



د/ عبدالله محمد دبوان

استصحاب الحال وأثره في أحكام الاختلاف في سبب خروج المال

**Humanities and Educational
Sciences Journal**

ISSN: 2617-5908 (print)



**مجلة العلوم التربوية
والدراسات الإنسانية**

ISSN: 2709-0302 (online)

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

تاريخ قبوله للنشر 15/10/2024

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

() تاريخ تسليم البحث 1/8/2024

موقع المجلة:



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 المساعدة

بكلية الحقوق - جامعة تعز- اليمن

الملخص

دراسة بيّنت: حقيقة الاستصحاب عند علماء أصول الفقه، وحججه 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 والقرض، وكذلك حكم استرداد المال عند الاختلاف بين المبة والإعارة أو الاختلاف في عوض المبة، والبحث بين أهمية دليل الاستصحاب، وخصوصاً في حكم الاختلاف في سبب خروج المال، وبين أهمية بناء الفروع على الأصول، وبين أهمية أصول الفقه والفقه المقارن في تفسير نصوص القانون اليمني وتمكيلها، ويعتبر غودجاً لذلك.

الكلمات المفتاحية: اصطلاح 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 الحاصل الوهاب مقدر الأسباب ومعلم الكتاب، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا، والصلوة والسلام على محمد المبين عن ربه الهاادي إلى سواء السبيل، وعلى آله وأتباعه، وبعد، فهذا بحث أصولي فقهى قانوني مقارن، 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 أداته المهمة التي يستتبع منها الأحكام، فإذا بحث المجتهد عن دليل في الأدلة الأربع المتفق فيها ولم يجد حكم بيقائه في الزمان الثاني بناء على ما كان حكمه في الزمان الأول؛ لأنه لم يثبت أيٌّ مغيرة؛ 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 وحجيته وأنواعه وأثره وما ينفي عليه من قواعد عند الأصوليين، ثم نبين آثره في تحديد من هو المدعى 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 بيته أو محرر بني حكمه على استصحاب الحال السابق، فمن وافقه فالقول قوله، وعلى خصمه عباء الإثبات؛ فإن بين بالدليل خلاف الاستصحاب حكم له بدلبله؛ وإلا حكم بالاستصحاب.

وأهمية البحث العملية تكمن في تحديد المدعى من المدعى عليه في سبب انتقال المال؛ لاختلاف أحكامهما وترتبط مصير الدعوى فيما يكسبها ومن يخسرها على ذلك، والقاضي عندما يلزم أحد الخصوم بالإثبات وفقاً لدعواه، إنما يكون ذلك حكماً ضمنياً منه بتصديق الآخر وترجيح جانبه، باعتبار قوله مقتن برجح قانوني، فإن تعذر على من كلفه إقامة الحجة أو قدم دليلاً ضعيفاً، أو متعارضاً أو فيه شبهة خسر دعواه؛ وحكم القاضي عليه برفض الدعوى^(١).

كما أن المعاير العامة لعبء الإثبات لا تكفي في تحديد المدعى من المدعى عليه في سبب انتقال المال؛ لأنها عامة وتحديد لمن القول في سبب خروج المال وعلى من عباء الإثبات فيها تفصيلات حالات 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 متفرقة في كتب الأصول والفقه الإسلامي والفقه القانوني، وفي القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب: في إثاء أدلة الأحكام، وأحكام العقود والمعاملات، كاختلاف المتباعين، واختلاف الواهب والموهوب له... إلخ، أو عند دراسة قواعد الإثبات وشروطه فتذكر أهم

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



المحددات العامة ملن عليه عباء 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 المحبة في المادة (٢٢٥) أحوال شخصية^(١)، والاختلاف في الإعارة في المادة (٩٨٢) مدني^(٢)، والاختلاف في الوديعة في المادة (٩٥١) مدني، وترد في مسائل الضمان، والحيازة والغصب، والمسؤولية، وفي غيرها؛ والتي تختلف تماماً عن القواعد العامة الحاكمة لعبء الإثبات؛ ومن هنا تأتي أهمية البحث.

وتقسم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالاستصحاب وحجته وقواعد المترفرعة عليه:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب وحجته.

المطلب الثاني: القواعد المترفرعة على الاستصحاب وكيفية بناء عباء الإثبات عليها.

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

المطلب الأول: دور الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق أجرة 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 وحجنته والقواعد المترفرفة عليه

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب وحجنته

الفرع الأول: تعريف الاستصحاب

الاستصحاب لغة: طلب المصاحبة والملازمة للحكم السابق واستمرار الأخذ به، مصدر من الفعل استصحاب^(١)، واصطلاحاً: الحكم بشبوب أمر في الزمان الثاني لشبوته في الزمان الأول لفقدان ما يصلح للتغيير بعد البحث التام^(٢).

فهو تمسك بدليل عقلي أو بدليل شرعي لم يظهر عنه ناقل^(٣)؛ فالاستصحاب ليس بمحنة، إلا فيما دل الدليل العقلي أو الشرعي على دوامه، بشرط عدم المغير، فما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاوته في الزمن المستقبل، وهو معنى قوله: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل، فمن ادعاه فعليه البيانا؛ كما في الحسيات أن الجهر إذا شغل المكان يبقى شاغلاً إلى أن يوجد المزيل، إذ الفرض أنه لم يتحقق على إلّا الزمان، والحكم ليس مما تنفيه الأزمّة، ولو كان الزمن يُمْجَرِّدَ يفني هذا الظن لما سَاعَ لعاقل مراصلة من فارقه ولا الاشتغال بما يَسْتَدِّي زماناً كالمراة والتّجارة^(٤).

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 يقون الدليل على وفاته، ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية 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 يخل بها 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^(٥).

الفرع الثاني: حجية الاستصحاب

الاستصحاب من الأدلة الأصولية الشرعية المختلفة فيها، ولكن حاصل أقوال الأصوليين ينحصر في قولين:
الفول 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 يُظْنَ مزيل حكمه فإن لِئُومَ ظَرِّي بقاوته في الاستقبال أَمْرٌ ضروريٌّ يجب العمل به؛ لأن ظن البقاء أغلب من ظن التغير؛ وذلك لأن بقاءه مستغن عن المؤثر حالة بقاوته ولا

(١) لسان العرب. ابن منظور. ١/٥١٩، والمجمع الوسيط. د. إبراهيم مصطفى، آخرون. ١/٥٠٧، وكشف اصطلاحات الفنون والعلوم، للنهاني ١/١٥٣، والتعريفات، للجرجاني، ص ٢٢.

(٢) الإجاج في شرح المنهاج. للسبكي ٣/١٧٢، ونهاية السول في شرح منهاج الوصول للإسنوبي، ص ٣٦١، وشرح المخل لجمع الجموع مع حاشية العطار، ٢/٣٩١، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني ٣/١٦١، وغاية الوصول في شرح لب الأصول لتركيا الأنصارى، ص ١٤٦، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى، لعلاء الدين البخاري ٣/٣٧٧، وإرشاد الفحول للشوکانى ٢/١٧٤.

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

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

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



يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل، ومقارنة ذلك الباقي له وجوداً كان أو عدماً، أما التغير فمتوافق على الأمرين السابقين وعلى ثالث وهو تبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود؛ ولا يخفى أن تتحقق ما يتوقف على أمرين أغلب مما يتوقف على ذينك الأمرين وثالث غيرهما^(١).

والله سبحانه أجرى العادة في الحسبيات ببقاء الحكم في الزمان الثاني لشبوته في الزمان الأول إذا لم يطرأ مغيّر له، فكذلك في الشرعيات، وأنه لو استمرار العادة ببقاء ما كان على ما كان لما دلت العجزة، والعقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه ولو أحکام خاصة به فإنهم يسوغون القضاة والحكم بما في المستقبل، فيحيزون مراسلة من عرفا وجوده في البلاد النائية، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة؛ ولو لا أن الأصل إبقاء ما كان على ما كان لما ساع لهم ذلك^(٢).

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^(٣).

والأصل فيه قوله سبحانه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءِ إِنْ تُبَدِّلَ لَكُمْ تَسْؤُمُمْ وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْفُرْقَانَ تُبَدِّلُ كُمْ عَقْدًا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ أَعْفُورُ حَلِيلِي} [المائدة: ١٠١]، فدللت الآية على أن ما ترك حكمه فهو عفو على ما كان، وقوله تعالى: {فَلَمْ لَا أَجِدْ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحْرَمًا ...} [الأنعام: ٤٥]؛ فدللت على أن التحرير ينعدم عند عدم ورود الدليل الدال عليه.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا شك أحدكم في صلاته، فليبلغ الشك، ول稗ن على اليقين"^(٤)؛ وعن عبد الله بن زيد قال: شكك إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يغسل إليه في صلاته أنه يخرج منه شيء، قال: "لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحًا"^(٥)، فأمر باستصحاب الحال السابق المتيقن ولا يزال عنه بالشك. يجعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر، فقال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعَاهُمْ، لَأَدْعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَعَى عَلَيْهِ»^(٦)، وقوله صلى الله عليه وسلم للأشعث بن قيس لما اختصم مع

(١) المستضي للغزالى. ٣٧٧/١، والإحکام في أصول الأحكام للأمدي، ١٣٤/٤، ونهاية السول ص ٣٦١، ونفائس الأصول للقرافي، ٣٠٠٢/٩، وإحکام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد الجاجي، ٦١٣/٢، وبيان المختصر ١٦٢/٣، وشرح التلویح للفتوازى، ٢٠٢/٢، وإجابة السائل شرح بغية الامل ص ٢١٧.

(٢) الإحکام للأمدي. ١٢٨/٤، والبحر المحيط ٣٢٧/٤، ونهاية السول مع سلم الوصول. ٣٦٨، ٣٦٧/٤.

(٣) إرشاد الفحول. للشوكاني. ١٧٥/٢، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، ٣٣٩/١، والمذهب في أصول الفقه ٣/٩٦٤، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية، د مصطفى سعيد الخن، ص ٥٤٣.

(٤) سنن أبي داود، باب إذا شك في الشتتين والثلاث. ١٠٢٤)، وقال الألباني: حسن صحيح، ١/٢٦٩، ومسند 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، وصحیح مسلم، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحديث فله أن يصلى بطهارته تلك، (٣٦١)، ٢٧٦/١.

(٦) متفق عليه عن ابن عباس: صحيح البخاري، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال، (٤٥٢)، ٣٥/٦، وصحیح مسلم، واللفظ له، باب اليمين على المدعى عليه، (١٧١١)، ١٣٣٦/٣.



رجل في أرض: «هلن لك بيته؟» فقال: لا، قال: «فَبِمِنْهُ»، وفي رواية: «شَاهَدَكَ أَوْ بَيْتَهُ»^(١)؛ لأن معه الأصل، وهو براءة ذمته^(٢).

ومعهذا قرر قانون الإثبات اليمني^(٣) المادة (٢): على الدائن إثبات الحق، وعلى المدين إثبات التخلص منه؛ وتكون البينة على المدعى واليمين على من أنكر.

والاستصحاب آخر مدار الحكم عند المحتجه، 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 فالاصل بقوه، وإن كان التردد في ثبوته فالاصل عدم ثبوته^(٤)، وليس هذا راجعاً إلى عدم العلم بالدليل المغير، بل إلى العلم باتفاق الدليل المغير أو مع ظن انتفاء المغير؛ عند بذل الجهد في البحث والطلب، والأحكام تن amat بمصالح دينية ودنيوية لا تتغير مع الزمن القريب^(٥).

وهو كذلك في إثبات الحقوق والالتزامات؛ فالاستصحاب مرجع أولى يترجح به قول من وافقه ويجعله مدعى عليه؛ ويقبل قوله إذا لم يوجد دليل ناقل لحكم الأصل السابق، ثابت بشهادة أو إقرار أو محركات.

