن مالكة أباحه له وأنكر المالك؛ فالقول قول المالك ويستحق قيمته، أو قال المالك بأني بعته عليك وقال الآخذ بل وهبته لي، فالقول قول المالك؛ لأن القول قول المالك في إذنه وفي صفة خروج المال من يده، والأصل بقاء الملك عليه للمدعي، والأصل شغل ذمة الآخذ وضمانه ولا يسقط عنه ذلك إلا ببيّنة<sup>(١)</sup>. ولو اختلف المضطر والمالك، فقال المالك: أطعمتك بعوض، فقال المضطر: بل مجاناً؛ صُدّقَ المالك؛ وذلك حملاً للناس على هذه المَكْرَمَةِ العظيمة التي بها إحياء وإبقاء النفوس؛ إذ لو أحوجناه للإشهاد لفاتت النَّفْس<sup>(٢)</sup>. كذلك لو قال المالك: يَعْثُكَ بكذا، فقال الآخذ: بل وَهَبْتَنِيهِ؛ حلف كل منهما على نفي دعوى الآخر، وصدق قول المالك ويكفي إقرار الآخذ بالقبض منه، وعلى مدعي الهبة رد المدعي به بزوائده المتصلة والمنفصلة، فإن فاتت غرمها<sup>(٣)</sup>؛ لأن الأصل الظاهر في الأعيان العوض، فلو أن امرأة الرجل دفعت إليه مائة درهم وقالت: اقض بها دينك، ثم ادعت عليه ردها؛ فإن القول قولها<sup>(٤)</sup>، وكذلك من دفع إلى ابنه مالاً دراهم، فقال له: أنفقها، أو قال: اصرفها إلى حوائجك ففعل، فهو قرض، فلو أراد الأب أخذه: صُدّقَ أنه دفعه قرضاً؛ لأنه المملك<sup>(٥)</sup>؛ حتى لو سأل مَنْ ظاهره الفقر رجلاً: أن يعطيه شيئاً، وأطلق، فدفع إليه، ثم اختلفا هل هو قرض أو صدقة؟ فُيْلَ قول الدافع في كونه قرضاً؛ لأنه أدرى بنيته<sup>(٦)</sup>.

ومما استدل به هذا القول: ما جاء في حديث عبدالرحمن بن قيس الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشتري الأشعث رقيقاً من رقيق الحُمس من عبدالله بن مسعود بعشرين ألفاً، فأرسل عبدالله إليه في ثمنهم، فقال الأشعث: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبدالله: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إِذَا اختلفَ الْبَيْعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السِّلْعَةِ، أَوْ يَتَنَزَّكَانِ»<sup>(٧)</sup>.

(١) مغني المحتاج ٣/٣٣١، وروضة الطالبين للنووي، ٣/٥٧٩، وأسنى المطالب للأنصاري، ٢/١٤١.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، ٧/٤٤٢، ونهاية المحتاج ٤/٢٢٢.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٤/١٦٧، ٥/٤١٥.

(٤) شرح الأزهار ٤/١٤٠، ١٤١، ط ب، ط أ ٩/٢٨٨، ٢٨٩.

(٥) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٩، ٨٤.

(٦) كشاف القناع ٢/٢٧٤.

(٧) سنن أبي داود، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، برقم (٣٥١١)، وصححه الألباني، ٣/٢٨٥، وسنن النسائي، باب اختلاف المتبايعان في الثمن، برقم (٤٦٤٨)، ٧/٣٠٢، ومستدرک الحاكم، وصححه ووافقه الذهبي (٢٢٩٣)، ٢/٥٢، قال الشوكاني في نيل الأوطار ٥/٢٦٥، ٢٦٦، ٨/٣٥١: رواه النسائي وأبو داود، وقال الترمذي بأنه مرسل؛ فعون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود، وقال المنذري منقطع، وصححه الحاكم وحسنه البيهقي، وأعله ابن حزم بالانقطاع وابن القطان بجهالة عبدالرحمن، وقال ابن عبد البر: إنه منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من الفروع، قال الخطابي: هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله؛ وذلك يدل على أن له أصلاً وإن كان في إسناده مقال أ هـ.

قال الشوكاني: لم يذكر الحديث الأمر الذي فيه الاختلاف، وحذفت المتعلق مشعر بالتعميم على ما تقرر في علم المعاني؛ فيعم الاختلاف في المبيع والثمن وفي كل أمر يرجع إليهما وفي سائر الشروط المعتبرة، وصاحب السلعة هو البائع، فالقول قوله إذا وقع الاختلاف بينه وبين المشتري في أمر من الأمور المتعلقة بالعقد ولكن مع يمينه. والظاهر عدم الفرق بين بقاء المبيع وتلفه، ولم يذهب إلى العمل به في جميع صور الاختلاف أحد فيما أعلم، بل اختلفوا اختلافاً طويلاً، ووقع الاتفاق في بعض الصور والاختلاف في بعض، وسبب الاختلاف لمعارضته قوله صلى الله عليه وسلم: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>؛ فالحديث السابق يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبيّنة على المشتري من غير فرق بين أن يكون البائع مدعيًا أو مدعى عليه، فبينهما عموم وخصوص من وجه، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق وهي حيث يكون البائع مدعيًا فينبغي أن يرجع في الترجيح إلى الأمور الخارجية<sup>(٢)</sup>. قال الفقهاء في بيان دليل الاستصحاب: إذا اختلف المالك وواضع اليد فيصدق المالك الذي خرج المال من يده؛ لأن من كان القول قوله في أصل الإذن كان القول قوله في صفته؛ والمدعى عليه لَمَّا علم أن يده على العين خلقًا عن المالك اقتضى ذلك ضمانه، إذ الأصل في الاستيلاء على مال الغير الضمان، فدعواه الإذن يخالف أصل الضمان الناشئ عن الاستيلاء، والأصل عدم الإذن، والأصل عدم بقاء ما كان على ما كان ببقاء ملك المالك الأول وعدم البيع وعدم الهبة منه؛ فيصدق قوله، ولا يزول ملكه إلا ببيّنة ناقلة<sup>(٣)</sup>.

وإن كان هناك خلافاً سابقاً في ضمان قيمة المنافع فإن الأعيان تخالف المنافع لأن الظاهر العوض؛ فلو أعطاه ثوبه أو جاريته ثم اختلفا هل بعوض أم لا فالظاهر قول مدعى العوض قولاً واحداً<sup>(٤)</sup>.

فمن ثبت عليه دين أو عين فادعى فيه حقاً أو اسقاطاً وإبراء، أو كونه لغير المدعى ذاكراً سبب يده لم تقبل دعواه إلا ببيّنة؛ فلو ادعى رجل على رجل مالاً أو عيناً فأقر له بذلك أو ثبت عليه بالبيّنة لكن ادعى فيه حقاً أو اسقاطاً، فالحق نحو أن يدعي عليه ديناً فيقر به موجلاً<sup>(٥)</sup> أو داراً فيقر بما ويدعي أنها في يده رهن أو إجارة، والاسقاط نحو أن يدعي عليه ديناً فيقر به ويدعى أنه قد أبرأه، لا يقبل قوله في هذا كله إلا ببيّنة<sup>(٦)</sup>.

والخلاصة أن الأعيان الأصل في انتقالها من يد إلى أخرى الضمان بردها أو تسليم عوضها، وأن ثبوت خروج المال من يد المدعي يجعل الأصل قبول قوله وتصديقه في إذنه في الخروج أو نفيه، وفي صفة هذا الخروج، وفي استحقاقه استردادها أو تسليم عوضها، بخلاف المنافع فإن فيها الخلاف السابق في استحقاق عوض المنفعة؛ والسبب في ذلك

(١) صحيح البخاري، (٤٥٥٢)، ٣٥/٦، وصحيح مسلم، (١٧١١)، ١٣٣٦/٣، وفي رواية قال صلى الله عليه وسلم للأشعث بن قيس لما اختلف مع رجل في أرض: «هَلْ لَكَ بَيْتَةٌ؟» قُلْتُ: لَا، قَالَ: «فَبَيْتُهُ»، وفي رواية: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»، متفق عليه: صحيح البخاري (٢٥١٥)، ١٤٣/٣، وصحيح مسلم (١٣٨)، ١٢٢/١.

(٢) نيل الأوطار ٢٦٦/٥.

(٣) نهاية المحتاج ١٤٣/٥، والشرح الكبير ٤٤٠/٣، والكاظمي ١٦٠/٢، والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦٠٩/٥.

(٤) شرح الأزهار ١٤٠/٤، ١٤١، (ب ط).

(٥) في القانون المدني اليمني م (٥٠٦): إذا اختلفا في الأجل فالقول لمن ينفي الأجل ومدعي الأقل، والبيّنة في الحالتين على مدعي الأجل ومدعي الزيادة، وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالبيّنة على مدعي البقاء.

(٦) شرح الأزهار ط ٢٩٨/٩، وما بعدها، ط ١٢٦/٤.



أن عوض المنفعة مما جرت العادة في إباحته من غير مقابل، بخلاف الأعيان فالأصل أن لا تنتقل إلا برضا وعوض، وعلى الآخذ إثبات سبب انتقال المال إليه ودفع عوضه، وإلا فإن القول قول من انتقل المال من يده وصفته.

**القول الثاني:** وقال قول عند الحنابلة والزيدية والمالكية والشافعية ورجحه ابن حجر الهيتمي والقانون اليمني: بالتفصيل بحسب القرائن، فإن وجدت قرائن تدل على أن التصرف قرض أو عارية فيسترد المال، أو أنه هبة أو صدقة فلا يسترد، فيعمل في كلِّ بما دلت عليه؛ وجعلوها دليلاً ناقلاً عن الاستصحاب.