ومما تقدم تبين أن القائلين بالاستصحاب لا يثبتون حجيته ويوجبون العمل به إلا إذا تحقق شرطان:
١ - أن يستدل بالاستصحاب عند العلم أو الظن بعدم وجود الدليل المغير.

٢ - أن يقر الاستصحاب في المسألة وبيني الحكم عليه مجنهد علم بالأدلة وماخذها، مطلع على الشريعة، فإذا بحث ولم يجد فيقطع أو يظن ببنفي الحكم؛ فيبني الحكم على الاستصحاب، أما العامي فليس له أهلية النظر بحال؛ فهو كالأعمى الذي لا أهلية له للتفتيش عن الأجسام الخفية في البيت، فهذا لا يتأتى له أن يعلم النفي ولا يظنه، بخلاف من له بصر^(٦).

القول الثاني: وقال أكثر الخفيف وأبو طالب من الزيدية وبعض المتكلمين كأبي الحسين البصري: ليس الاستصحاب حجة مطلقاً، وقال متاخره الخفيف: إنه حجة للدفع لإبقاء مكان 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^(٧).

ولأنه: يغترف في البقاء ما لا يغترف في الابتداء، كما جاء في القاعدة الفقهية: وهو نص المادة (٧٢٠) / القاعدة (٣٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي^(٨).

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

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

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

(٤) البحر الخيط للزركشي، ٤/٣٢٧.

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

(٦) التحقيق والبيان ٤/١٨٣.

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

(٨) الصادر بالمرسوم الملكي برقم (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 فإما للدليل دل على استمراره لا للاستصحاب، ولأن بيته الإثبات مقدمة على بيته النفي إجماعاً، ولو كان الأصل في كل حكم تتحقق دوامه لكنه بيته النفي لإعتمادها بهذا الأصل أولى بالتقديم، كما أن القول بالاستصحاب يؤدي إلى تعارض الأدلة، فمن استصحاب حكمًا من صحة عقد مثلًا كان لخصمه أن يستصحاب خلافه في مقابلته كاستصحاب أصل براءة الذمة^(١).

والمنكرين للاستصحاب من الحنفية يعملون به في **الحيثيات**، لأنَّ اللَّهُ أَجْرَى الْعَادَةَ فِيهَا بِقَاءُ أَوْصافِهَا فِي الزَّمَانِ الْأَوَّلِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مُغَيْرٌ، كالأحكام الشرعية الثابتة بالإنشاء، نحو: الزوجية، والملكية، والدين؛ فإن الأصل فيها البقاء لبقاء الإنماء ما لم يطرأ عليه مزيل^(٢).

وقال البعض يعمل به في الترجيح، وقيل: بأن الاستصحاب حجة إن لم يعارضه ظاهر، وإلا قدم الظاهر^(٣).

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 مستقلأً 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 ويعيق ما سواه على أصل النفي الأصلي، كنفي وجوب صلاة سادسة، ونفي وجوب صوم شوال^(٤). ومن هذا النوع قاعدة: **الأصل براءة الذمة**، أي: من الديون والالتزامات، والأصل براءة الم لهم؛ فيكون القول قول المنكر للدين، والضمان، والمنكر للجنائية؛ بحكم استصحاب البراءة الأصلية^(٥).

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

فالعموم حجة إلى قيام المخصوص، والنص حجة إلى قيام النسخ، وهذا يقول به جميع العلماء من فيهم الحنفية، إلا أنه ليس من الاستصحاب؛ لأن الحكم مستند إلى الدليل العام والنص، لا إلى الاستصحاب^(٦).

٣- استصحاب حكم دل الشعور أو العقل على ثبوته ودوامه:

كلملوك عند حصول عقد البيع المنشئ له، وشغل الذمة عند حصول إتلاف أو التزام، ودوماً الحل في المنكوحه بعد تقرير النكاح؛ فهذا وإن لم يكن حكمًا أصلياً فهو حكم شرعي دل الشعور على ثبوته ودوامه، ولا خلاف في

(١) التقرير والتحرير ٣٩٠/٣، وكشف الأسرار ٣٨١-٣٧٩/٣، وأثر الأدلة المختلفة فيها، ١٩٥.

(٢) أصول السرخيسي، ٢٢٤/٢، والبحر المحيط للزرκشي، ٣٢٧/٤، ونهاية السول مع سلم الوصول ٤/٣٦٨، وإرشاد الفحول ١٧٥/٢، وأصول الفقه لخلاف ص ٨٨، وأصول الفقه لحمد أبو زهرة ص ٣٠٣، والهذب في أصول الفقه ٣/٩٦٥.

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

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

(٥) اللمع في أصول الفقه، للشيرازي، ص ١٢٢، وشرح الكوكب المنير ٤/٤٠، الواضح في أصول الفقه ٣١٣/٢، وأصول الفقه لخلاف ٨٨، وغمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لشهاب الدين الحنفي ٢٠٣/١، والأشباه والنظائر، للسيوطى، ص ٥٣، ومنهاج الوصول للمرتضى ٨٣٨، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها، د محمد مصطفى الزحيلي، ١٤٢/١.

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



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 الحاله له بناء على ثبوتها في وقت سابق، لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاوه، فهو حجة ظنية شأنه شأن بقية المرجحات التي تقوى جانب المدعى عليه حتى يتثبت عكس ذلك^(١).

إذا ادعى من عليه الدين أنه قضى ما كان عليه أو أبأه منه المستحق كان البناء على الأصل، وهو بقاء الدين، ولا ينفع بدعوى القضاء والإبراء من غير بيته.

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

٤- استصحاب الوصف:

وهو استصحاب الوصف المثبت بالحكم الشرعي حتى يثبت خلافه، فهو استمرار للوصف المرتب من الحكم، كوصف الكفاله للكفيل؛ فتستمر ثابتاً حتى يؤدي الدين أو يؤديه الأصيل أو يرثه المدين، ووصف الحياة للمفقود، لأن خرج حياً بيقين، فتستمر ثابتاً حتى يقوم الدليل على وفاته، واستمرار وصف الطهارة للمتوضى، ووصف حل الاستمتاع بسبب عقد الزوجية، والملك للإرث أو الشراء، والبكاره 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^(٣).

ومن الاستصحاب: الحكم بتكرر اللزوم والوجوب إذا تكررت أسبابها، كتكرر شهر رمضان وأوقات الصلاة عند تكرر وقت وجوبها، ونفقات الأقارب عند تكرر الحاجات^(٤).

٥- استصحاب الإجماع في محل الخلاف:

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

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

(٢) المراجع السابقة، ونهاية السول ٤/٣٦٨، وكشف الأسرار ٣/٣٧٧، وشرح الكوكب المغير ٤/٤٠٥، وإعلام الموقعين ١/٣٣٩، والواضح في أصول الفقه ٢/٣١٣، والمذهب في أصول الفقه ٩٦٠/٥، وأصول الفقه لأبو زهرة ص ٢٩٨.

(٣) كاستصحاب وصف الطهارة بعد اليقين من الوضوء إذا شك بالحدث، قال الجمهور: لا يجب عليه الوضوء؛ عملاً باستصحاب يقين الطهارة، وقال المالكيه: يجب الوضوء؛ لأن شغل الذمة بالتكليف بالصلاه يقين، ولا يرتأ منها إلا بيقين، والشك في الشرط وهو الطهارة شك في المشروط وهو الصلاه، والذمة لا يرتأ 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 طلقة واحدة المتيقنة، والمالكية يعتبرونه قد طلقها ثلاثاً، للاحتياط الشرعي، ينظر: البرهان في أصول الفقه، للجويني، ٧٣٧/٢، وإعلام الموقعين ١/٣٣٩، ٣٤٠، وأنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي، ١٦٣/٢، ١٧٤، ١٦٣، وغمز عيون البصائر ١٩٨/١، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١١٦، ١٠٦/١.

(٤) المراجع السابقة.



قال أكثر العلماء: ليس دليلاً؛ لأن الإجماع انعقد على حالة فقد الماء وقد تغيرت، فيجب قطع الصلاة والوضوء ثم إعادتها^(١).

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^(٢).

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 الافتقاء 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

ترتبط على الاستصحاب بأنواعه السابقة قواعد فقهية وقضائية هامة؛ يعمل بها جميع الفقهاء من حيث الجملة، وإن وجد خلاف في بعض البناء والتلفيق 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^(٣)،** ونص القانون المدني اليمني في المادة (١١): الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، وهو نص المادة (٧٢٠) القاعدة (٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني^(٤): إنه إذا ثبت وجود الشيء بقائه على ما كان يصبح الأصل حتى يثبت غيره.

قال الزيدية: فمن ثبت عليه دين أو عين فادعى فيه حقاً أو اسقاطاً وبراءة، لم تقبل دعواه إلا ببينة^(٥)؛ 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 كلاً أو بعضاً^(٦).

(١) المستضفي /٣٨٠، والتحقيق والبيان /٤، ١٨٥، وإنكما الفصول /٢٦٤، ٣٣٢ /٤، والبحر الحيط /٤، وشرح الكوكب المنير /٤، ٤٠٦ /٤، الواضح في أصول الفقه /٢، ٦٨، ٣١٦، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للأسنوي، ص ٤٥٩، وإنجابة السائل، ٢١٧، والمهذب في الأصول /٩٦٢ /٣.

(٢) شرح الخلوي على جمع الجموع مع حاشية العطار /٣٨٨ /٢، والدرر اللوامع في شرح جمع الجموع، للكوراني، ١٥ /٤، وكشف الأسرار /٣٧٧ /٣، وعلام الموقعين /٣٤٠ /١، وأثر الأدلة المختلفة فيها /١١٨.

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

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

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

(٦) السيل الجرار للشوكاني، ص ٧٤٨ /٦.



٢ - الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة، إلا إن دل دليل للحظر فيعمل به^(١)، ونص القانون المدني اليمني المادة (١١): الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها؛ وجاء في المذكرة الإيضاحية: الأصل فيما خلق الله إياه 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 بطلانه، ونص المادة (٧٢٠) / القاعدة ١٠ من نظام المعاملات المدنية السعودية: الأصل في العقود والشروط الصحة والالتزام، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: قال الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ} (المائدة: ١)، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، 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 شرعى.

ويترتب على القاعدتين السابقتين أن جميع العقود والتصرفات وشتي 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^(٣)، 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 السعودية، وجاء في المذكرة الإيضاحية: المادة تتضمن قاعدة كلية دليلاً قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ، فَلَمْ يَدْرِ كُمْ صَلَّى أَثْلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا، فَلْيَطْرُحِ الشَّكَ وَلْيُبَرِّئَ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ»^(٤).

٥ - الأصل في الإنسان البراءة، أي: من الديون ومن الالتزامات ومن التهم بارتكاب الجنيات^(٥)، ونص القانون المدني اليمني المادة (١١): الأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها، وهو نص المادة (٧٢٠) / القاعدة ٩ من نظام المعاملات المدنية السعودية؛ وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: الأصل براءة الذمة لأئمه العدم، ويترتب على القاعدتين السابقتين أنه لا يثبت حق أو دين أو جرم في ذمة إنسان مجرد ادعاء غيره عليه، بل لا بد للمدعى من أن يقدم دليلاً على دعواه: بإقرار المدعى عليه، أو شهادة، أو كتابة، أو قرائن، وإن لم يقدم حُكْم برفض دعواه، وليس له إلا بعين المدعى عليه.

٦ - الأصل العدم، فالالأصل في الصفات أو الأمور العارضة العدم^(٦)، 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 ٤/٣٢٥، والمسودة لآل تيمية، ص ٤٣١، والأشباه والنظائر للسيوطى ٦٠، والقواعد الفقهية للرحيلي ١١١/١.

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

(٣) درر الأحكام ١/٢٢، وإعلام الموقعين ١/٣٤، وأصول الفقه لخلاف ٨٨، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١/١١١.

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

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

(٦) اللمع ١٢٢، وشرح الكوكب المثير ٤/٤٠، والواضح في أصول الفقه ٢/٣١٣، وأصول الفقه لخلاف ٨٨.

(٧) المستصفى ١/٣٧٩، والإجماع في شرح المنهاج ٣/١٦٩، وشرح الكوكب المثير ٤/٤٠٥، وإعلام الموقعين ١/٣٣٩، وأصول الفقه لخلاف ٨٨، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها ١/١١٢، وتبيين الحقائق للزياني، ٤/٢٩١، ودرر الحكم ١/٢٥.



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

٦- الأصل في الصفات الوجودية الوجود، والأصل فيما جهل قدمه وجدته أن يعتبر قدیماً إذا كان في ملك خاص، وحادثاً إذا كان في ملك غيره^(١).

وما يتربت 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^(٢)، والأصل في الاستيلاء على مال الغير الضمان^(٣)، والأصل أن الأخذ سبب لوجوب ضمان الرد^(٤)، والأصل أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته، وهو نص المادة (١٢٠) القاعدة (١٢) سعودي، والأصل في الكلام الحقيقة، وهو نص المادة (٢٤) 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 الممليّك في بيان جهة التمليلك، وقول الدافع في بيان جهة الدفع، لأنهما أدرى بما من تلقى الملك أو القبض، فلو ادعى الملك القرض، وادعى الآخر الهبة مثلاً؛ فالقول قول الممليّك، 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 الممليّك والداعي أدرى بجهة التمليلك^(٥).

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 "البيان لا يزول بالشك"، وفرعية "براءة الذمة" عن "الأصل في الصفات العارضة العدم"^(٦)، ويرى البعض أن قاعدة "البيان لا يزول بالشك" هي قاعدة الاستصحاب الأصلية، وتتفق عنها بقية القواعد^(٧).

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

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

إن تحديد ملن القول في الاختلاف في سبب خروج المال هو تقرير مرجح أولي بين الخصمين في تحديد المدعى 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، ويكتفي التمسك به لدفع دعوى خصميه. ويكون خصميه الآخر هو المدعى الذي يخالف قوله الظاهر، ويقلقي عليه عبء الإثبات؛ بحيث لا تسمع دعواه إلا إن أقام دليلاً على خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر هنا مرجح أولي ضعيف يقبل إثبات العكس^(٨).

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

(٢) نهاية المحتاج للمرمي، 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) الممتع في القواعد الفقهية، د مسلم الدسوسي، ص ١١٣ ، وما بعدها.

(٨) وسائل الإثبات د محمد الرحيلي، ٦٥٨/٢ ، والمدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، ٢/١٥٦ .



فمثلاً إذا ثبت الملك واليد للمدعي في وقت سابق وجب على الحكم أن يحكم باستصحاب الحال وبقائه على مكان، فمدعى الاسترداد قد أقر له المدعى عليه بسبق الملك واليد، فثبتت ملكه في الزمن الماضي، ويستصحب هذا الملك له في الحال، وذو اليد المدعى عليه بمصادقته للمدعي بسبق الملك قد انشغلت ذمته بالضمان برد المدعي به عيناً أو مثلاً أو قيمة، فيستصحب هذا الالتزام واتساع الدمة في حقه، ودعوه التملك بالهبة أو الهدية تجعله مدعياً لما يخلص ذمته، والمدعى منكر لدعوه؛ فتبقى ذمته مشغولة استصحاباً ويلزم بتسليم المدعى به^(١).

وبنفي على قاعدة الأصل في الأمور العارضة العدم بأن الذي انتقل من يده المال ثبت سبق ملكه وينه 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 يبيّنة لذى اليد الحالية على دعواه التملك بالهبة ونحوها، فتبقى الملكية وتستصحب، وتنتفي دعوى ذي اليد الملك العارض بالهبة؛ لأن الأصل عدمها حتى تثبت بالبيّنة على إزالة المالك ملكه وانتقاله لذى اليد، فإن لم توجد فيصدق نافي الملك العارض، ويعتبر مدعى عليه القول قوله بيّنين^(٢).

ويحمل خروج المال على أقل التصرفات استصحاباً لبقاء الملك: فالأصل قول المالك النافي للتصرف والإذن في وضع اليد^(٤)، وعلى ذى اليد إثبات الإذن من المالك بالقول أو بقرينة الحال أو بالعرف، المواد (٨٧٣، ٧٧٢)، (٩٥١) مدني يعني^(٥)، 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 استردادها في الحال إن لم يثبت المرهن الرهن، المادة (٣١٠٢٤) مدني يعني^(٦)، ولو قال المالك: خرجت قرضاً أو عارية، وقال ذو اليد: بل هبة، فالقول قول المالك وله استردادها ما لم يثبت الآخر الهبة باللفظ أو بقرينة حال أو بعرف جار مستمر، وهكذا.

(١) المهدب ٣٢/٣، وتبصرة الحكم لابن فرحون، ١٩١١/١، وتبين الحقائق للزبيدي ٤/٢٩١، وكشاف القناع ٤/٢٠١، والمنشور في القواعد للزرتشي ٣٧٠/٣، ووسائل الإثبات ٢/٦٦٣.

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها للزنجيلي ١٣٨/١.

(٣) ولا يشكل ما أورده القانون المدني في الغصب المادة (١١٤٧): إذا اختلف المالك والعاصب في العين المغصوبة أو قيمتها فالبيبة على المالك. وما أورده في حياة الملك والثبوت في المادة (١١١١): من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالكاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك، لأن هذه حالة أخرى، وهي عند عدم تصادق وإقرار العاصب والخائز بالملك السابق للمالك، بل يدعى ملكية مطلقة، ولم ينسب ملكيته بالانتقال من المدعى، فهنا يجب على المالك إثبات ملكه ويسقط يده على العين المدعى بما التي في يد المدعى عليه، فإن أثبت فالأصل في يد المدعى عليه التعدي والغصب، والأصل عدم الإذن من المالك.

(٤) الأشياء والنماذج للسيوطى ٦٨، وما بعدها، ووسائل الإثبات للزنجيلي ٢/٦٦٠، والمحلى لابن حزم ٢٥٥/٧.

(٥) في المساقاة: نصت المادة (٧٧٢٢) 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 والقرر والإذن بالنقل والاستعمال والتصرف، في القراض: المادة (٨٧٣): القول قول رب المال والبيبة على العامل عند الاختلاف في ثلاثة مسائل هي: في أن المال قرض أو غصب ليضممن العامل التالف منه.

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

**المبحث الثاني: تطبيقات فقهية للاستصحاب في الاختلاف في سبب خروج المال:****المطلب الأول: دور الاستصحاب في الاختلاف في استحقاق أجرة العين**

وصورة المسألة أن ثبتت الملكية للعين من خرج من يده المال وانقل منه، وثبتت اليد العارضة لمن في يده المال (العين)، ثم يختلفان في استحقاق المالك للعوض عن منفعة العين من عدمه: بأن يطالب المدعى المالك باستحقاق عوض المنفعة، ويدعى المتتفق بعدم استحقاق عوض المنفعة، ولهذا الاختلاف صور، أهمها المسألتان الآتیات:

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 مالكه لآخر إلا ببيبة، وأن الأصل عدم إباحة المنفعة لغير المالك، ولأن المتتفق استهلك منفعة وأتلفها ويدعى سقوط عوضها وبراءة ذمته منها، وأن الأصل قول المالك في صفة خروج ماله من يده، فيقبل قوله؛ ويستحق الأجرة^(١).

وأخذ الحنفية بقول المالك المعير في مقدار الإعارة وزمامها ومكانها بعد ثبوت عقد العارية^(٢).

فالاختلاف كان بين المالك والمستوفى للمنفعة في صورتين:

- ١ - الاختلاف بين الإجارة والإعارة في المنقول، فالمالك مدعى عوض المنفعة، وهذا اليد على الدابة أو السيارة أو غيرها منكر الأجرة ومدعى الإعارة.
- ٢ - الاختلاف بين المزارعة والإعارة في الأرض الزراعية، وفي كلا المسألتين القول قول المالك، ويستحق الأجرة بشرط:

- أن يستوفي ذو اليد المنفعة من المال، وبمضي زمن مثله أجرة في العادة، كليس الثوب جمعة، أو استخدام الآنية شهراً، وإمساك الدابة زمناً يبلغ به إلى مكان يقصد حتى وإن لم يذهب إليه، أو يمضي موسم يزرع فيه الزرع وينمو ويجد والأرض الزراعية في يد مدعى الإعارة، وأما إن كان الاختلاف حين العقد أو مضى وقت ليس مثله أجرة فالقول قول مدعى الإعارة، ويرد العين للمالك؛ لأنهما لم يتتطابق إرادتهما على عقد معين؛ بل اختلفا على السوم أي في المبادلة والمفاصلة.

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

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

(٢) بداع الصناع ٦/٢١٦، والبساط، للسرخسي، ١٤٣/١١.



- التلف فالاصل أن الضمان بالخروج، 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 بيضة لأحدهما على دعواه، أو بينا معاً بيضة متساوية، فأما إن بين مدعى الإعارة بشهادة أو محرر مكتوب، ونحوه فهي إعارة باليقنة، وكذلك إن بين المالك مدعى الإيجار فيستحق الأجرة التي أثبتتها البيضة من غير يمين، أما إن بين كل منهما بيضة تساوى مع بيضة الآخر فترجع وتقدم بيضة المالك في استحقاقه الأجرة؛ لموافقتها لأصل ضمان قيمة المنافع.
- أن يخلف مدعى الإجارة اليمين على أن ماله خرج من يده إجارة، فيستحق الإيجار؛ فإن نكل رفضت دعواه استحقاق الإيجار، ولا يخلف مدعى الإعارة، وقال المالكية والقاضي حسين من الشافعية: يكون القول مدعى الإعارة بيمينه على ذلك، فإن نكل غرم أجرة المثل.
- والحكم كما قلنا استحقاق المالك الأجرة على ذي اليد، ويأخذ عين ماله، لأن ذا اليد لا يدعى استمرار الإيجار، ومقدار الأجرة:
- ١- الراجع عند الشافعية والحنابلة أنها إيجار المثل، وهذا الراجح.

- وقول للشافعية وقول للحنابلة: هي المسماى الذي حلف عليه، وشرط المالكية أن تكون قريبة تشبه إيجار المثل.

القول الثاني: وقال المادوية الزيدية والخففية وقول للشافعية والقانون اليماني: أن القول قول من يده المال الثاني البعض عن المنفعة؛ لأن الأصل في المنافع عدم العوض عنها؛ لأنهما توافقا على منح المنفعة والإذن في استخدامها من المالك، وإياحتها لذى اليد، وادعى المالك استحقاق الأجرة عليها، والأصل براءة ذمة ذى اليد منها، والمنفعة لا تصير مقومة بمال إلا بعد الإيجار، ويلزم المالك إثباته ليستحق العوض عنها^(١).

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

فإن بينا جيئاً حكم ببيضة العوض؛ أو اعتاد أحدهما وكان هو الغالب فالقول قول من ادعى المعتاد والغالب^(٢).

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 لملئها أجرة عادة، لأنه لم يتلف شيئاً حتى يقول أنه مدعى لسقوطه بذهله؛ ولأن الأصل عدم الإجارة وبراءة ذمه من الأجرة، أو في حالة ما كان صاحب المال لا يتعد مثله أن يأخذ كراء على مثل ذلك الشيء، فالقول للمستعير بيمينه^(٣).

ونصت المادة (٩٨٢) من القانون المدني اليماني: إذا اختلف المعتبر والمستعير فالقول للمستعير في كون العين عارية وليس إجارة، ونصت المادة (١٣١٦) مدنى: الخيام الصغيرة والأكشاك والصناديق ونحوها التي تقام على أرض الغير عادة بصفة مؤقتة دون أن يكون مقصوداً ببناءها على الدوام والاستقرار، تكون ملكاً لمن أقامها والأرض لصاحبها، ولا يجوز بقاء المواد إلا بإذن المالك.