فمن القرائن الدالة على أن التصرف هبة أو صدقة المؤيدة لقول المدعى عليه الآخذ: أن يدفع لمن سأل مألأ لله، أو قال اعطني شيئاً ولم يحدد قدره، أو كان في مناسبة مأتم أو عرس، أو عند قدوم دافع المال من سفر والآخذ قريب أو صديق، أو شهد الرسول بالمال بما يوافق الموهوب له بأنه هبة، وأن قرينة بعث المال المنقول وخصوصاً الطعام والثياب للشخص يجعله هبة، وما جرى عرف بهتة كتناول الزوج من سمن ولبن أبقر زوجته، أو أن يستهلك المرسل إليه المال ويمضي زمن دون مطالبة أو يموت؛ فيكون القول قول الآخذ المدعى عليه في تملكه ما بيده ونفي دعوى الاسترداد<sup>(١)</sup>.

ومن قرائن القرض أو العارية التي تؤيد قول المدعى الذي خرج من يده المال: أن يطلب الآخذ قدرًا معينًا من المال؛ فيدل أنه قرض، أو وجد عرف يقضي برد الآخذ للمعطي عند حصول مناسبة له كالعرس والمأتم، أو لا يوجد عرف لكن الآخذ غني، أو شهد الرسول الذي أوصل المال بما يوافق دعوى المدعى بأنه قرض أو ودعة، أو اختلفا في عقد لا يكون إلا بعوض؛ فيكون القول قول المدعى للاسترداد للمال الذي انتقل من يده<sup>(٢)</sup>.

وإن جهز رجل ابنته في زفافها بما يجهز به مثلها، ثم قال: أعرتها إعاره، وقالت هي: بل أعطيتني ملكًا؛ فإن كان العرف مستمرًا بين الناس أن الأب يدفع الجهاز ملكًا لا إعاره لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه، وإن لم يكن العرف كذلك فالقول له، وأما إن جهزها بأكثر مما يجهز به مثلها فالقول له اتفاقًا في الجميع عند الحنفية، ولو اشترى الأب لأبنته شيئًا وسلمه لها في صحته فهو لها خاصة ولا سبيل للورثة عليه<sup>(٣)</sup>.

نص قانون الأحوال الشخصية في المادة (٢٠٥): الجهاز للعروس يأخذ حكم العرف (وهو ما يقدمه العريس أو غيره للعروسة).

ويكون القول قول الآخذ المدعى عليه بالهدية فيما ينقل، كالثياب والحيوان وسائر المنقولات؛ فإنها تملك بالقبض من المهدى إليه، وإن لم يأت صاحبها بلفظ الإهداء؛ لوجود القرائن على الهدية، كما يهدى في الولائم، والقدوم من سفر ونحوها، والبعض قيد أن الذي يملك بالقبض في الهدايا إنما هو المأكولات فقط، وتعويض الهدايا التي تهدأ في الأعراس وغيرها حيث كان المعلوم إنما أهديت للأعواض حسب العرف فيها؛ فإذا كانت العادة جارية مستمرة بأن الولائم والمأتم ونحوها يفعل ذلك فيها ليفعل المهدى إليه كما فعله المهدى؛ فإنها تحب المكافأة، ويكون ذلك كالقرض

(١) كشف القناع ٢/٢٧٤، والمنثور في القواعد للزركشي ١/١٤٨.

(٢) شرح الأزهار ٤/١٤٠، ١٤١، ط ب.

(٣) رد المختار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين، ٥/٦٨٤.

فيما يصح القرض فيه، ويجب رد المثل، إلا إن علم من قصد المهدى أنه لا يريد العوض فإنه لا يجب؛ ولهذا لا تجب المكافأة في النثار<sup>(١)</sup>، وكذا الضيافات في الغالب لا يقصد بها العوض<sup>(٢)</sup>.

وإن بعث المدعي بمال، فقال المبعوث إليه: تصدقت به عليّ، وقال الباعث: بل هو وديعة أو قرض وأنكر الصدقة؛ فالرسول شاهد على الباعث: فإن شهد للمبعوث إليه أخذه صدقة بيمين، وإن لم يشهد أو قال لا أدري، فالقول لرب المال بيمينه<sup>(٣)</sup>، ويطبق هذا الحكم على الحوالات المالية فإن ما تحرر في وثيقة الحوالة بأنه سبب للتحويل: كقرض، أو دفع ثمن مبيع، أو صدقة فيطبق؛ وإن لم يوجد سبب الحوالة فالقول قول المرسل المحول (المحيل)<sup>(٤)</sup>؛ فتعتمد القرائن ولكن عند عدمها فالقول قول من خرج من يده المال.

ولا يكون إطعام الجائع وكسوة العاري ونحوهما قرضاً، إلا أن يكون المقترض غنياً، وإلا بأن كان فقيراً والمقرض غنياً فهو صدقة؛ لما تقرر أن كفاية الفقراء واجبة على الأغنياء؛ وينبغي تصديق الآخذ: فيما لو ادعى الفقر، وأنكره الدافع، لأن الأصل عدم لزوم ذمته شيئاً<sup>(٥)</sup>.

وفصل بعض الفقهاء في ثبوت الحق أو العين في ذمة المدعى عليه ثم يدعي اسقاطاً وإبراءً أو حقاً عليها كالتأجيل، فرجحوا تقديم قول المدعي من خرج من يده المال، أو تقديم قول من انتقل المال إلى يده بحسب دليل ثبوت الحق، بحسب كون المدعى عليه أصيلاً أو كفيلاً، وبحسب موافقة دعواه للعرف والعادة:

فعند الشافعية: إن ثبت الحق للمدعي بإقرار المدعى عليه فقط فيقبل قول المقر صاحب اليد بدعوى التأجيل، وإن ثبت بغير الإقرار كالبينة والمحرمات فيكون القول قول المقر له الذي خرج من يده المال، وقال الزيدية والحنفية والحنابلة: القول قول من خرج المال من يده مطلقاً<sup>(٦)</sup>، وقال به أبو حنيفة في الاختلاف في المسترد أقبضه الآخذ استرداداً لحقه أو أنه أخذه تعدياً أو قرضاً يجب رده، فقال الآخذ كنت أعترته سكنى ثم أخرجته، وأعترته دابتي ثم أخذتها، وادعى الساكن أنه له، قال: إن كان القبض ثبت بالإقرار فالقول قول المقر بأنه استرد ماله، ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يقر باليد المطلقة بل باليد بجهة الإعارة، وما عرفت اليد إلا بإقراره فبقيت على الوجه الذي أقر به؛ فيرجع في بيان اليد إليه، ويقدم قول المقر له عند محمد وأبي يوسف لأنه لما أقر بالقبض وجب عليه الضمان والرد<sup>(٧)</sup>.

(١) البتار بضم النون وكسرها: ما يُنْتَرُ في النكاح والختان وغيره من الولايم من الجوز أو اللوز أو السكر أو الدراهم؛ ليلتقطه ويتملكه الملتقط، والبعض كرهه لما فيه من النهية ودناءة الالتقاط، مغني المحتاج ٤/٤١١، ونيل الأوطار ٦/٢٢١، وكشاف القناع ٥/١٨٣.

(٢) شرح الأزهار ط ب ٣/٤٤٩، ٨/١٤٩ (ط أ).

(٣) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي ٣/٤٢٨.

(٤) قال جمهور العلماء: إذا اختلف المحيل والمحال في أن المحيل أحاله بدين أو وكله بقبضه أن القول في ذلك قول المحيل، ونص القانون المدني في المادة (٣٩٠): لا تعتبر الحوالة بحق إقرار بالضرورة من المحيل بأن عليه ديناً للمحال، أي أن القانون وافق الفقه الإسلامي بأن القول للمحيل، ينظر: رد المختار ٥/٣٤٦، والشرح الصغير ٣/٤٢٧، ومغني المحتاج ٣/١٩٦، وكشاف القناع ٣/٣٨٩، وشرح الأزهار ٤/٢٧٦.

(٥) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، للبكري، ٣/٦١.

(٦) الدر المختار ٥/٥٩٥، وتبيين الحقائق ٥/٨، ودرر الحكام لمنلو خسرو ٢/٣٦٠، وشرح الأزهار ط ب ٤/١٢٧، والمغني ٥/١٢٢.

(٧) بدائع الصنائع ٧/٢١٨، والدر المختار ٥/٥٩٥، وشرح الأزهار ط ب ٤/١٢٧.

وتفصيل المالكية: إن أقر بدين شكرًا أو ذمًا ووصله بذكر قضاء الدين فالقول قول المقر؛ كأن يقول: جزى الله فلائًا خيرًا أقرضني مائة وقضيتها له، أو أقرضني فلان مائة وضيق عليّ حتى قضيتها لا جزاء الله خيرًا، أما دعوى التأجيل من المقر فتقبل إلى أجل مثله القريب الذي لا يتهم فيه المبتاع عادة<sup>(١)</sup>.

**القول الثالث:** وقال بعض الشافعية وعند الحنابلة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف وابن حزم الظاهري ورجحه الشوكاني: أن القول قول المدعى عليه الذي بيده المال في أنه هبة أو هدية بلا عوض؛ لأن اليد تشهد له، والأصل براءة ذمته من حق الغير عليه باسترداد ما بيده؛ ولأنه المدعى عليه يصدق قوله بيمينه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَدَعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>، فالقاعدة العامة في الإثبات هو أن القول قول المدعى عليه بيمينه<sup>(٣)</sup>.

وهو نص قانون الإثبات اليمني في المادة (٢) التي تنص: على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر.