(١) المبسوط ١٤٩/١١، ودرر الحكم، ٣٠٥/٢، وشرح الأزهار ٤٣٣/٣، ط١، ١٠٦/٨، ومغني الحاج ٣٢١/٣.

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

(٣) مغني الحاج ٣٢١/٣، والشرح الكبير ٤٤٠/٣، والكافي في فقه الإمام أحمد ٢١٧/٢.



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 أجرة ولا صاحب الخيمة يتطلببقاء إلا بإثبات إذن المالك ورضاه إيجارة أو إعارة، كما ليس لصاحب الخيمة أن يدعى أهلاً مظهراً لحياة الملك.

القول الثالث: وقال البعض من الشافعية والزيدية والمالكية بالتفصيل بين ما يغلب فيه الإعارة وعدمأخذ 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^(١).

وذلك بالنظر إلى العرف الجاري في نوع المال المختلف على أجنته وإلى عرف الطيفين في إعاراته أو إيجاره. فإن كان الشيء مما يعتاد عرضاً أن يعار: كالफأس والمحفر والمطرقة، فالعرف الجاري في اليمن ومعظم البلاد العربية بأن القول لمدعى الإعارة، وكذلك العرف على العارية في الجنابي والسيوف للرجال، والحلبي للنساء، للبسها في مناسبات الزفاف وغيرها، وإن كان المال مما لا يعتاد إعاراته ويتعاد تأجيره كأرض للبناء أو حقل للمزارعة والغراس لمدة طويلة فالقول للمالك في دعواه الإيجار واستحقاقه للأجرة، أما تمكن ذي اليد من منفعة الأرض ملدة 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 إجارة شيء فعقده إجارة فيه، ك محلات تجهيز المخيمات بالسجاد والكراسي ومكibrات الصوت، ومؤجري السيارات والدراجات ونحوه، أما إن كان المالك لا يمارس إجارة ما سلمه: فإن وجد عرف على إعاراته ككونه كبير عشيرته أو يأنف مثله تأجير ذلك الشيء، أو وجدت قرابة النسب أو الجورة بينه وبين المنتفع فالعقد عارية، وإن لم يعلم عرف للشخص ولا للعين المنتفع بما، فكما سبق الجمهور أنها إيجارة، والزيدية والقانون اليمني أنها إعارة، كذلك ينظر لعرف العامل الذي يبيده المال؛ فإن كانت عادته استئجار الشيء والعمل به فالقول قول مالك المال بأهلاً إيجاره وإن لم يعتد ذلك فالقول قوله بأهلاً عارية.

ونصت المادة (٩٨٢) من القانون المدني اليمني: إذا اختلف المعيير المستعير فالقول للمستعير في كون العين عارية وليس إيجارة، 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 داخلاً 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 إذن له ولم يعتبر الأجرة فلا أجرة 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.

وما سبق تستنتج 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 الإيجار واستحقاقه للأجرة.

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



وأما القول الثاني فاستصحاب 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.

ثالثاً: اعتبار وجود العرف كدليل معتبر ناقل عن الاستصحاب عند القول الثالث: فوجود العرف على أحد الإجارة عن منفعة العين يجعل العقد إيجاراً، ويلزم المتنفع الذي بيده المال دفع إجارة المثل عوضاً عن منفعة العين، وإن كان العرف جارياً على إباحة المنفعة في العين من غير عوض فالعقد عارية فلا يستحق المالك على من بيده العين إجارة ولا يضمن تلفها إلا إن تدعى أو فرط، وهذا قول راجح اعتبر الأصلين في الاستصحاب السابقين واعتبر العرف كدليل ناقل عنهم، وأخذ به القانون اليمني.

الفرع الثاني: الاختلاف بين القرض والقراض (الشراكة)

في هذه المسألة المالك الذي خرج من بيده المال يدعى أنه دفعه قرضاً ويستحق الربح عن المال، والمدعى عليه من في بيده المال والربح يدفع ذلك ويدعى بأنه أخذه قرضاً ليرد عين المال فقط لمالكه دون ربح له (منفعة المال)، فاختل الفقهاء بناء على الاستصحاب فيما يقدم قوله:

القول الأول: قال الشافعية وقول للزيديه: يقدم قول الذي في بيده المال في دعواه القرض، ويقبل قوله فيها بيمينه من غير بينة؛ لأن الأصل في الأشياء العدم؛ أي: عدم الربح، حتى وإن وجد الربح فإنه إن اشتري وباع لنفسه فيكون الربح له؛ وبدل القرض مضمون في ذمته، ولا يقبل قوله في رد القرض إلا ببينة؛ مؤاخذة له بمقتضى دعواه، فلو أقاما بينيتين قدمت بينة الأخذ؛ لأن معها زيادة علم، أما لو قال المالك: قرضاً، وقال الآخر: قرضاً بعد خسارة المال؛ فإنه يُصدّق مالك المال بأنه قرض ليضمن الأخذ؛ لأن الأصل ضمان ما قبض، وهو يدعى استقطاعاً بدعواه القرض والأصل عدمه^(١).

القول الثاني: قال الحنابلة وأكثر المالكية والحنفية وبعض الزيديه: القول قول المالك الذي خرج المال من بيده بيمينه، بأنه قرضاً يستحق عليه الربح، أو قرضاً مضمون بالذمة لا يحتسب عليه شيء من الخسارة؛ لأن المالك مصدق في صفة خروج المال من بيده؛ وأن 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 قرضاً وقال من بيده المال بأنه قرضاً، وقد خسر فيه فكذلك يصدق صاحب المال بيمينه؛ لأن الأصل في القابض مال غيره الضمان وعدم الولاية، لكن إن أقاما بينيتين فوافقوا القول الأول في تقديم بينة العامل لأن معها زيادة علم ونقاولة عن الأصل^(٢).

القول الثالث: وقال بعض المالكية وأكثر الزيديه والقانون اليمني: القول من يدعى القرض وينكر الزيادة عليه أيهما كان المالك أم الأخذ؛ لأن الأصل العدم أي عدم الربح والزيادة على المال، والأصل عدم المضاربة، بقاء المال على ما كان^(٣).

ونصت المادة (٨٧٣) مدين يعني: القول قول رب المال والبينة على العامل عند الاختلاف في ثلاثة مسائل هي:

١ - كيفية الربح أي طريقة تحقيقه ونوعه وجنسه.

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

(١) نهاية الحاج ٢٤٣/٥، والمنشور للزرکشي ١/١٤٩، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٧، وشرح الأزهار ٣/٣٤٨.

(٢) المغني لابن قدامة، ٥٧/٥، وكشف النقاع للبهوي، ٣/٥٢٢، وشرح الأزهار ٣/٣٤٨، والشرح الكبير ٣/٥٣٧، وحاشية ابن عابدين على رد المحتار على الدر المختار: ٥/٦٧٥.

(٣) شرح الأزهار 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 القرض، لكنه جعل الاختلاف بين القرض والقرض القول قول العامل بأنه قرض لا ربح فيه.

فالنتيجة 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 مؤمن 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 أدعى مسقطاً بالقرض والأصل بقاء مكان على مكان.

وأما القول الثالث فجعلوا الأصل عدم الربح فيصدق من ادعى منها القرض، سواء وجد ربح أو خسارة. كما قدم الجميع عند البيانية 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 يثبتت انتقال المال من يد المدعى إلى يد المدعى عليه ذي اليد، ثم يختلفا في حق استرداد المدعى الذي خرج من يده المال للمل المدعى به، وإلزام المدعى عليه صاحب اليد بتسليم المال إن كان معيناً بالذات وهو موجود، أو ضمان عوضه بقيمتة إن استهلكه أو تصرف فيه، أو مثله إن كان مثلياً.

والصور التي يدعى بها المدعى لاسترداد المال كثيرة: كالقرض، 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 المدعى الذي خرج من يده المال يدعى أن المال خرج من يده قرضاً أو وديعة أو عارية، ويطالب المدعى عليه برده، أو رد عوضه أو مثله، ويواافق المدعى عليه المدعى في سبق اليد للمدعى، وأن المال اننقل إليه منه، ولكنه يدعى استحقاق عليه، بأنه خرج إليه هبة له أو صدقة عليه من المدعى، ويدفع بعدم قبول مطالبة المدعى باسترداده؛ لأن المال أصبح ملكه، ولم يتواتقا على صيغة معينة للعقد، أو لم تصدر عنهما سوى المعاطة للمال، ولا بيّنة لأحدهما على ما يدعى من كتابة أو شهادة ونحوه، فاختطف الفقهاء في ذلك بناء على الاستصحاب إلى ثلاثة أقوال:

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

(١) الأُم للشافعِي /٥، ومَعْنَى الْمُخْتَاج /٣، ٣٣١، والعَقْدُ الدُّرْيَة، ١٩/٢، ٨٤، وَكَشَافُ الْقَنَاع /٢، ٢٧٤، وَشَرْحُ الْأَزْهَار /٤، ١٤٠.

. ١٤١

(٢) الشرح الكبير /٣، ٤٢٨، والفتاوی الكبیر للهیتمی، ٢٦١/٢



وذلك مثل أن يعطي الرجل زوجته ألقاً ويدعى بأنها عارية وهي تقول بأنها هبة، فالقول قول الدافع، أو أن يأكل أحدهم طعام الآخر ويقول بأن مالكه أبايه له وأنكر المالك؛ فالقول قول المالك ويستحق قيمته، أو قال المالك بأن بيته 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 للمدعى، والأصل شغل ذمة الآخذ وضمانه ولا يسقط عنه ذلك إلا ببيته^(١). ولو اختلف المضطرون والماليك، فقال المالك: أطعمتك بعوض، فقال المضطر: بل مجاناً؛ صُدِّقَ المالك؛ وذلك حملاً للناس على هذه المكرمة العظيمة التي بها إحياء وإبقاء النفوس؛ إذ لو أحوجناه للإشهاد لفاقت النفس^(٢). كذلك لو قال المالك: يُعْتَكْ بِكُنَا، فقال الآخذ: بل وَخَبَّيْتَهِ؛ حلف كل منهما على نفي دعوى الآخر، وصدق قول المالك ويكتفى إقرار الآخذ بالقبض منه، وعلى مدعى الهبة رد المدعى به بزواجه المتصلة والمنفصلة، فإن فاتت غرمها^(٣)؛ لأن الأصل الظاهر في الأعيان العوض، فلو أن امرأة الرجل دفعت إليه الرجل دفعت إلهي دارهم وقالت: اقض بما دينك، ثم ادعت عليه ردها؛ فإن القول قوله^(٤)، وكذلك من دفع إلى ابنه مالاً دراهم، فقال له: أنفقها، أو قال: اصرفها إلى حوائجك ففعل، فهو قرض، فلو أراد الأب أخذها: صُدِّقَ أنه دفعه قرضاً؛ لأنه الملك^(٥)؛ حتى لو سأله من ظاهراه الفقر رجلاً: أن يعطيه شيئاً، وأطلق، فدفعه إليه، ثم اختلفا هل هو قرض أو صدقة؟ قبل قول الدافع في كونه قرضاً؛ لأنه أدرى بنيته^(٦).

ومما استدل به هذا القول: ما جاء في حديث عبد الرحمن بن قيس الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشتري الأشعث ريقاً من ريق الحُسْن من عبدالله بن مسعود بعشرين ألفاً، فأرسل عبدالله إليه في ثمنهم، فقال الأشعث: إنما أخذتم بعشرة آلاف، فقال عبدالله: فاخترت رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبدالله: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إِذَا احْتَلَفَ الْبَيْعَانُ وَيَسَّرَ بَيْنَهُمَا بَيْنَهُ مَا يَقُولُ رَبُّ الْسَّيْعَةِ، أَوْ يَتَّسَارَ كَانَ»^(٧).

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

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

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

(٤) شرح الأزهار ١٤٠/٤، ١٤١، طب، ط١٩/٢٨٩، ٢٨٨/٩.

(٥) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٨٤، ١٩٢/٢.

(٦) كشاف القناع ٢٧٤/٢.

(٧) سنن أبي داود، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، برقم (٣٥١١)، وصححه الألباني، ٢٨٥/٣، وسنن النسائي، باب اختلاف المتباعيان في الشمن، برقم (٤٦٤٨)، ٣٠٢/٧، ومستدرك الحاكم، وصححه ووافقه الذهبي (٢٢٩٣)، ٥٢/٢، قال الشوكاني في نيل الأوطار ٢٦٥/٥، ٢٦٦، ٣٥١/٨: رواه النسائي وأبو داود، وقال الترمذى بأنه مرسلاً؛ فعنون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود، وقال المنذري منقطع، وصححه الحاكم وحسنه البهقى، وأعلمه ابن حزم بالانقطاع وابن القطن بجهالة عبد الرحمن، وقال ابن عبد البر: إنه منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة تلقو بالقبول وبنوا عليه كثيراً من الفروع، قال الخطاطى: هذا حديث قد اصطلاح الفقهاء على قبوله؛ وذلك يدل على أن له أصلًا وإن كان في إسناده مقالاً آخر.



قال الشوكاني: لم يذكر الحديث الأمر الذي فيه الاختلاف، ومحذف المتعلق مشعر بالتعيم على ما تقرر في علم المعانى؛ فيعم الاختلاف في المبيع والشمن وفي كل أمر يرجع إليهما وفيسائر 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: «الْبَيْنَةُ عَلَى الْمُدَعِّي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَعَى عَلَيْهِ»^(١)؛ فالحديث السابق يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبيينة على المشتري من غير فرق بين أن يكون البائع مدعياً أو مدعى عليه، فيبينهما عموم وخصوص من وجده، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق وهي حيث يكون البائع مدعياً فينبغي أن يرجع في الترجيح إلى الأمور الخارجية^(٢). 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 صفتة؛ والمدعى عليه لَمَّا علم أن يده على العين خلفاً 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 العدم وبقاء ما كان على ما كان ببقاء ملك المالك الأول وعدم البيع وعدم الهبة منه؛ فيصدق قوله، ولا يزول ملكه إلا ببيينة ناقلة^(٣).

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

فمن ثبت عليه دين أو عين فادعى فيه حقاً أو اسقاطاً وابراءً، أو كونه لغير المدعى ذاكراً سبب يده لم تقبل دعواه إلا ببيينة؛ فلو ادعى رجل على رجل مالاً أو عيناً فأقر له بذلك أو ثبت عليه بالبيينة لكن ادعى فيه حقاً أو اسقاطاً، فالحق نحو أن يدعى عليه ديناً فيقر به موجلاً^(٥) أو داراً فيقر بما ويدعى أهنا في يده رهن أو إجارة، والاسقاط نحو أن يدعى عليه ديناً فيقر به ويدعى أنه قد أبرأه، لا يقبل قوله في هذا كله إلا ببيينة^(٦).

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

(١) صحيح البخاري، (٤٥٥٢)، ٦/٣٥، وصحيف مسلم، (١٧١١)، ٣/١٣٣٦، وفي رواية قال صلى الله عليه وسلم للأشعث بن قيس لما اختلف مع رجل في أرض: «هل لك بيضة؟» فقلت: لا، قال: «بيبينه»، وفي رواية: «شاهداك أو يمينه»، متفق عليه: صحيح البخاري (٢٥١٥)، ٣/١٤٣، وصحيف مسلم (١٣٨)، ١/١٢٢.

(٢) نيل الأوطار/٥٢٦٦.

(٣) نهاية المحتاج/٥، ١٤٣٥، والشرح الكبير/٣، ٤٤٠، والكتافي/٢، ١٦٠، والدر المختار وحاشية ابن عابدين/٥٥٩٦.

(٤) شرح الأربعاء، ١٤٠/٤، ١٤١، (ب ط).

(٥) في القانون المدني اليمني م (٥٠٦): إذا اختلفا في الأجل فالقول من ينفي الأجل ومدعى الأقل، والبيينة في الحالتين على مدعى الأجل ومدعى الزيادة، وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالبيينة على مدعى البقاء.

(٦) شرح الأربعاء ط أ/٩، ٢٩٨، وما بعدها، ط ب ٤/١٢٦.



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

القول الثاني: قال قول عند الحنابلة والزيدية والمالكية والشافعية ورجحه ابن حجر الهيثمي والقانوني: بالتفصيل بحسب القرائن، فإن وجدت قرائن تدل على أن التصرف قرض أو عارية فيسترد المال، أو أنه هبة أو صدقة فلا يسترد، فيعمل في كلّ بما دلت عليه؛ وجعلوها دليلاً نافلاً عن الاستصحاب.

فمن القرائن الدالة على أن التصرف هبة أو صدقة المؤيدة لقول المدعى عليه الأخذ: أن يدفع من سأل مالاً لله، أو قال اعطي شيئاً ولم يحدد قدره، أو كان في مناسبة مأتم أو عرس، أو عند قدوم دافع المال من سفر والأخذ قريب أو صديق، أو شهد الرسول بالمال بما يوافق المohoوب له بأنه هبة، وأن قرينة بعث المال المنقول وخصوصاً الطعام والثياب للشخص يجعله هبة، وما جرى عرف بمحبته كتناول الزوج من سمن ولبن أبيقار زوجته، أو أن يستهلك المرسل إليه المال وبمضي زمن دون مطالبة أو يموت؛ فيكون القول قول الأخذ المدعى عليه في تملكه ما بيده ونفي دعوى الاسترداد^(١).

ومن قرائن القرض أو العارية التي تؤيد قول المدعى الذي خرج من يده المال: أن يطلب الأخذ قدرًا معيناً من المال؛ فيدل أنه قرض، أو وجد عرف يقضي برد الأخذ للمعطى عند حصول مناسبة له كالعرس والمأتم، أو لا يوجد عرف لكن الأخذ غني، أو شهد الرسول الذي أوصل المال بما يوافق دعوى المدعى بأنه قرض أو وديعة، أو اختلافاً في عقد لا يكون إلا بعوض؛ فيكون القول قول المدعى للاسترداد للمال الذي انتقل من يده^(٢).

إن جهز رجل ابنته في زفافها بما يجهز به مثلها، ثم قال: أعرتها إعارة، وقالت هي: بل أعطيني ملگاً، فإن كان العرف مستمراً بين الناس أن الأب يدفع الجهاز ملگاً لا إعارة لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه، وإن لم يكن العرف كذلك فالقول له، وأما إن جهزها بأكثر مما يجهز به مثلها فالقول له اتفاقاً في الجميع عند الحنفية، ولو اشتري الأب لأبنته شيئاً وسلمه لها في صحته فهو لها خاصة ولا سبيل للورثة عليه^(٣).

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

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

(١) كشاف القناع ٢٢٤/٢، والمنشور في القواعد للزرتشي ١٤٨/١.

(٢) شرح الأزهار ١٤٠/٤، ١٤١، ط. ب.

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



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

وإن بعث المدعى بمال، فقال المبعوث إليه: تصدقت به علىي، وقال الباعث: بل هو وديعة أو قرض وأنكر الصدقه؛ فالرسول شاهد على الباعث: فإن شهد للمبعوث إليه أحذنه صدقة بيمين، وإن لم يشهد أو قال لا أدرى، فالقول لرب المال بيمينه^(٣)، ويطبق هذا الحكم على الحالات المالية فإن ما تحرر في وثيقة الحوالة بأنه سبب للتحويل: قرض، أو دفع ثمن مبيع، أو صدقة فيطبق؛ وإن لم يوجد سبب الحوالة فالقول قول المرسل المحول (المحيل)^(٤)؛ فتعتمد القرائن ولكن عند عدمها فالقول قول من خرج من يده المال.

ولا يكون إطعام الجائع وكسوة العاري ونحوها قرضاً، إلا أن يكون المفترض غنياً، وإن 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^(٥).

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

فعدن الشافعية: إن ثبت الحق للداعي بإقرار المدعى عليه فقط فيقبل قول المقر صاحب اليد بدعوى التأجيل، وإن ثبت بغير الأقرار كالبينة والمحررات فيكون القول قول المقر له الذي خرج من يده المال، وقال الزيدية والحنفية والحنابلة: القول قول من خرج المال من يده مطلقاً^(٦)، وقال به أبو حنيفة في الاختلاف في المسترد أقضيه الآخذ استرداداً لحقه أو أنه أحذنه تعدياً أو قرضاً يجب رد، فقال الآخذ كنت أعرته سكني ثم أخرجه، وأعرته دابتي ثم أحذتها، 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^(٧)،

(١) النثار بضم النون وكسرها: ما يُثار في النكاح والختان وغيرها من الولائم من الجوز أو اللوز أو السكر أو الدراما؛ ليلتقطه ويتملكه الملنقط، والبعض كرهه لما فيه من النهبة ودناءة الانتقاد، مغني المحتاج ٤١١/٤، ونيل الأوطار ٢٢١/٦، وكشاف القناع ١٨٣/٥.

(٢) شرح الأزهار ط ب ٤٤٩/٣ (ط ٢).

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

(٤) قال جمهور العلماء: إذا اختلف المحيل والمال في أن المحيل أحالة يدين أو وكله بقضاءه 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 ٣٤٦/٥، والشرح الصغير ٤٢٧/٣، ومغني المحتاج ١٩٦/٣، وكشاف القناع ٣٨٩/٣، وشرح الأزهار ٢٧٦/٤.

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

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

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



وتفصيل المالكية: إن أقر بدين شكراً أو ذمّاً ووصله بذكر قضاء الدين فالقول قول المقر؛ كأن يقول: جزى الله فلاناً خيراً أقرضني مائة وقضيتها له، أو أقرضني فلان مائة وضيق عليّ حتى قضيته لا جزاء الله خيراً، أما دعوى التأجيل من المقر فتقبل إلى أجل مثله القريب الذي لا يتهم فيه الميتاع عادة^(١).

القول الثالث: وقال بعض الشافعية وعند الحنابلة ومحمد بن الحسن وأبي 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 باستداد ما بيده؛ وأنه المدعى عليه يصدق قوله بيمينه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَأَدْعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَعَّى عَلَيْهِ»^(٢)، فالقاعدة العامة في الإثبات هو أن القول قول المدعى عليه بيمينه^(٣).

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

يقول الشوكاني: (لا يثبت حق بيد): أقل أحوال ثبوت اليد على الحق أن يكون مفيداً 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 كثيراً من الأعيان التي تتعلق بما حقوق غير مالكها، والحاصل أن مجرد نفس الأصلالة أو الظهور إنما يستفاد بهما كون القول قول المتمسك بهما، والبينة على خصمه لما تقدم من أن المدعى هو من معه أخفى الأمرين فإذا إبراد الناقل فمن نفسه أتي^(٤)).

موقف القانون اليمني:

نرى أن القانون اليمني أخذ بالقول الأول باعتباره الأصل، وأخذ بالتفصيل الذي قال به القول الثاني:
أولاً: فرجح قول المدعى 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 والبينة 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 والمرهن فالقول قول الراهن في الأمور الآتية: قدر العين وتعينها إن كان من قبل المرهن، 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 الوجيز، للرافعي، ١٦١/٩، والخلوي ٥٨٧/٧، والفتاوي الكبرى للهيثمي ٢٦١/٢، وتحفة المحتاج ٤٢٢/٧، ونهاية المحتاج ٤/٢٢، والميسوط ١٠٩/١٨، وبدائع الصنائع ٧/٢١٧، وكشف النقانع ٣١٢/٣.