يقول الشوكاني: (لا يثبت حق بيد): أقل أحوال ثبوت اليد على الحق أن يكون مفيدًا لكون الظاهر مع ثابت اليد على العين، ثم يستصحب الحال، ولا ينتقل عنها إلا بناقل أرجح منه؛ ولا يعارض هذا أن الأصل في منافع الأعيان أن تكون تابعة للعين فإن هذا الأصل قد عورض بما هو أرجح منه وهو ما أفاده ثبوت اليد من كون الظاهر من ثبوت اليد على الحق هو استحقاق الثابت له، ويؤيد هذا ما يوجد في الخارج كثيرًا من الأعيان التي تتعلق بها حقوق لغير مالكيها، والحاصل أن مجرد نفس الأصالة أو الظهور إنما يستفاد بهما كون القول قول المتمسك بهما، والبيّنة على خصمه لما تقدم من أن المدعي هو من معه أخفى الأمرين فإذا عجز عن إيراد الناقل فمن نفسه أتي<sup>(٤)</sup>.

#### موقف القانون اليمني:

نرى أن القانون اليمني أخذ بالقول الأول باعتباره الأصل، وأخذ بالتفصيل الذي قال به القول الثاني: أولاً: فرجح قول المدعي الذي خرج من يده المال في حالات: جعل القول قول رب المال فيما يضمن ذو اليد أصل رأس المال، وهذا يوافق قول جمهور الفقهاء في القول الأول، فنص القانون المدني اليمني في القراض في المادة (٨٧٣): القول قول رب المال والبيّنة على العامل عند الاختلاف: في أن المال قرض أو غصب ليضمن العامل التالف منه وادعى العامل أنه مضاربة (قراض).

ونص القانون المدني اليمني في المغارسة والمزارعة والمساقاة المادة (٧٧٢): إذا اختلف المالك مع الأجير أو العامل في الإذن فالقول للمالك في نفيه، ونص في الوديعة المادة (٩٥١): إذا اختلف الطرفان فالقول للمالك في نفي الغلط والقدر والإذن بالنقل والاستعمال والتصرف، وفي الرهن نصت المادة (١٠٢٤): إذا اختلف الراهن والمرتهن فالقول قول الراهن في الأمور الآتية: قدر العين وتعيينها إن كان من قبل المرتهن، نفي الدين ونفي الرهن ونفي

(١) الشرح الكبير ٤٠٤/٣.

(٢) صحيح البخاري (٤٥٥٢)، ٣٥/٦، وصحيح مسلم (١٧١١)، ١٣٣٦/٣.

(٣) فتح العزيز شرح الجوز، للرافعي، ١٦١/٩، والمحلى ٥٨٧/٧، والفناوى الكبرى للهيتمي ٢٦١/٢، وتحفة المحتاج ٤٢٢/٧، ونهاية المحتاج ٢٢٢/٤، والمبسوط ١٠٩/١٨، وبدائع الصنائع ٢١٧/٧، وكشاف القناع ٣١٢/٣.

(٤) السيل الجرار، للأمام الشوكاني، ص ٧٥١.





القبض ونفي العيب ونفي الرد ما لم يكن المرتهن قد استوفى دينه أو أبرأ المدين منه فإن القول قوله في الرد والعين، بقاء الرهن في يد المرتهن لا بيد ورثته حتى يثبت وصوله إلى يدهم.

ونص في القواعد الأصولية المادة (١١) مدني يعني: الأصل الظاهر (العدم)؛ فمن تمسك به فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فالبيئة عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، وتنص المادة (١٢): الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيةها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال.

فالأصل في الأعيان الضمان من ذي اليد للمالك عند إنكار المالك للتصرف، ونفيه الأذن لذي اليد، والأصل في الأعيان العوض عند التوافق على خروجها بالتصرف، كما نص عامة العلماء، إلا ما جرى به عرف أو دلت عليه قرينة في إرادة التبرع به، والأصل بقاء ملكية المالك المدعي لماله، ويستصحب ملكه على ذي اليد المقر بسبق المالك واليد للمدعي، ولما ادعى ذو اليد صفة عارضة مسقطه لملك المدعي وناقلة للملك له بدون عوض فعليه البرهان، وإلا كان القول قول المدعي ويقضى له بالزام المدعي عليه بتسليم المال عيناً أو عوضه (مثله أو قيمته).

ونص القانون المدني اليمني في الحيابة والثبوت على أن حيابة الملك لا تعتبر قرينة ظاهرة على الملك إلا بتوفر حيابة الملك الثبوت وتحقق شروطها<sup>(١)</sup>، فنصت المادة (١١١): من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالاً له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، ونصت المادة (١١٢): لا يثبت حق بيد في ملك الغير أو في حقه أو في حق عام إلا ببيئة شرعية، واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهره على الملك فلا يحكم للمدعي الخارج إذا لم يبين ولا حلف ردّاً ولا نكل خصمه، وإنما يقر ذو اليد على يده.

ولكن حددت المادتين (١١٠٣، ١١٠٤) مدني يعني: حقيقة حيابة الملك وشروطها، فلا يقدم قول ذي اليد إلا في حيابة الملك الذي يقصد بها الحائز أنه مالك، ويعرف القصد بقرائن الأحوال الدالة على أنه يتصرف تصرف المالك، ويشترط أن يجاهر بملكية الشيء دون أن تقتن حيابته بإكراه أو منازعة، وأن تكون واضحة ظاهرة لا خفاء أو لبس فيها: كأن يكون الحائز خليطاً للمالك أو ممثلاً شرعياً له بالولاية أو الوصاية أو الوكالة، أو يكون مخولاً حيابة الشيء حيابة انتفاع أو نحو ذلك، فلا يقدم قول ذي اليد عندها. والحيابة واليد للمدعي عليه في موضوع البحث فيها خفاء ولبس واقتربت بالمنازعة من المدعي، فليست حيابة قانونية، ولا تعد قرينة ولا مظهرًا للملك.

وبناء على ذلك لا يعتبر الحائز في مركز المدعي عليه، بل هو مدعي للملكية بسبب خاص، ومجرد يده الطارئة أو العارضة لا تثبت له حقاً بمجرد يده في ملك المدعي المتصادق على سبقه، بل يجب أن يبرهن عليه وإلا قضى على ذي اليد بإلزامه بتسليم المال للمدعي، لنص المادة (١٢) من قانون الإثبات اليمني: لا يثبت حق بيد في ملك الغير ولا في حقه ولا في حق عام إلا ببيئة قانونية وتكون البيئة على إقرار الخصم بالحق أو على النذر أو الوصية أو

(١) انظر للتفصيل رسالة: الحماية القانونية للحيابة العقارية في القانون اليمني والفقه الإسلامي، للزميل د ماجد علي مقبل باشا، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، (٢٠١٢)، ص ٨٤، ٢٤٥، وما بعدها.



استثناء الحق المدعى به أو تقدم الإحياء في المباح أو وجود الآثار القديمة في السواقي<sup>(١)</sup>، وتنص المادة (١١١٢) مدني بمضي: لا يثبت حق بيد في ملك الغير أو في حقه أو في حق عام إلا ببيّنة شرعية<sup>(٢)</sup>.

والأصل في اليد العارضة والطائفة الارتفاق أو العارية أو القرض أو التسامح بإذن المالك، ويكون للمالك استرداد ماله متى طلب، ويكون القول قوله لأنه متمسك بالأصل الظاهر، وعلى المدعى عليه ذي اليد الذي ادعى التملك الخاص بالهبة أو الوصية الإثبات بما يخالف قول المالك، فإن عجز الزمه القاضي بتسليم العين المدعى بها للمدعي؛ وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٤٣) مدني بمضي: إذا أذن مالك عقار باستخدامه أو تسامح في ذلك بدون مقابل كان له أن يرجع في ذلك متى شاء، ونصت المادة (١٣٥٨): إذا ثبت لأحد حق المرور في أرض مملوكة لآخر، فليس لصاحبها منعه، ما لم يكن مروره على سبيل التسامح، وقضت محكمة استئناف محافظة صعدة بأن: "الأصل العدم وإذا أذن مالك العقار باستخدامه أو التسامح في ذلك بدون مقابل، كان له أن يرجع متى شاء"<sup>(٣)</sup>.

بل قرر في الحيازة والقبض تقديم بينة الخارج مدعي الاسترداد على بينة الداخل في المادة (١١١٣) مدني، فنص: إذا بين ذو اليد الثابتة وبين الخارج رجحت بينة الخارج إلا لمانع شرعي يمنع من ذلك.

ثانياً: ورجح القانون قول ذي اليد المدعى عليه في تملك المال بدون عوض في الحالات التي دلت القرينة العرفية أو الحالية على تصديقه.

فجعل قانون الأحوال الشخصية اليميني القول قول المدعى عليه الآخذ للمال بأنه موهوب له ونفي العوض في حالات: فيما تم بغير لفظ ولا عُرفٍ يوجب الرد ولا قرينة دالة على قصد العوض؛ وفقاً للمادة (٢٢٥)، وفي الهدية بالمنقول المرسله للآخذ الذي يملكها بالقبض دون لفظ المادة (٢٠٣)، وفي الصدقة التي ظاهرها طلب القرينة الأخروية المادة (٢٠٦) على نحو ما سيأتي تفصيله في الاختلاف في عوض الهبة وحق استردادها.

والخلاصة أن جميع الأقوال الثلاثة منبئة على الاستصحاب، فالقول الأول تمسك بأن الأصل العدم، والأصل بقاء الملك لمن انتقل المال من يده، والأصل عدم وجود الناقل له، والأصل ضمان ذي اليد وعدم ولايته على المال

(١) هذا النص القانوني مأخوذ من الفقه الزيدي، من شرح الأزهاري، جاء في ١٣٤/٤، ط ٩/٢٧٦: قال: وعليه سؤال من وجهين: لم أوجبتم عليه البيّنة ومعه الظاهر، ولم فرقت بين الحق وبين الملك؟ وجوابهما: وهو أن الظاهر قد بطل لكونه أقر لغيره بالملك، وادعى فيه حقاً، كما لا يقبل قول من أقر لغيره بدار فادعى أنها معه عارية أو رهن.