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



القبض ونفي العيب ونفي الود ما لم يكن المرتمن قد استوفى دينه أو أثراً المدين منه فإن القول قوله في الرد والعين، بقاء الرهن في يد المرتمن لا يهد 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 فالبينة عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، وتنص المادة (١٢): **الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها 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 للملك عند إنكار المالك للتصرف، ونفيه الأذن لذي اليد، والأصل في الأعيان العوض عند التوافق على خروجها بالتصريف، كما نص عامة العلماء، إلا ما جرى به عرف أو دلت عليه قرينة في إرادة التبرع به، والأصل ببقاء ملكية المالك المدعى ماله، ويستصحب ملكه على ذي اليد المقر بسبق الملك واليد للمدعى، ولما أدعى ذو اليد صفة عارضة مسقطة ملك المدعى وناقلة للملك له بدون عوض فعليه البرهان، وإلا كان القول قول المدعى ويقضى له بإلزام المدعى عليه بتسليم المال عيناً أو عوضه (مثله أو قيمته).

ونص القانون المدني اليمني في الحيازة والثبوت على أن حيازة الملك لا تعتبر قرينة ظاهرة على الملك إلا بتوفير حيازة الملك الثبوت وتحقيق شروطها^(١)، فنصت المادة (١١١١): من كان حائزًا لشيء أو حق اعتير مالكًا له ما لم يقدم الدليل على غير ذلك، ونصت المادة (١١١٢): لا يثبت حق يهد في ملك الغير أو في حقه أو في حق عام إلا ببينة شرعية، واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهره على الملك فلا يحكم للمدعى الخارج إذا لم يبيّن ولا حلف رداً ولا نكل خصميه، وإنما يقر ذو اليد على يده.

ولكن حددت المادتين (١١٠٣، ١١٠٤) مدني يعني: **حقيقة حيازة الملك وشروطها**، فلا يقدم قول ذي اليد إلا في حيازة الملك الذي يقصد بها الحائز أنه مالك، ويعرف الفصد بقرارن الأحوال الدالة على أنه يتصرف تصرف المالك، ويشترط أن يجاهر بملكية الشيء دون أن تقترب حيازته بإيكراه أو منازعة، وأن تكون واضحة ظاهرة لا خفاء أو لبس فيها: كأن يكون الحائز خليطاً للملك أو مثلاً شرعاً له بالولاية أو الوصاية أو الوكالة، أو يكون مخولاً بحيازة الشيء حيازة انتفاع أو نحو ذلك، فلا يقدم قول ذي اليد عندها.

والحيازة واليد للمدعى عليه في موضوع البحث فيها خفاء ولبس واقتربت بالمنازعة من المدعى، فليست حيازة قانونية، ولا تعد قرينة ولا مظهراً للملك.

وبناء على ذلك لا يعتبر الحائز في مركز المدعى عليه، بل هو مدعى للملكية بسبب خاص، ومجرد يده الطارئة أو العارضة لا ثبت له حقاً بمجرد يده في ملك المدعى المتصادق على سابق، بل يجب أن يرهن عليه وإلا قضي على ذي اليد بإلزامه بتسليم المال للمدعى، لنصل المادة (١٢) من قانون الإثبات اليمني: لا يثبت حق يهد في ملك الغير ولا في حقه ولا في حق عام إلا ببينة قانونية وتكون البينة على إقرار الخصم بالحق أو على النذر أو الوصاية أو

(١) انظر للتفصيل رسالة: **الحماية القانونية للحيازة 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 السوق^(١)، وتنص المادة (١١١٢) مدنی يعنى: لا يثبت حق بيد في ملك الغير أو في حقه أو في حق عام إلا ببينة شرعية^(٢).

والأصل في اليدين العارضة والطارئة الارتفاع 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 اليدين ادعى التملك الخاص بالحبة أو الوصية الإثبات بما يخالف قول المالك، فإن عجز الرمه القاضي بتسليم العين المدعى بها للمدعى؛ وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٤٣) مدنی يعنى: 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، وليس لصاحبها منعه، ما لم يكن مروره على سبيل التسامح، وقضت محكمة استئناف محافظة صعدة بأن: "الأصل عدم وإذا أذن مالك العقار باستخدامه أو التسامح في ذلك بدون مقابل، كان له أن يرجع متى شاء"^(٣).

بل قرر في الميزانية والثبوت تقديم بينة الخارج إلا لمانع شرعاً يمنع من ذلك. إذا بين ذو اليدين الثابتة وبين الخارج رجحت بينة الخارج إلا لمانع شرعاً يمنع من ذلك.

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

فجعل قانون الأحوال الشخصية اليمني القول قول المدعى عليه الآخذ للمال بأنه موهوب له ونفي العوض في حالات: فيما تم بغير لفظ ولا غرف يوجب الرد ولا قرينة دالة على قصد العوض؛ وفقاً للمادة (٢٢٥)، وفي المدية بالنقل المرسلة للأخذ الذي يتملكها بالقبض دون لفظ المادة (٢٠٣)، وفي الصدقة التي ظهرها طلب القرابة الأخرى المادة (٢٠٦) على نحو ما سيأتي تفصيله في عوض المبة وحق استردادها.

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

(١) هذا النص القانوني مأخوذ من الفقه الزيداني، من شرح الأزهار، جاء في ٤/١٣٤، ط ٩/٢٧٦: قال: عليه سؤال من وجهين: لم أوجبتم عليه البينة ومعه الظاهر، ولم فرقتم بين الحق وبين الملك؟ وجواهيم: 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 مجرد القبض إلا ببينة بقول المؤيد بأنه أخيراً والهادي من الزيدية وقول الحنفية؛ فمن أقر لغيره بدار فادعى أنها معه عارية أو رهن، فلا يقبل قوله إلا ببينة على العارية أو الرهن؛ لأن الحقوق لا ثبت باليدين، ولا يجوز للشهود أن يشهدوا بالحق إلا إذا علموا ثبوته بغير اليدين، إما باقرار، أو وصية، أو نذر، أو استثناء.

وقال المؤيد بالله قدّيماً والمنصور بالله وحكم به الفقيه حسن وأفقي به الفقيه يوسف من الزيدية، وهو قول الشافعية والحنابلة: إن الحقوق تثبت باليدين، ويجوز للشهود أن يشهدوا بالملك المطلق إذا عرفوا ثبوته بيد، فيكون القول قوله، وعلى المالك الموضع البينة بأن يده يد ظلم؛ لجري العادة يمنع غير المستحق من الاستمرار باليدين.

كما قرر الزيدية والحنفية أنه إذا بين الداخل والخارج رجحت بينة الخارج إلا لمانع، انظر: شرح الأزهار ط ب ٤/١٣٥، ط ٩/٢٧٧، والمثير في القواعد للزرتشي ٣/٣٧٠، والأشبه والنظائر لابن نجم ٢٠٧، وتحريم الفروع على الأصول للزنجاني، ص ٣٧٧، وتبين الحفاظ ٤/٢٩٥، وبدائع الصنائع ٦/٢٣٢، ومعنى الحاج ٦/٤٢٨، والسراج الهاج للغمروي، ص ٦٢١، والمعنى ١٠/٢٤٥، والفقه الإسلامي وأدله د وبه الرحيلي، ٨/٦٠٢، ورسالة الحماية القانونية للحياة العقارية، ص ٨٧، ٢٦٦، وما بعدها.

(٣) حكم محكمة استئناف محافظة صعدة اليمنية برقم (٢١/٤٢٧)، وتاريخ ١٨/٣/١٤٢٧ هـ الموافق: (٢٠٠٦/٤/١٦)، عن رسالة الحماية القانونية للحياة العقارية د ماجد باشا، ص ٨٧.



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

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

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

وأما عندما يبيّن الخارج ذو اليد، فقدم بعضهم الخارج لأنها توافق الاستصحاب قبل اليد الطارئة العادلة، ولأن البيبة له، وقدم بعضهم بيّنة ذو اليد لموافقتها لليد الظاهرة.

الفرع الثاني: الاختلاف في عوض الهمة

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

والتصادق صراحة على الهبة لأن يقول المالك: وهب 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 (**المُتَهَبِّ**) في نفي العوض والثواب في الهبة المطلقة، وعند الأثريين من هذا القول لا يتحقق للواهب الاسترداد لعدم حصول العوض، وقال الحنفية بجواز الرجوع للواهب^(١).

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

(١) تحفة المحتاج /٤ ، ٣١٤ ، وبدائع الصنائع /٦ ، ١٢٧ ، وكشاف القناع عن متن الإتقان /٤ ، ٣٠٠ ، والمحلى /٨ ، ٥٩ ، والمشور في القواعد للزرکشي /١ ، ١٤٩ ، والفقه الإسلامي وأدله، للرحيلي ، ٤٠٠ /٥ .



لعدم صحة الاعتياض منه، والهبة للأصدقاء والإخوان لأن القصد تأكيد المودة، والهبة من أغان بجاها أو ماله؛ لأن المقصود مكافأته، ومنه هدية المعلم ^(١).

وكذا هبة الـ*دُون* لأعلى منه في الأظهر كهبة الغلام لـ*أستاذه* كما لو أغاره داره ليسكتها إلحافاً للأعيان بالمنافق، وكذا لو وهب لنظيره؛ لأن القصد الصلة وتأكيد الصداقه؛ ففي كل ذلك يصدق قول الموهوب له؛ لأن الأصل عدم البديل، فلما لا يقى أقر بجهة ماله ثم ادعى ما يوجب العوض، والآخر منكر لهذه الضميمية، فيصدق لأن الأصل عدمها؛ فاعتراض قوله بأصولين: عدم الضميمية وبراءة الذمة ^(٢).

وإن الرجل إذا تناول من سمن أبقار امرأته وألبانها ثم ادعى العوض، فإنه لا يلزم؛ وذلك لأن العادة جارية أن مثل هذا بين الزوجين يقع فيه المساحة، ولا يقصد به العوض، وكذلك أمثاله على حسب العرف، كثمرة البستان ونحوه وهو ما يقع بين الأرحام من تبقة ما يستحقه ميراثاً تحت يد أحد الورثة؛ يستغلها ويستهلك ثمرتها ونحو ذلك، وإطعام الضيف والصديق والزوج والزوجة؛ إذا أكل أحدهما بإذن الآخر ثم ادعى العوض فعليه البيينة، 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 ببساط كل واحد منهمما في مال الآخر والرضا في ذلك، سيما الأطعمة المصنوعة والألبان ونحو ذلك؛ مما يجري به العرف في تلك الناحية أنه يرضى به مالكه ^(٣).

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 أجراً 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 العطيّة بمنزلة الهبة، وإنما قصده بفعله سُدّ خلة الحاجة؛ وذلك يُفعل لابتغاء مرضاه الله تعالى ونبيل ثوابه ^(٤).

القول الثاني: وقال المالكية وبعض الحنفية وبعض الزيدية وبعض الشافعية وهو قول الشافعى في القديم: إن القول قول الواهب المـ*مـلـك* في شرط العوض والثواب عن الهبة، وأن له حق الرجوع في الهبة واسترداد الموهوب عند عدم حصوله؛ لأن الموهوب له يدعى مانع من رجوع الواهب والقول منكر المانع؛ ولأنهما اتفقا على أن التمليل من جهة الواهب، والقول قوله في بيان سبب التمليل، وقد قصد العوض وطلب الاسترداد، والموهوب له يدعى سقوط ذلك؛ فيقىم قول المـ*مـلـك*؛ لأنه أعلم بقصده ^(٥).

واستدلوا: بقوله تعالى: {وَإِذَا حُبِّيْتُم بِتَحْيَيَةٍ فَحَيُّوْا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ زُدُّوهَا} [النساء: ٨٦]، والتحية تستعمل في معان منها الهدية بالمال، وقد أمرت الآية بردتها، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الواهب أَحَقُّ بِهِتَّهِ مَا لَمْ

(١) الجموع شرح المذهب، ١٥/٣٨٧، ومغني المحتاج ٣٧٢/٣، والسراج الوهاج ٣٠٩، وتحفة المحتاج ٦/٤، والمشور في القواعد ١٤٩/١، وإعانة الطالبين ٦١/٣، وكشاف القناع ٤/٣٠٠، والمغني ٦/٦.

(٢) المراجع السابقة.

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

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

(٥) المبسوط ٨٧/١٢.



يُثْبَت مِنْهَا»^(١); أي بعوض، وأجمع على ذلك الصحابة؛ ولأن العوض المالي كما هو معلوم عرفاً وعادة قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب فيهب طمعاً في المكافأة والجازة، ويندب ذلك للموهوب له شرعاً، لقوله تعالى: {هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ} [الرحمن: ٦٠]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اصْطَبَنَّ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ فَإِنْ لَمْ يَجِدُوا مَا تُكَافِئُونَهُ فَادْعُوْا لَهُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنْكُمْ قَدْ كَانَ كَافِئُوهُ»^(٢)، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كان يقبل المهدية ويشيب عليها»^(٣); أي يعطي المهدى بدهنه، والمراد بالثواب الجازة، وأقله ما يساوى قيمة المهدية، وقال: «كَاهَدُوا تَحَابُّوا»^(٤); والتهادي تفاعل من المهدية يقتضي الفعل من اثنين، فإذا لم يحصل للواهب هذا المقصود فله الفسخ واسترداد الموهوب^(٥).

ولو استحق أحد ثر بستان ونحوه ميراثاً وأباه في يد أحد الورثة يستغله ويستهلك ثرته فإنه يلزم عوض ما استهلك عند المطالبة^(٦).

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 لغيره؛ فيكون القول في كل ذلك قول الموهوب له بعدم العوض إلا أن يشترط الواهب العوض بشرط صريح حال المبة^(٧).

وفرق البعض بين الهبة والهدية، فجعل الأصل في الهبة عدم العوض فيها، والقول فيها للموهوب له، وأما الهدية فالأصل مكافأة المهدى له بمقدمة عينية أو منفعة أو إعانة فيما يهمه^(٨).

احتياط القانون اليمني:

جعل قانون الأحوال الشخصية اليمني في المادة (١٦٨)؛ الهيئة عقد تبرعي يملك به مال أو تباخ به منفعة حال الحياة، وجعلت المادة (٢٠٣) الهدية كالمبة فيما ينقل، تتم بالقبض ويفكي أن يحملها إلى المهدى إليه ميز.

ولكنه أجاز أن تكون بعوض صريح أو ضمني تدل عليه قرائن الأحوال، فنص في المادة (١٨١)؛ تصبح المبة بعوض ولو من غير الموهوب له مالاً 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 مالاً أو منفعة أو غرضاً، وأجاز في المواد (١٩٦، ١٩٨)؛ رجوع الواهب في الهيئة وفسخها واسترداد الموهوب إذا كانت لغرض ظاهر أو مضرم تدل عليه قرائن الأحوال ولم يتحقق.

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

(١) السنن الكبرى للبيهقي، (٤١٢٠٢٤)، ٦/٣٠٠.

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

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، (٤١١٩٤٦)، ٦/٢٨٠.

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

(٥) بداع الصنائع ٦/١٢٨.

(٦) شرح الأزهار ٤/١٤١، (ب ط).

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

(٨) أحكام الأحوال الشخصية، للفاضي محمد بن يحيى المظفر، ٣/٤٠٠.



كان بين الزوجين بشرط عدم الحيلة، أو كانت لذى 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 أختلف الواهب والموهوب له تتبع الأحكام الآتية: أولاً: القول من يدعى صحة الهبة له ولوارثه، إلا في حالتين: أن يدعى الواهب فسادها لصغر أو أنه كان لا يعلم بلوغه وقت تمام الهبة لو تصادقا على وقت متقدما ثمت فيه الهبة، أن يدعى الواهب فسادها لزوال عقله وكانت ظواهر الحال تغلب ذلك، فالقول في هاتين الحالتين للواهب، ثانياً: القول للموهوب له في نفي شرط العوض مطلقاً، ثالثاً: القول للموهوب له في نفي إرادة الواهب العوض في الموهوب، رابعاً: القول للموهوب له في أن ثمرة الموهوب حصلت بعد نفوذ الهبة إلا لقرينة قاضية فيكون القول للواهب، خامسأ: القول للموهوب له في أنه قبل الهبة.

ونصت المادة (٢٢٦) أحوال شخصية: من كان القول قوله فاليمين عليه، والبيضة 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 المدعى بأنه كان يريد إكرامه وهبته، وفي أنه قبل الهبة، أي: يفسر هو إرادته في قبول الهبة ودخولها ملکه، وفي أن ثمار الموهوب حصلت بعد قبول الهبة وقبضها.

وастثنى القانون في الفقرة رابعاً بخصوص ثمرة الموهوب فقط أن يوجد قرينة قاضية بغير الهبة تؤيد قول المدعى الذي خرج من يده المال فيكون القول قوله بأنه قرض أو عارية يسترد، وأرى أن هذا الاستثناء يعم كل الحالات، ولا يقتصر على الاختلاف في حصول الثمرة في الموهوب.

وقيد في شرح الأزهار بأن القول بأن المدعى عليه ذي اليد في المسائل السابقة إنما يكون في الاختلاف في عوض المنافع أو في الاختلاف في عقود الأعيان التبرعية التي تصبح بغير عوض، كالمهبة والعنق والتکاح والطلاق؛ فالقول لم يذكر العوض؛ وذلك لأن هذه لما كانت تعقد سواء ذكر فيها العوض أم لا رجعنا إلى الأصل وهو عدم ذكر العوض، فأماماً لو كان العقد لا يصح إلا بعوض، كالبيع والإجارة فإن القول قول مدعى العوض فيه^(١).

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 مضمراً، فيعوض الواهب بما اعتناد عرفاً التعويض به، وقد يكون بأكثر من الموهوب، فإن لم توجد عادة بتحديد العوض فيعوض بما تبرئ به الذمة بقدر قيمة الموهوب يوم الهبة أو بعده، فإن لم يرتضى الواهب رد له الموهوب إن كان باقياً، وقد يكون برفع العرس بنقود أو عطورة أو رأس أغنام فيرفد الواهب أو أحد أقاربه بعوض مناسب، وقد يدل العرف وقرائن الحال على عدم العوض كإعطاء الشارعية (ميزينة العروسة) لكشف وجه العروسة، والثار الذي ينشره العريس على الحاضرين عند العقد أو الزفاف، وما ينهيه أهل الفواكه لجيرانهم، وما يدفع للقادم أو ما يدفعه القادر من هدايا فإن كل ذلك لا عوض فيه عرفاً^(٢).

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

(١) شرح الأزهار ١٤١/٤، (ب ط).

(٢) أحكام الأحوال الشخصية ٣٤٢/٣، 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 بيمنين، وعلى المدعي البرهان، بأن يقدم دليلاً على شرطه العوض؛ فإن قدمه حكم له بالدليل لا لأن القول قوله، فإن لم يبرهن بحكم للموهوب له بفرض دعوى الواهب استرداد الموهوب، وقلكه من الموهوب له.

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

- ١- أن يكون الواهب أعلى من الموهوب له، كهبة الملك لبعض رعاياه، والتاجر والقاول 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 بالفضل والبذل بالإعطاء من غير مقابل، فيؤكّد مقتضى التبرع في الهبة^(١)، وهو ما قررته المادة (٢٠٦) أحوال شخصية يعني عدم جواز استرداد الصدقة.
 - ٢- أن يظهر قصد الإكرام والتودّد من الواهب للموهوب له، كهبة الأقارب والإخوان والأرحام، وإطعام الأضيف والزوار، أو تظهر قصد القرية بإعطاء سائل أو إعانته محتاج، أو تظهر قصد التبرك والقرية كهبة العلماء والزهاد، فسد خلة الحاج وابتغاء مرضاة الله وثوابه ظاهرة في هذه الأعطيات مؤكدة لعدم العوض^(٢)، المواد (٢٠٦، ١٩٧) أحوال شخصية.
 - ٣- أن تجري عادة التبرع من غير مقابل بمثيل الموهوب به من مثل الواهب على مثل الموهوب له، كهبة أحد الزوجين شيئاً لآخر، كتناول الزوج سمن وألبان بقرة زوجته، وهو نص المادة (١٩٧) أحوال شخصية يعني، وكترك بعض الورثة ثمرة بستانه لقريبه الذي يستغله ويستهلك ثمرته، وكان يهب الصديق صديقه هدية أو هبة مما تعتاد من مثلهما لتأكيد الصدقة^(٣).
 - ٤- أن يكون الموهوب نقداً، وهو الذهب أو الفضة المسكون، ومثله النقود الورقية، فقد نص المالكية الذين يحملون الأصل في الهبة العوض أن النقود الأصل فيها عدم العوض إلا أن يثبت الواهب شرط العوض^(٤).
- وقد نص قانون الأحوال الشخصية المادة (١٧٣) : يجب الإشهاد على الهبة مالم تكن بخط الواهب، إلا ما جرى العرف على عدم الاشهاد فيه، مثل العينيات البسيطة والنقود، فجعل هبة النقود بما جرى العرف على هيئتها تبرعاً دون كتابة وتوثيق ولا حتى إشهاد، ونص المادة (١٩٧) : على عدم جواز استرداد ما استهلك الواهب من الهبة أو تصرف بها.

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

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

(١) الجموع شرح المذهب ٣٨٧/١٥، ومعنى الحاج ٣٠٩، ٥٧٢/٣، والسراج الوهاج ٣١٤/٦.

(٢) مغني الحاج ٥٧٢/٣، وتحفة الحاج ٣١٤/٦، المبسوط ٩٤، ونبيل الأوطار ١٥/٦.

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

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



والمحاجزة عرفاً على هبته، ومثل لها المالكية: بحبة الحلبي الذهب، والغنم، والثياب، والحبة للعرس، فإذا لم يعطه المohoوب له ما يساوي مثل قيمته فله حق استداده^(١).

٢- الهمة في العرس، كالرفد، وتكليف الوليمة، وتحفظات 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^(٢)، المادة (٢٠٥) أحوال شخصية.

٣- أن يكون للواهب عذر تحقق بعد الهمة بأن أصبح فقيراً عاجزاً عن الكسب، المادة (٣١٩٧) أحوال شخصية. فهذه الحالات قد توفر فيها قرائن تعدد كأدلة ناقلة عن الأصل المستصحب بعدم العوض في المبات.

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 وعلقي أجرى الله العادة على وفقه في الحسيات والشرعيات؛ ويرجع حقيقته إلى تتحقق وجود أمر والعلم أو الظن باتفاق الدليل المغير عنه؛ فإن كان التردد في زواله فالاصل بقاوته، وإن كان التردد في ثبوته فالاصل 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 فالاصل بقاء أحكامها في الحال والملك حتى يثبت الدليل المغير، واستصحاب الوصف الذي أثبته الحكم كوصف الكفالة للكفيل والبكرة للفتاة؛ لأن الأصل في الصفات الوجودية الوجود، والخلاف في هذه الأنواع لفظي غير حقيقي؛ في تسميته استقلالاً دليلاً استصحاب.

ويتفق على الاستصحاب قواعد قناتها قوانين المعاملات أهمهما: الأصل بقاء ما كان على كان حتى يثبت ما يغيره، والأصل في الأعيان الإباحة، والأصل في العقود والشروط الصحة، وما ثبت بيقين 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 بي minden؛ فإذا ثبت يد ملك المدعى 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 أجرة العين: فإذا اختلف ذو اليد والمالك بين الإعارة أو الإيجار: 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 دليلاً ناقلاً عن أصل الاستصحاب.

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

(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 مكان وأصل ضمان القابض مال الغير وعدم ولايته فيه؛ فيقدم قول المالك مطلقاً بأنه قراض يستحق عليه ربح، أو أنه قرض مضمون في ذمة ذي اليد، وقال بعض المالكية وأئمزة الرذيلة والقانون: يستصحب أصل العدم في عدم الربح والقول لمدعى 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 ناقلة منه عمل بما، كبعث مال لشخص إن كان له دين على الباعث فهو فضاء 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 سأله غني مالاً مهدداً، وقال بعض الشافعية والظاهريه ورجحه الشوكاني: إنه يستصحب ظاهر اليد وأصل براءة الذمة في تقديم قول ذي اليد في دفع دعوى استرداد المال، وأخذ القانون اليماني بالقول الأول بتقديم قول المالك مع تفصيل من القول الثاني.