(٢) أخذ القانون قاعدة: لا يثبت حق بيد، أي بمجرد القبض إلا ببيّنة بقول المؤيد بالله أخيراً والهادي من الزيدية وقول الحنفية؛ فمن أقر لغيره بدار فادعى أنها معه عارية أو رهن، فلا يقبل قوله إلا ببيّنة على العارية أو الرهن؛ لأن الحقوق لا تثبت باليد، ولا يجوز للشهود أن يشهدوا بالحق إلا إذا علموا بثبوته بغير اليد، إما بإقرار، أو وصية، أو نذر، أو استثناء.

وقال المؤيد بالله قديماً والمنصور بالله وحكم به الفقيه حسن وأفتى به الفقيه يوسف من الزيدية، وهو قول الشافعية والحنابلة: إن الحقوق تثبت باليد، ويجوز للشهود أن يشهدوا بالملك المطلق إذا عرفوا بثبوت يده، فيكون القول قوله، وعلى مالك الموضوع البيّنة بأن يده يد ظلم؛ لجري العادة بمنع غير المستحق من الاستمرار باليد.

كما قرر الزيدية والحنفية أنه إذا بين الداخل والخارج رجحت بينة الخارج إلا لمانع، انظر: شرح الأزهاري ط ٤/١٣٥، ط ٩/٢٧٧، والمنثور في القواعد للزركشي ٣/٣٧٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٠٧، وتخرّيج الفروع على الأصول للزنجاني، ص ٣٧٧، وتبيين الحقائق ٤/٢٩٥، وبدائع الصنائع ٦/٢٣٢، ومغني المحتاج ٦/٤٢٨، والسراج الوهاج للغمراوي، ص ٦٢١، والمغني ١٠/٢٤٥، والفقه الإسلامي وأدلته د وهبه الزحيلي، ٨/٦٠٠٢، ورسالة الحماية القانونية للحيازة العقارية، ص ٨٧، ٢٦٦ وما بعدها.

(٣) حكم محكمة استئناف محافظة صعدة اليمينية برقم (١٤٢٧/٢١هـ)، وتاريخ ١٨/٣/١٤٢٧هـ الموافق: (١٦/٤/٢٠٠٦)، عن رسالة الحماية القانونية للحيازة العقارية د ماجد باشا، ص ٨٧.

إلا بما يقوله رب المال، فيقدم قول من انتقل المال من يده، وعلى المدعي للملك المستجد ذو اليد إثباته؛ وإلا فُضي عليه برد المال أو عوضه.

وأما القول الثاني فتمسك أيضاً بالاستصحاب وعمل بالقرائن الأخرى؛ وهذا القول أدق وأرجح؛ فهو بني على الاستصحاب ببقاء ما كان على ما كان، وذلك بتقديم قول المالك المدعي ببقاء ملكه، لكن عمل بالقرينة الجزئية إن وجدت باعتبارها تثبت التغيير من الأصل المستصحب السابق، وأعملها كدليل إثبات بتقديم قول المدعي أو المدعى عليه؛ لأن الاستصحاب - كما سبق - كأصل ثابت لا يعمل به إلا إذا عريت القضية من أي دليل.

أما القول الثالث فجعل الاستصحاب بجانب ذو اليد، وأن الأصل براءة الذمة من حق الغير على ما في يده؛ وأنه مدعى عليه يقبل قوله بيمينه، وعلى الخارج البيّنة.

وأما عندما يبين الخارج وذو اليد، فقدم بعضهم الخارج لأنها توافق الاستصحاب قبل اليد الطارئة العادية، ولأن البيّنة له، وقدم بعضهم بيّنة ذو اليد لموافقته لليد الظاهرة.

### الفرع الثاني: الاختلاف في عوض الهبة:

في هذه المسألة يتصادق الطرفان صراحة أو دلالة على أن المال خرج هبة من المدعي للمدعى عليه ذو اليد، ويختلفا في شرط العوض للهبة؛ بحيث يدعيه المدعي الذي خرج من يده المال، ويطلب الاسترداد للهبة لعدم تحقق عوضها، وينكره المدعى عليه ذو اليد ويتمسك بنفوذ الهبة ولزومها وعدم جواز فسخها لأنها تمت بغير مقابل، ويأخذ نفس الحكم كل عطية كالهدية والصدقة.

والتصادق صراحة على الهبة كأن يقول المالك: وهبت لك هذا المال، أو ملكته لك، أو أعطيتك إياه، والتصادق بالدلالة بأن تدل قرائن الأحوال على الهبة: كأن يبعث إليه بالمال، أو يقرب إليه الأكل، ونحوه.

وإنما اختلفوا في إثبات شرط الواهب للعوض أو قصده العوض والثواب المادي؛ فإذا لم يوجد ما يدل على الهبة من لفظ أو قرينة حال فإن القضية تخرج عن هذه المسألة وتكون داخلة في الاختلاف بين البيع والقرض وبين الهبة السابقة.

وفي هذه المسألة قولان:

**القول الأول:** قال أكثر الشافعية والحنابلة والحنفية وبعض الزيدية والظاهرية: إن القول قول الموهوب له (المُتَّهَب) في نفي العوض والثواب في الهبة المطلقة، وعند الأكثرين من هذا القول لا يحق للواهب الاسترداد لعدم حصول العوض، وقال الحنفية بجواز الرجوع للواهب<sup>(١)</sup>.

فلو قال المالك: وهبتك بعوض وبدل، فقال الموهوب له: وهبني مجاًناً على غير بدل: صدق الموهوب له بيمينه؛ لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلاً الأصل عدمه، ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيدة بنفي الثواب؛ فمتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه، كالمالك لرعيته والأستاذ لعلامه؛ إذ لا تقتضيه لفظاً ولا عادة، ويلحق هبة الأهل والأقارب؛ لأن القصد الصلة، وهبة العدو لأن القصد التآلف، وهبة الغني للفقير، فلو أطعمه واختلفا في ذكر العوض فالقول قول الأكل؛ لأن المقصود نفعه، والهبة للعلماء والزهاد؛ لأن القصد القرية والتبرك، وهبة المكلف لغير المكلف

(١) تحفة المحتاج ٣١٤/٦، وبدائع الصنائع ١٢٧/٦، وكشاف القناع عن متن الإقناع ٣٠٠/٤، والمخلى ٥٩/٨، ٧١، والمنثور في القواعد للزركشي ١٤٩/١، والفقہ الإسلامي وأدلتہ، للزحيلي، ٤٠٠٩/٥.

لعدم صحة الاعتياض منه، والهبة للأصدقاء والإخوان لأن القصد تأكد المؤدّة، والهبة لمن أعان بجاهه أو ماله؛ لأن المقصود مكافأته، ومنه هدية المتعلّم لمعلمه<sup>(١)</sup>.

وكذا هبة الدّون لأعلى منه في الأظهر كهبة الغلام لأستاذه كما لو أعاره داره ليسكنها إلحاقاً للأعيان بالمنافع، وكذا لو وهب لنظيره؛ لأن القصد الصلة وتأكّد الصّدّاقة؛ ففي كل ذلك يصدق قول الموهوب له؛ لأن الأصل عدم البذل، فالمالك أقر بهبة ماله ثم ادعى ما يوجب العوض، والآخر منكر لهذه الضميمة، فيصدق لأن الأصل عدمها؛ فاعتضد قوله بأصلين: عدم الضميمة وبراءة الذمة<sup>(٢)</sup>.

وإن الرجل إذا تناول من سمن أبقار امرأته وألبانها ثم ادعت العوض، فإنه لا يلزم؛ وذلك لأن العادة جارية أن مثل هذا بين الزوجين يقع فيه المسامحة، ولا يقصد به العوض، وكذلك أمثاله على حسب العرف، كثمر البستان ونحوه وهو ما يقع بين الأرحام من تبقية ما يستحقه ميراثاً تحت يد أحد الورثة؛ يستغله ويستهلك ثمرته ونحو ذلك، وكإطعام الضيف والصدّيق والزوج والزوجة؛ إذا أكل أحدهما بإذن الآخر ثم ادعى العوض فعليه البينة، وإذا قدم الرجل إلى الأضياف طعاماً يعلم الأضياف أنه من طعام امرأته جاز لهم تناوله على ظاهر الحال، وإن لم يعلموا رضاها؛ لأن العادة جارية بين الزوجين ببسط كل واحد منهما في مال الآخر والرضاء في ذلك، سيما الأطعمة المصنوعة والألبان ونحو ذلك؛ مما يجري به العرف في تلك الناحية أنه يرضى به ماله<sup>(٣)</sup>.

ونص القانون اليمني في انتفاع أحد الشركاء بالمال المشترك في المادة (١٢٢٣) مدني: ليس للشريك الحاضر الانتفاع بنصيب شريكه الغائب إلا بإذنه، وإذا انتفع بدون إذن شريكه لزمه أجر مثل المنفعة إلا لعادة جرت بغير ذلك، وإذا أذن له ولم يعتبر الأجرة فلا أجرة له.

ولو وهب رجل لمساكين هبة ودفعها إليهم لم يرجع فيها استحساناً، والقياس يرجع لأنه ملكه بالهبة؛ وفي أسباب الملك الغني والفقير سواء، ووجه الاستحسان أن قصده بالهبة من الفقير الثواب دون العوض؛ إذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداء العوض، ولما اختار الفقير مع عجزه عن أداء العوض عرفنا أن مقصوده الثواب وقد نال ذلك، وكذلك إن أعطى سائلاً أو محتاجاً على وجه الحاجة فإن العطية بمنزلة الهبة، وإنما قصده بفعله سدّ خلة المحتاج؛ وذلك يُفعل لا بتبغاء مرضاة الله تعالى ونبل ثوابه<sup>(٤)</sup>.

**القول الثاني:** وقال المالكية وبعض الحنفية وبعض الزيدية وبعض الشافعية وهو قول الشافعي في القديم: إن القول قول الواهب المملّك في شرط العوض والثواب عن الهبة، وأن له حق الرجوع في الهبة واسترداد الموهوب عند عدم حصوله؛ لأن الموهوب له يدعي مانع من رجوع الواهب والقول لمنكر المانع؛ ولأنهما اتفقا على أن التملك من جهة الواهب، والقول قوله في بيان سبب التملك، وقد قصد العوض وطلب الاسترداد، والموهوب له يدعي سقوط ذلك؛ فيقدم قول المملّك؛ لأنه أعلم بقصده<sup>(٥)</sup>.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها﴾ [النساء: ٨٦]، والتحية تستعمل في معان منها الهدية بالمال، وقد أمرت الآية بردها، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِحَبَّتِهِ مَا لَمْ

(١) المجموع شرح المذهب، ٣٨٧/١٥، ومغني المحتاج ٥٧٢/٣، والسراج الوهاج ٣٠٩، وتحفة المحتاج ٣١٤/٦، والمنثور في القواعد ١٤٩/١، وإعانة الطالبين ٦١/٣، وكشاف القناع ٣٠٠/٤، والمغني ٦٦/٦.

(٢) المراجعة السابقة.

(٣) شرح الأزهار ١٤١/٤، ط ب، والمنثور في القواعد ١٤٩/١.

(٤) المبسوط للرخسي ٩٤/١٢، وبدائع الصنائع ١٢٧/٦.

(٥) المبسوط ٨٧/١٢.



يُنْبِئُ مِنْهَا»<sup>(١)</sup>؛ أي بعوض، وأجمع على ذلك الصحابة؛ ولأن العوض المالي كما هو معلوم عرفاً وعادة قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب فيهب طمعاً في المكافأة والمجازاة، ويندب ذلك للموهوب له شرعاً؛ لقوله تعالى: {هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ} [الرحمن: ٦٠]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اصْطَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافُوهُ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَا تُكَافُوهُ فَادْعُوا لَهُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّكُمْ قَدْ كَافَيْتُمُوهُ»<sup>(٢)</sup>، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كان يقبل الهدية ويثيب عليها»<sup>(٣)</sup>؛ أي يعطى المهدي بدلها، والمراد بالثواب المجازاة، وأقله ما يساوى قيمة الهدية، وقال: «تَهَادَوْا تَهَابُوا»<sup>(٤)</sup>؛ والتهادي تفاعل من الهدية يقتضي الفعل من اثنين، فإذا لم يحصل للواهب هذا المقصود فله الفسخ واسترداد الموهوب<sup>(٥)</sup>.

ولو استحق أحد ثمر بستان ونحوه ميراثاً وأبقاه في يد أحد الورثة يستغله ويستهلك ثمرته فإنه يلزم عوض ما استهلك عند المطالبة<sup>(٦)</sup>.

وقال البعض يصدق الواهب في قصده العوض كأصل عام، وله الاسترداد للموهوب؛ إلا أن يوجد عرف خاص أو قرينه تشهد بضد قوله، أو كان الموهوب نقداً، أو كانت بين الزوجين أو الأقارب، أو من قادم من سفر، أو كانت لفقر؛ فيكون القول في كل ذلك قول الموهوب له بعدم العوض إلا أن يشترط الواهب العوض بشرط صريح حال الهبة<sup>(٧)</sup>.

وفرق البعض بين الهبة والهدية، فجعل الأصل في الهبة عدم العوض فيها، والقول فيها للموهوب له، وأما الهدية فالأصل مكافأة المهدي له المهدي بمهدية عينية أو منفعة أو إعانة فيما يهمه<sup>(٨)</sup>.

#### اختيار القانون اليمني:

جعل قانون الأحوال الشخصية اليمني في المادة (١٦٨): الهبة عقد تبرعي يملك به مال أو تباح به منفعة حال الحياة، وجعلت المادة (٢٠٣) الهدية كالهبة فيما ينقل، تتم بالقبض ويكفي أن يحملها إلى المهدي إليه مميز. ولكنه أجاز أن تكون بعوض صريح أو ضمني تدل عليه قرائن الأحوال، فنص في المادة (١٨١): تصح الهبة بعوض ولو من غير الموهوب له مائلاً أو منفعة أو غرضاً (مصلحة) ظاهراً أو ما تدل عليه قرائن الحال للواهب أو لغيره، ونصت المادة (١٩٣): يلزم الموهوب له أداء ما اشترط عليه من عوض مائلاً أو منفعة أو غرضاً، وأجاز في المواد (١٩٦، ١٩٨): رجوع الواهب في الهبة وفسخها واسترداد الموهوب إذا كانت لغرض ظاهر أو مضمّر تدل عليه قرائن الأحوال ولم يتحقق.

لكنه جعل في المادة (٢٠٦): الصدقة كالهبة إلا أنها لا تقتضي العوض، ويقوم فيها القبض مقام القبول، ويتمتع فيها الرجوع بعد القبول أو القبض، والمادة (١٩٧): تمنع الرجوع واسترداد الموهوب: بعد تلفه، أو التصرف فيه، أو

(١) السنن الكبرى للبيهقي، (١٢٠٢٤)، ٦/٣٠٠.

(٢) سنن أبي داود، باب عطية من سأل بالله، (١٦٧٢)، وصححه الألباني، ٢/١٢٨.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، (١٩٤٦)، ٦/٢٨٠.

(٤) صحيح البخاري، باب المكافأة في الهبة، (٢٥٨٥)، ٣/١٥٧.

(٥) بدائع الصنائع ٦/١٢٨.

(٦) شرح الأزهار ٤/١٤١، (ب ط).

(٧) الشرح الكبير ٤/١١٤، ١١٥، والمجموع شرح المهذب ١٥/٣٨٧، ٣٨٨، وتبصرة الحكام ١/٣٨٥.

(٨) أحكام الأحوال الشخصية، للقاضي محمد بن يحيى المظهر، ٣/٤٠٠.

كان بين الزوجين بشرط عدم الحيلة، أو كانت لذي رحم محرم غير الولد، والمادة (٢٠٥): أفردت الجهاز للعروس (وهو ما يقدمه العريس أو غيره للعروسة) بأنه يأخذ حكم العرف.

ونصت المادة (٢٢٥) من قانون الأحوال الشخصية اليمني: إذا اختلف الواهب والموهوب له تتبع الأحكام الآتية: أولاً: القول لمن يدعي صحة الهبة له ولوارثه، إلا في حالتين: أن يدعي الواهب فسادها لصغر أو أنه كان لا يعلم بلوغه وقت تمام الهبة لو تصادقا على وقت متقدم تمت فيه الهبة، أن يدعي الواهب فسادها لزوال عقله وكانت ظواهر الحال تغلب ذلك، فالقول في هاتين الحالتين للواهب، ثانيًا: **القول للموهوب له في نفي شرط العوض مطلقًا، ثالثًا: القول للموهوب له في نفي إرادة الواهب العوض في الموهوب، رابعًا: القول للموهوب له في أن ثمة الموهوب حصلت بعد نفوذ الهبة إلا لقرينة قاضية فيكون القول للواهب، خامسًا: القول للموهوب له في أنه قبل الهبة.**

ونصت المادة (٢٢٦) أحوال شخصية: من كان القول قوله فاليمين عليه، والبيّنة على الآخر. فالقانون اليمني جعل القول قول الموهوب له المدعى عليه ذي اليد: في صحة الهبة، وفي نفي شرط العوض، أي: بأن العقد هبة تبرعية بغير عوض؛ بل وفي نفي إرادة الواهب العوض، أي: أنه هو من يفسر إرادة الواهب المدعي بأنه كان يريد إكرامه وهبته، وفي أنه قبل الهبة، أي: يفسر هو إرادته في قبول الهبة ودخولها ملكه، وفي أن ثمار الموهوب حصلت بعد قبول الهبة وقبضها.

واستثنى القانون في الفقرة رابعًا بخصوص ثمة الموهوب فقط أن يوجد قرينة قاضية بغير الهبة تؤيد قول المدعي الذي خرج من يده المال فيكون القول قوله بأنه قرض أو عارية يسترده، وأرى أن هذا الاستثناء يعم كل الحالات، ولا يقصر على الاختلاف في حصول الثمرة في الموهوب.

وقيد في شرح الأزهاري بأن القول قول الموهوب له في المسائل السابقة إنما يكون في الاختلاف في عوض المنافع أو في الاختلاف في عقود الأعيان التبرعية التي تصح بغير عوض، كالهبة والعق والنكاح والطلاق؛ فالقول لمنكر العوض؛ وذلك لأن هذه لما كانت تنعقد سواء ذكر فيها العوض أم لا رجعنا إلى الأصل وهو عدم ذكر العوض، فأما لو كان العقد لا يصح إلا بعوض، كالبيع والإجارة فإن القول قول مدعي العوض فيه<sup>(١)</sup>.

وفي تفصيل القاضي المطهر أن الأصل عدم العوض في الهبة، فيكون القول للموهوب له في نفي شرط العوض وإرادته، فإن ثبت شرط العوض فهو بيع، ويطبق عليه أحكامه، لكن إن دل عرف لهما أنها هبة على عوض مضمّر، فيعوض الواهب بما اعتاد عرفًا التعويض به، وقد يكون بأكثر من الموهوب، فإن لم توجد عادة بتحديد العوض فيعوض بما تبرئ به الدمة بقدر قيمة الموهوب يوم الهبة أو بمثله، فإن لم يرتض الواهب رد له الموهوب إن كان باقيًا، وقد يكون برفد العرس بنقود أو عطور أو رأس أغنام فيرفد الواهب أو أحد أقاربه بعوض مناسب، وقد يدل العرف وقرائن الحال على عدم العوض كإعطاء الشارعة (مزينة العروسة) لكشف وجه العروسة، والشار الذي ينثر العريس على الحاضرين عند العقد أو الزفاف، وما يهبه أهل الفواكه لجيرانهم، وما يدفع للقادم أو ما يدفعه القادم من هدايا فإن كل ذلك لا عوض فيه عرفًا<sup>(٢)</sup>.

**ونرى أن الراجح القول الأول** مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية وبعض الزيدية وهو اختيار القانون اليمني: بأن القول قول الموهوب له في إنكار العوض عن الهبة، يمينه، لأنه متمسك بالأصل في التبرع من أن الأصل في الهبة

(١) شرح الأزهاري ١٤١/٤، (ب ط).

(٢) أحكام الأحوال الشخصية ٣/٣٤٢، وما بعدها.

عدم المقابل، فيستصحب ذلك عند النزاع كأصل عام حتى يثبت عكسه بالدليل، ولأن الموهوب له مدعى عليه من الواهب بعوض في ذمته عن الموهوب الذي في يده، وهو ينكر شغل ذمته بهذا العوض، والأصل براءة ذمته، فيقبل قوله بيمين، وعلى المدعي البرهان، بأن يُقدم دليلاً على شرطه العوض؛ فإن قدمه حكم له بالدليل لا لأن القول قوله، فإن لم يبرهن يحكم للموهوب له برفض دعوى الواهب استرداد الموهوب، وتملكه من الموهوب له.

ويلاحظ أنهم ذكروا قرائن حالية تؤكد عدم العوض في الهبة، من ذلك:

١- أن يكون الواهب أعلى من الموهوب له، كهبة الملك لبعض رعاياه، والتاجر والمقاوِل لبعض عماله الذين يعملون في خدمته، وهبة الغني للفقير، وهبة المكلف العاقل لغير المكلف من أطفال أو مجانين؛ فلا يصح الاستعاضة منهم، فقد جرت العادة بعدم الاستعاضة من الواهبين من هؤلاء، وإنما قصد الثواب من الله بالتفضل والبدل بالإعطاء من غير مقابل، فيؤكد مقتضى التبرع في الهبة<sup>(١)</sup>، وهو ما قرره المادة (٢٠٦) أحوال شخصية يعني: عدم جواز استرداد الصدقة.

٢- أن يظهر قصد الإكرام والتودد من الواهب للموهوب له، كهبة الأقارب والإخوان والأرحام، وإطعام الأضياف والزوار، أو تظهر قصد القرية كإعطاء سائل أو إعانة محتاج، أو تظهر قصد التبرك والقرية كهبة العلماء والزهاد، فسد خلة المحتاج وابتغاء مرضاة الله وثوابه ظاهرة في هذه الأعطيات مؤكدة لعدم العوض<sup>(٢)</sup>، المواد (١٩٧، ٢٠٦) أحوال شخصية.

٣- أن تجري عادة التبرع من غير مقابل بمثل الموهوب به من مثل الواهب على مثل الموهوب له، كهبة أحد الزوجين شيئاً للآخر، كتناول الزوج سمن وألبان بقرّة زوجته، وهو نص المادة (١٩٧) أحوال شخصية يعني، وكترك بعض الورثة ثمة بستانه لقريبه الذي يستغله ويستهلك ثمرته، وكأن يهب الصديق صديقه هدية أو هبة مما تعتاد من مثلهما لتأكيد الصداقة<sup>(٣)</sup>.

٤- أن يكون الموهوب نقداً، وهو الذهب أو الفضة المسكوك، ومثله النقود الورقية، فقد نص المالكية الذين يجعلون الأصل في الهبة العوض أن النقود الأصل فيها عدم العوض إلا أن يثبت الواهب شرط العوض<sup>(٤)</sup>.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية المادة (١٧٣): يجب الإشهاد على الهبة ما لم تكن بخط الواهب، إلا ما جرى العرف على عدم الاشهاد فيه، مثل العينيات البسيطة والنقود، فجعل هبة النقود مما جرى العرف على هبتها تبرعاً دون كتابة وتوثيق ولا حتى إشهاد، ونص المادة (١٩٧): على عدم جواز استرداد ما استهلك الواهب من الهبة أو تصرف به.

وهذا كقاعدة عامة إلا أن هناك تفصيلات تجعل القول قول الواهب، وإن لم يقدم أدلة بيّنة أو إقرار تثبت اشتراطه العوض، وإنما شهد له عرف مستقر في عادة الواهب والموهوب له أنه لا يهب مثل الموهوب إلا بعوض، فهذه أدلة تقوم مقام البيّنة باشتراط الواهب العوض، وقد ذكرها أصحاب القول الثاني المالكية وقول للزيدية وللشافعية أن القول قول الواهب في قصده العوض، من ذلك:

١- الهبة بين الأجانب بموهوب لا يستهلك باستخدامه كالطعام والعطر، بل يبقى كأرض أو دار أو سيارة مثلاً، وكان الموهوب له أغنى من الواهب، ولم تجر عادة هبتها من مثل الواهب لمثل الموهوب له، فيظهر قصد المكافأة

(١) المجموع شرح المذهب ٣٨٧/١٥، ومغني المحتاج ٥٧٢/٣، والسراج الوهاج ٣٠٩، وتحفة المحتاج ٣١٤/٦.

(٢) مغني المحتاج ٥٧٢/٣، وتحفة المحتاج ٣١٤/٦، المبسوط ٩٤/١٢، ونيل الأوطار ١٥/٦.

(٣) شرح الأزهار ١٤١/٤، (ب ط)، والشرح الكبير ١١٤/٤، ١١٥.

(٤) الشرح الكبير ١١٤/٤، ١١٥، والمبسوط ٨٣/١٢.



والمجازاة عرفاً على هبته، ومثل لها المالكية: بمجة الحلي الذهب، والغنم، والثياب، والهبة للعرس، فإذا لم يعطه الموهوب له ما يساوي مثل قيمته فله حق استرداده<sup>(١)</sup>.

٢- الهبة في العرس، كالرفد، وتكاليف الوليمة، وتجهيزات الشقة، إذا قام بها غير العريس الزوج، وطالب باسترداد ما وهبه وقدمه، فيحق له ذلك إن جرى العرف بالاسترداد، فكأنه قرض فيما يستهلك وعارية فيما يبقى<sup>(٢)</sup>، المادة (٢٠٥) أحوال شخصية.

٣- أن يكون للواهب عذر تحقق بعد الهبة بأن أصبح فقيراً عاجزاً عن الكسب، المادة (٣/١٩٧) أحوال شخصية. فهذه الحالات قد توفر فيها قرائن تعد كأدلة ناقلية عن الأصل المستصحب بعدم العوض في الهبات.

### الخاتمة (النتائج والتوصيات):

#### أولاً: النتائج

الاستصحاب هو: الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني لثبوته في الزمان الأول لفقدان ما يصلح للتغيير بعد البحث التام، وهو دليل شرعي وعقلي أجرى الله العادة على وفقه في الحسيات والشرعيات؛ ويرجع حقيقته إلى تحقق وجود أمر والعلم أو الظن بانتفاء الدليل المغيّر عنه؛ فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاءه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته.

وحجية الاستصحاب: قال به عامة علماء الأصول والفقه في النفي والإثبات، وقال بعض الحنفية: إنه حجة في الدفع والنفي لا في الإثبات والرفع.

وهو أنواع: استصحاب العدم والبراءة الأصلية، واستصحاب حكم دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه، كالزوجية والملكية فالأصل بقاء أحكامها في الحل والملك حتى يثبت الدليل المغيّر، واستصحاب الوصف الذي أثبتته الحكم كوصف الكفالة للكفيل والبكارة للفتاة؛ لأن الأصل في الصفات الوجودية الوجود، والخلاف في هذه الأنواع لفظي غير حقيقي؛ في تسميته استقلالاً دليل استصحاب.

ويتفرع على الاستصحاب قواعد قننها قوانين المعاملات أهمها: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيّره، والأصل في الأعيان الإباحة، والأصل في العقود والشروط الصحة، وما ثبت يبين لا يزول بالشك، والأصل في الإنسان البراءة، والأصل العدم، والأصل في الصفات الوجودية الوجود، والأصل فيما لا يعلم إلا من جهة أحد الخصمين أن يقبل قوله بيمين؛ فإذا ثبت يد وملك المدعي على المدعى به في وقت سابق استصحب هذا وكان القول قول من انتقل المال من يده، وعلى ذي اليد الضمان برد المال أو عوضه إلا أن يثبت ما يزيل الملك السابق المستصحب.

عمل بالاستصحاب الفقهاء في سبب خروج المال، وأعملوه عند الاختلاف في استحقاق أجره العين: فإذا اختلف ذو اليد والمالك بين الإعارة أو الإجارة: فاستصحب الجمهور أصل عدم الإذن وأصل ضمان استهلاك منافع ملك الغير؛ فرجحوا قول المالك بأنه إيجار، واستصحب الحنفية والزيدية أصل براءة الذمة، وأصل التسامح بعوض المنافع فرجحوا قول ذي اليد في أنه إعارة، ورجح آخرون العمل بعرف الطرفين وما اعتادوا في ذلك الشيء، وجعلوه دليل ناقل عن أصل الاستصحاب.

(١) بدائع الصنائع ١٢٨/٦، والشرح الكبير ١١٤/٤، ١١٥، والمجموع شرح المذهب ٣٨٧/١٥، ٣٨٨.

(٢) المراجع السابقة.



**وعند الاختلاف بين القرض والقراض:** قال الشافعية: يستصحب أصل العدم في عدم الربح فيصدق قول من بيده المال في أنه قرض، وقال الجمهور: يستصحب أصل بقاء الملك على ما كان وأصل ضمان القابض لمال الغير وعدم ولايته فيه؛ فيقدم قول المالك مطلقاً بأنه قراض يستحق عليه ربح، أو أنه قرض مضمون في ذمة ذي اليد، وقال بعض المالكية وأكثر الزيدية والقانون: يستصحب أصل العدم في عدم الربح والقول لمدعي القرض مطلقاً. وكذلك أعملوا الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق استرداد المال: فإذا اختلفوا في دعوى المالك الاسترداد ودعوى الآخذ الاستحقاق: فقال الجمهور باستصحاب أصل بقاء ملك المالك كما كان، وعدم انتقاله، وضمان القابض فيقدم قول المالك، ويصدق قوله بيمينه في دعوى استرداد المال، وقال المحققون من الفقهاء: يستصحب بقاء الملك وتصديق المالك إلا إن وجدت قرينة ناقله منه عمل بها، كبعث مال لشخص إن كان له دين على الباعث فهو قضاء الدين وإلا كان هبة، ويكون هبة إن كان من قادم من سفر لصديق أو قريب، ويكون صدقة إن أعطى غني من سأل شيئاً لله، ويكون قرضاً إن سأل غني مائلاً محدداً، وقال بعض الشافعية والظاهرية ورجحه الشوكاني: إنه يستصحب ظاهر اليد وأصل براءة الذمة في تقديم قول ذي اليد في دفع دعوى استرداد المال، وأخذ القانون اليمني بالقول الأول بتقديم قول المالك مع تفصيل من القول الثاني.

وإذا اختلف في عوض الهبة: قال الجمهور والقانون اليمني: يستصحب أصل عدم العوض في الهبة وأصل براءة الذمة فيقدم قول الموهوب له في نفي العوض، وقال بعض الفقهاء: يستصحب أصل بقاء الملك وأصل أن المالك أعلم بسبب خروج ماله من يده؛ فيقدم قول الواهب في استحقاقه العوض وحقه في فسخ الهبة واسترداد الموهوب، إلا أن القانون جعل وجود العرف على الاستعاضة من الهبة دليلاً ناقلاً عن الاستصحاب.

**التفريق بين عوض المالك والمنفعة:** فرق الزيدية والقانون وجعلوا الأصل في المنافع عدم استحقاق العوض؛ فيقدم قول الآخذ بأنها عارية على قول المالك بأنها إجارة؛ لأن العادة جرت على التسامح فيها بلا عوض؛ لكن الأعيان الأصل فيها الأعواض ويقدم قول المالك في سبب انتقال ماله من يده، بينما الشافعية والحنابلة جعلوا الأصل العوض في المنافع وفي الأعيان على السواء وقدموا قول المالك إلا لقرينة تنقل عن حكم الأصل.

### ثانياً: التوصيات

أوصى الباحثين بعمل دراسات أصولية يقررون فيها القواعد الأصولية؛ ثم يخرج عليها الفروع؛ لأن الفرع إذا بني على أصله عرف قيمة الأصل وتبين كيفية بناء الفرع عليه، والبحث أنموذج لذلك. أوصى الباحثين في القانون أن يقارنوا دراساتهم ويفسروها بالفقه الإسلامي وأصوله؛ خصوصاً القانون اليمني؛ لأنه مأخوذ من الفقه الإسلامي ومبني على أصوله؛ فيفسر ويكمل بالفقه الإسلامي وأصوله؛ وفقاً للمواد (١٨، ١٩) مدني يمني، والبحث نموذج لذلك.

(١) تنص المادة (١): يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف بمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة، ونصت المادة (١٨): المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة..





## قائمة المراجع والمصادر:

## مراجع الحديث:

سنن أبي داود. لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني. (٢٧٥هـ). تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية: بيروت، ٤ أجزاء.

سنن الترمذي. (الجامع الصحيح). محمد بن عيسى الترمذي. (٢٧٩هـ). تحقيق: أحمد محمد شاكر، وآخرون، مكتبة مصطفى البابي الحلبي: مصر، ط ٢، (١٣٩٥/١٩٧٥)، ومذيل بأحكام الألباني، ٥ أجزاء.

سنن النسائي. (المجتبى من السنن). لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي. (٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مذيلة بأحكام الألباني، مكتب المطبوعات الإسلامية: حلب، الطبعة الثانية، (١٤٠٦/١٩٨٦)، ٨ أجزاء.

صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه). لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري. (٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط ١، (١٤٢٢هـ)، ٩ أجزاء.

صحيح مسلم. لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري. (٢٦١هـ). تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ٥ أجزاء.

مسند أحمد. للإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني. (٢٤١هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط ١، (١٤٢١/٢٠٠١)، ٤٥ جزءاً.

نيل الأوطار. لمحمد بن علي الشوكاني. (١٢٥٠هـ). تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث: مصر، ط ١، (١٤١٣/١٩٩٣)، ٨ أجزاء.

## مراجع أصول الفقه والقواعد الفقهية:

الإمّاج في شرح المنهاج. لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي. (٧٥٦هـ). وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب. (٧٧١هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، (١٤١٦/١٩٩٥)، ٣ أجزاء.

أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء. رسالة دكتوراه، الدكتور مصطفى سعيد الخن، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط ٣، (١٩٨٢).

أثر الأدلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الإسلامي. رسالة دكتوراه في أصول الفقه من جامعة الأزهر بالقاهرة، د مصطفى ديب البغا، طبع دار الإمام البخاري: دمشق، بدون رقم للطبعة ولا تاريخها.

إجابة السائل شرح بغية الآمل في أصول الفقه. لأبي إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل ابن الأمير الصنعاني. (١١٨٢هـ). تحقيق: حسين السياغي، وأستاذنا الدكتور حسن الأهدل رحمه الله، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط ١، (١٩٨٦م)، جزء واحد.

إحكام الفصول في أحكام الأصول. لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي المالكي. (ت: ٤٧٤هـ). تحقيق: د عبد الله الجبوري، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط ١، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، جزءان بأرقام متسلسلة.

الإحكام في أصول الأحكام. لأبي الحسن علي بن محمد الآمدي. (٦٣١هـ). تحقيق: د سيد الجميلي، دار الكتاب العربي: بيروت، ط ١، (١٤٠٤هـ)، ٤ أجزاء.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. لمحمد بن علي الشوكاني. (١٢٥٠هـ). دار الكتاب العربي: بيروت، ط ١، (١٩٩٩م)، جزءان.



- الأشباه والنظائر. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي الشافعي. (٩١١هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤١١هـ/١٩٩٠م)، جزء واحد.
- الأشباه والنظائر. لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي. (٧٧١هـ). تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، ٢ أجزاء.
- أصول السرخسي. لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي الحنفي. (٤٩٠هـ). تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني، دار المعرفة: بيروت، موافقة مع طبعة دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، جزءان.
- أصول الفقه. للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي: جزء واحد.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين. لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي ابن قيم الجوزية الحنبلي. (٧٥١هـ). تحقيق: طه عبد الرؤوف، دار الجيل: بيروت، (١٩٧٣م)، ٤ أجزاء.
- أنوار البروق في أنواء الفروق. لشهاب الدين أحمد بن إدريس القراني المالكي. (٦٨٤هـ). عالم الكتب: مع إدار الشروق لابن الشاطئ، وتهديب الفروق لمحمد بن حسين، ٤ أجزاء.
- البحر المحييط في أصول الفقه. لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي. (٧٩٤هـ). تحقيق: د محمد تامر، دار الكتب العلمية: بيروت، (١٤٢١/٢٠٠٠)، ٤ أجزاء.
- البرهان في أصول الفقه. لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني الشافعي. (٤٧٨هـ). تحقيق: د عبد العظيم الديب، دار الوفاء: المنصورة، مصر، ط٤، (١٤١٨هـ).
- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب. لشمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني. (٧٤٩هـ). تحقيق: محمد مظهر، دار المدني: السعودية، ط١، (١٤٠٦/١٩٨٦)، ٣ أجزاء.
- التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه. لعلي بن إسماعيل الأبياري المالكي. (٦١٨هـ). تحقيق: علي بن عبد الرحمن بسام، وزارة الأوقاف: قطر، ط١، (١٤٣٤/٢٠١٣).
- التقرير والتحجير على تحرير. الكمال بن الهمام الحنفي. (٨٦١هـ). لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد ابن أمير الحاج، المعروف بابن الموقت الحنفي. (٨٧٩هـ). دار الكتب العلمي: بيروت، ط٢، (١٤٠٣/١٩٨٣)، ٣ أجزاء.
- تقويم الأدلة في أصول الفقه. لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي. (٤٣٠هـ). تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤٢١/٢٠٠١)، جزء واحد.
- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول. لأبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي. (٧٧٢هـ). تحقيق: د محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٤٠٠هـ).
- حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع. لحسن بن محمد العطار الشافعي. (١٢٥٠هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، جزءان.
- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. تحقيق: فهمي الحسيني، دار الجيل: بيروت، ط١، (١٤١١/١٩٩١)، ٤ أجزاء.
- الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع. لشهاب الدين أحمد بن إسماعيل الكوراني. (٨٩٣هـ). تحقيق: أستاذي الدكتور سعيد غالب المجيدي - رحمه الله -، وأصله رسالة دكتوراه للمحقق، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، (١٤٢٩/٢٠٠٨)، ٥ أجزاء.
- شرح القواعد الفقهية. للشيخ أحمد محمد الزرقا. دار القلم: دمشق، ط٢، (١٩٨٩)، جزء واحد.



- شرح الكوكب المنير. لتقي الدين أبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي ابن النجار الحنبلي. (٩٧٢هـ). تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ووزارة الأوقاف السعودية: الرياض، ط٢، (١٩٩٧/١٤١٨)، ٤ أجزاء.
- علم أصول الفقه. للشيخ عبد الوهاب خلاف. (١٣٧٥هـ). مطبعة المدني والمؤسسة السعودية: مصر، جزء واحد. غاية الوصول في شرح لب الأصول. لتركيا الأنصاري. (٩٢٦هـ)، دار الكتب العربية الكبرى: مصر، جزء واحد. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر. لشهاب الدين أحمد بن محمد الحنفي. (١٠٩٨هـ). دار الكتب العلمية: ط١، (١٩٨٥/١٤٠٥)، ٤ أجزاء.
- قواطع الأدلة في الأصول. لأبي المظفر منصور بن محمد المروزي السمعاني. (٤٨٩هـ). تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٩٩٧/١٤١٨)، جزءان.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. د محمد مصطفى الزحيلي. دار الفكر: دمشق، ط١، (٢٠٠٦/١٤٢٧)، ٢ أجزاء.
- كشف الأسرار شرح أصول اليزدي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ٤ أجزاء.
- اللمع في أصول الفقه. لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي. (٤٧٦هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، ط٢، (٢٠٠٣)، جزء واحد.
- وشرح اللمع. للشيرازي نفسه. تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي: بيروت، ط١، (١٩٨٨/١٤٠)، جزءان.
- مذكورة في أصول الفقه. للشيخ محمد الأمين المختار الجكني الشنقيطي. (١٣٩٣هـ). مكتبة العلوم والحكم: المدينة المنورة، ط٥، (٢٠٠١)، جزء واحد.
- المستصفي في علم الأصول. لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي. (٥٠٥هـ). تحقيق: د محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٩٩٧/١٤١٧)، جزءان.
- المسودة في أصول الفقه. لآل تيمية: مجد الدين عبد السلام بن تيمية الجد الحنبلي. (٦٥٢هـ)، وعبد الحليم الأب (٦٨٢هـ)، وأحمد الحفيد (٧٢٨هـ). تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني: القاهرة، جزء واحد، ومطابقة لطبعة دار الكتاب العربي.
- المنثور في القواعد الفقهية. لبدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي. (٧٩٤هـ). طبع وزارة الأوقاف الكويتية: ط٢، (١٩٨٥/١٤٠٥)، ٣ أجزاء.
- منهاج الوصول إلى معاني معيار العقول. للإمام أحمد يحيى المرتضى الزيدي. (٨٤٠هـ). تحقيق: د محمود سعيد، مؤسسة الإخلاص للطباعة والنشر: بنها، مصر، جزء واحد.
- المهذب في أصول الفقه. د عبد الكريم بن علي النملة. مكتبة الرشد: الرياض، ط١، (١٩٩٩/١٤٢٠)، ٥ أجزاء. نفائس الأصول في شرح المحصول. لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. (٦٨٤هـ). تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز: مكة، ط١، (١٩٩٥/١٤١٦)، ٩ أجزاء.
- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول. للقاضي البيضاوي. (٦٨٥هـ)، لجمال الدين عبد الرحيم الإسوي (٧٧٢هـ). تحقيق: عبد القادر محمد علي، دار الكتب العلمي: بيروت، ط١، (١٩٩٩/١٤٢٠)، جزء واحد، ومع سلم الوصول للشيخ محمد بخيت المطيعي، عالم الكتب: ٤ أجزاء.



الواضح في أصول الفقه. لأبي الوفاء علي بن عقیل بن محمد البغدادي الطفري الحنبلي. (٥١٣هـ). تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٩٩٩/١٤٢٠)، ٥ أجزاء.

مراجع المذاهب الفقهية:

إعانة الطالبین علی حل ألفاظ فتح المعین. لأبو بكر عثمان بن محمد البكري الشافعي. (١٣١٠هـ). دار الفكر للطباعة: ط١، (١٩٩٧/١٤١٨)، ٤ أجزاء.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي. (٥٨٧هـ). المطبعة الجمالية، نشر دار الكتب العلمية: بيروت، ط٢، (١٩٨٦/١٤٠٦)، ٧ أجزاء.

تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق. لعثمان بن علي الزيلعي الحنفي. (٧٤٣هـ). وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية: القاهرة، ط١، (١٣١٣هـ)، ٦ أجزاء.

تحفة المحتاج في شرح المنهاج. لأحمد بن محمد بن حجر الهيتمي. (٩٧٤هـ). المكتبة التجارية الكبرى: بمصر، (١٩٨٣/١٣٥٧)، ١٠ أجزاء.

حاشية ابن عابدين علی رد المختار علی الدر المختار. لمحمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي الحنفي. (١٢٥٢هـ). دار الفكر: بيروت، ط٢، (١٩٩٢م)، ٦ أجزاء.

حاشية الدسوقي علی الشرح الكبير. لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي المالكي. (١٢٣٠هـ)، علی الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير (١٢٠١هـ)، وعليه تقارير الشيخ عليش مفتي الديار المصرية (١٢٩٩هـ). دار الفكر، (د. ط)، (د. ت)، وموافقة لطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه: ٤ أجزاء.

السيبل الجرار المتدفق علی حدائق الأزهار. لمحمد بن علي الشوكاني. (١٢٥٠هـ). دار ابن حزم: ط١، جزء واحد. شرح الأزهار، المنتزع المختار من الغيث الممدار المعروف بشرح الأزهار. للعلامة أبو الحسن عبدالله بن مفتاح. (٨٧٧هـ). مكتبة التراث الإسلامي: صعدة، ط٣، (٢٠١٤)، ١٠ أجزاء، ونرمز لها بالطبعة (أ)، والطبعة القديمة، طبع مكتبة غمضان: (١٩٨٠م)، ٤ أجزاء، نرمز لها (ب).

الكافي في فقه الإمام أحمد. لأبو محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي الحنبلي. (٦٢٠هـ). دار الكتب العلمية: ط١، (١٩٩٤/١٤١٤)، ٤ أجزاء.

كشاف القناع عن متن الإقناع. لمنصور بن يونس بن صلاح البهوتي الحنبلي. (١٠٥١هـ). دار الكتب العلمية، وعالم الكتب: بيروت، ٦ أجزاء.

المبسوط. لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي. (٤٨٣هـ)، دار المعرف: بيروت، (١٩٩٣/١٤١٤)، ٣١ جزء.

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. (٩٧٧هـ). دار الكتب العلمية: ط١، (١٩٩٤/١٤١٥)، ٦ أجزاء.

المغني لابن قدامة. لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة الحنبلي. (٦٢٠هـ). مكتبة القاهرة: (١٩٦٨/١٣٨٨)، ١٠ أجزاء.

منح الجليل شرح مختصر خليل. لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي. (١٢٩٩هـ). دار الفكر: بيروت، (١٩٨٩/١٤٠٩)، ٩ أجزاء.



نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج. لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي الشافعي. (١٠٠٤هـ)، وعليه حاشية القاهري. (١٠٨٧هـ)، والرشيدي. (١٠٩٦هـ). دار الفكر: بيروت، (١٤٠٤/١٩٨٤)، ٨ أجزاء.

#### فقه مقارن ومراجع قانونية:

التقريب في شرح القانون المدني اليمني. د محمد حسين الشامي. مكتبة خالد ابن الوليد، ودار الكتب اليمنية: صنعاء، ط١، (١٤٤٠/٢٠١٩)،

قانون الإثبات اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم (٢١) لسنة (١٩٩٦)، والمعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة (١٩٩٦).

قانون الأحوال الشخصية اليمني الصادر برقم (١٧-٥) لسنة (١٩٩٦)، بالموافقة على القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة (١٩٩٢)، والمعدل بالقانون رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٨)، والقانون رقم (٢٤) لسنة (١٩٩٩)، والقانون رقم (٣٤) لسنة (٢٠٠٣).

القانون المدني اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بقانون رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٢).

الحلى بالآثار. لأبي محمد علي بن أحمد الأندلسي الظاهري. (٤٥٦هـ). دار الفكر: بيروت، (د. ط)، (د.ت)، ١٢ جزء. وموافقة لطبعة دار الكتب العلمية: بيروت، بتحقيق: د عبد الغفار البنداوي، ط٣، (٢٠٠٣).

المدخل الفقهي العام. مصطفى أحمد الزرقا. دار القلم: دمشق، ط١، (١٤١٨/١٩٩٨).

وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية. رسالة دكتوراه، د. محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان: دمشق، ط١، (١٤٠٢/١٩٨٢)، ٢ أجزاء.

#### مراجع اللغة:

التعريفات. علي بن محمد بن علي الجرجاني. (٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤٠٣/١٩٨٣)، جزء واحد.

كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. لمحمد بن علي التهانوي الحنفي. (١١٥٨هـ). تحقيق: د علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون: بيروت، ط١، (١٩٩٦م)، جزءان.

لسان العرب. لأبي الفضل محمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي. (٧١١هـ). دار صادر: بيروت، ط٣، (١٤١٤هـ)، جزء.

المعجم الوسيط. د إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات وآخرون. تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.