إذا اختلف في عوض المبة: قال الجمهور والقانون اليماني: يستصحب أصل عدم العوض في المبة 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 المبة واسترداد الموهوب، إلا أن القانون جعل وجود العرف على الاستعاضة من المبة دليلاً ناقلاً عن الاستصحاب.

التفريق بين عوض الملك والمنفعة: فرق الرذيلة والقانون وجعلا الأصل في المنافع عدم استحقاق العوض؛ فيقدم قول الآخذ بأنما عارية على قول المالك بأنما 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 وقدمو 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 وتبيّن كيفية بناء الفرع عليه، والبحث ثُموج لذلك.

أوصى الباحثين في القانون أن يقارنوا دراساتهم ويفسروها بالفقه الإسلامي وأصوله؛ خصوصاً القانون اليماني؛ لأنه مأخذ من الفقه الإسلامي ومبني على أصوله؛ فيفسر ويكمel بالفقه الإسلامي وأصوله؛ وفقاً للمواد (١٨، ١٩) (١) مدني يعني، والبحث ثُموج لذلك.

(١) تص المادة (١): يسري هذا القانون المأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقدسي العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فيمقتضى مبادئ العدالة الموقفة 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 والأداب العامة، ونصت المادة (١٨): المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقاتها 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 عبدالحميد، المكتبة العصرية: بيروت، ٤، أجزاء.

سنن الترمذى. (الجامع الصحيح). محمد بن عيسى الترمذى. (٢٧٩هـ). تحقيق: أحمد محمد شاكر، وآخرون، مكتبة مصطفى البافى الحلبي: مصر، ط٢، ١٣٩٥/١٩٧٥، ومذيل بأحكام الألبانى، ٥، أجزاء.

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

صحیح البخاری (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأیامه). لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري. (٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ، ٩، أجزاء.

صحیح مسلم. لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم التیسابوری. (٢٦١هـ). تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ٥، أجزاء.

مسند أحمد. للإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني. (٤١هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، ١٤٢١/٢٠٠١، ٤٥ جزءاً.

نيل الأوطار. لحمد بن علي الشوكاني. (١٢٥٠هـ). تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث: مصر، ط١، ١٩٩٣/١٤١٣، ٨، أجزاء.

مراجع أصول الفقه والقواعد الفقهية:

الإباج في شرح المهاجر. لأبي الحسن تقى الدين علي بن عبد الكافي السبكى. (٧٥٦هـ). وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب. (٧٧٢هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، (١٩٩٥/١٤١٦)، ٣، أجزاء.

أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء. رسالة دكتوراه، الدكتور مصطفى سعيد الخن، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط٣، ١٩٨٢.

أثر الأدلة المختلفة 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 الأمل في أصول الفقه. لأبي إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل ابن الأمير الصناعي. (١٨٢هـ). تحقيق: حسين السياجي، وأستاذنا الدكتور حسن الأهدل رحمة الله، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، ١٩٨٦م، جزء واحد.

أحكام الفصول في أحكام الأصول. لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي المالكي. (ت: ٤٧٤هـ). تحقيق: د عبد الله الجبورى، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٤٠٩/٩٨٩هـ)، جزءان بأرقام متسلسلة. إلحاكم في أصول الأحكام. لأبي الحسن علي بن محمد الآمدي. (٦٣١هـ). تحقيق: د سيد الجميلى، دار الكتاب العربي: بيروت، ط١، (١٤٠٤هـ)، ٤، أجزاء.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. لحمد بن علي الشوكاني. (١٢٥٠هـ). دار الكتاب العربي: ط١، ١٩٩٩م، جزءان.



الأشباه والنظائر. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي الشافعى. (٩١١هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤١١هـ/١٩٩٠م)، جزء واحد.

الأشباه والظاهر. لاتاج الدين عبد الوهاب بن تقى الدين السبكي. (٧٧١هـ). تحقيق: عادل عبد الموجود، على محمد معرض، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، ٢ أجزاء.

أصول السرخسي. لأبي محمد بن أحمد السرخسي الحنفي. (٤٩٠هـ). تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، 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 الزرعى ابن قيم الجوزية الخبلي. (٧٥١هـ). تحقيق: طه عبد الرؤوف، دار الجليل: بيروت، (١٩٧٣م)، ٤ أجزاء.

أنوار البروق في أنواع الفروق. لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكى. (٦٨٤هـ). عالم الكتب: مع إدرار الشروق لابن الشاطئ، وتحذيب الفروق لحمد بن حسين، ٤ أجزاء.

البحر الخيط في أصول الفقه. لبدر الدين محمد بن بحدار الزركشى الشافعى. (٧٩٤هـ). تحقيق: د محمد تامر، دار الكتب العلمية: بيروت، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ٤ أجزاء.

البرهان في أصول الفقه. لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجوني الشافعى. (٤٧٨هـ). تحقيق: د عبد العظيم الدibe، دار الوفاء: المنصورة، مصر، ط٤، (١٤١٨هـ).

بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب. لشمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصفهانى. (٧٤٩هـ). تحقيق: محمد مظہر، دار المدى: السعودية، ط١، (١٩٨٦هـ/١٤٠٦م)، ٣ أجزاء.

التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه. لعلي بن إسماعيل الأبياري المالكى. (٦١٨هـ). تحقيق: علي بن عبد الرحمن بسام، وزارة الأوقاف: قطر، ط١، (٢٠١٣هـ/١٤٣٤م).

التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام الحنفي. (٦١٦هـ). لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد ابن أمير الحاج، المعروف بابن الموقت الحنفي. (٨٧٩هـ). دار الكتب العلمي: بيروت، ط٢، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ٣ أجزاء.

تقويم الأدلة في أصول الفقه. لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي. (٤٣٠هـ). تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (٢٠٠١هـ/١٤٢١م)، جزء واحد.

التمهيد في تخريج الفروع على الأصول. لأبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعى. (٧٧٢هـ). تحقيق: د محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٤٠٠هـ).

حاشية العطار على شرح الجلال الحلى على جمع الجوامع. لحسن بن محمد العطار الشافعى. (١٢٥٠هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، جزءان.

درر الحكم في شرح مجلة الأحكام. تحقيق: فهمي الحسيني، دار الجليل: بيروت، ط١، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، ٤ أجزاء. الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع. لشهاب الدين أحمد بن إسماعيل الكوراني. (٨٩٣هـ). تحقيق: أستاذى الدكتور سعيد غالب الجيدى - رحمه الله -، وأصله رسالة دكتوراه للمحقق، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، (٢٠٠٨هـ/١٤٢٩)، ٥ أجزاء.

شرح القواعد الفقهية. للشيخ أحمد محمد الزرقا. دار القلم: دمشق، ط٢، (١٩٨٩م)، جزء واحد.



- شرح الكوكب المثير. لتنقي الدين أبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحji ابن النجار الحنبلي. (٩٧٢هـ). تحقيق: محمد الرحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، وزارة الأوقاف السعودية: الرياض، ط٢، (١٤١٨/١٩٩٧)، ٤ أجزاء.
- علم أصول الفقه. للشيخ عبدالوهاب خالaf. (١٣٧٥هـ). مطبعة المدنى والمؤسسة السعودية: مصر، جزء واحد.
- غاية الوصول في شرح لب الأصول. لزكريا الأنصارى. (٩٦٢هـ)، دار الكتب العربية الكبرى: مصر، جزء واحد.
- غمز عيون البصائر في شرح الأشياء والنظائر. لشهاب الدين أحمد بن محمد الحنفى. (١٠٩٨هـ). دار الكتب العلمية: ط١، (١٤٠٥/١٩٨٥)، ٤ أجزاء.
- قواعد الأدلة في الأصول. لأبي المظفر منصور بن محمد المروزى السمعانى. (٤٨٩هـ). تحقيق: محمد حسن الشافعى، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤١٨/١٩٩٧)، جزءان.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربع. د محمد مصطفى الزحيلي. دار الفكر: دمشق، ط١، (١٤٢٧/٢٠٠٦)، ٢ أجزاء.
- كشف الأسرار شرح أصول البذوى، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخارى (ت: ٧٣٠هـ). دار الكتاب الإسلامي، ٤ أجزاء.
- الملع في أصول الفقه. لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازى الشافعى. (٤٧٦هـ). دار الكتب العلمية: بيروت، ط٢، (٢٠٠٣)، جزء واحد.
- وشرح الملع. للشيرازى نفسه. تحقيق: عبد الجيد تركى، دار الغرب الإسلامى: بيروت، ط١، (١٤٠/١٩٨٨)، جزءان.
- مذكرة في أصول الفقه. للشيخ محمد الأمين المختار الجكنى الشنقيطي. (١٣٩٣هـ). مكتبة العلوم والحكم: المدينة المنورة، ط٥، (٢٠٠١)، جزء واحد.
- المستصفى في علم الأصول. لأبي حامد محمد بن محمد الغزالى الشافعى. (٥٥٥هـ). تحقيق: د محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٤١٧/١٩٩٧)، جزءان.
- المسودة في أصول الفقه. لآل تيمية: مجذ الدين عبد السلام بن تيمية الجلد الحنبلي. (٦٥٢هـ)، وعبد الحليم الألب (٦٨٢هـ)، وأحمد الحفيد (٧٢٨هـ). تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد، مطبعة المدنى: القاهرة، جزء واحد، ومطابقة لطبع دار الكتاب العربى.
- المنتشر في القواعد الفقهية. لبدر الدين محمد بن عبدالله بن بحدار الزركشى. (٧٩٤هـ). طبع وزارة الأوقاف الكويتية: ط٢، (١٤٠٥/١٩٨٥)، ١٣ أجزاء.
- منهج الوصول إلى معانٍ معيار العقول. للإمام أحمد يحيى المرتضى الزيدى. (٨٤٠هـ). تحقيق: د محمود سعيد، مؤسسة الإخلاص للطباعة والنشر: بنهـا، مصر، جزء واحد.
- المذهب في أصول الفقه. د عبد الكريم بن علي النسلة. مكتبة الرشد: الرياض، ط١، (١٤٢٠/١٩٩٩)، ٥ أجزاء.
- نفائس الأصول في شرح المخصوص. لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. (٦٨٤هـ). تحقيق: عادل عبد الموجود على موعض، مكتبة نزار مصطفى الباز: مكة، ط١، (١٤١٦/١٩٩٥)، ٩ أجزاء.
- نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول. للقاضي البيضاوى. (٦٨٥هـ)، لجمال الدين عبد الرحيم الإسنوى (٧٧٢هـ). تحقيق: عبد القادر محمد علي، دار الكتب العلمي: بيروت، ط١، (١٤٢٠/١٩٩٩)، جزء واحد، ومع سلم الوصول للشيخ محمد بنثت المطيعى، علم الكتب: ٤ أجزاء.



الواضح في أصول الفقه. لأبي الوفاء علي بن عقيل بن محمد البغدادي الظفري الحنبلي. (١٣٥٥هـ). تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، (١٤٢٠/١٩٩٩)، ٥ أجزاء.

مراجع المذاهب الفقهية:
إعنة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين. لأبو بكر عثمان بن محمد البكري الشافعي. (١٣١٠هـ). دار الفكر للطباعة: ط١، (١٤١٨/١٩٩٧)، ٤ أجزاء.

بدائع الصنائع في ترتيب الشوائع. لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي. (٥٨٧٥هـ). المطبعة الجمالية، نشر دار الكتب العلمية: بيروت، ط٢، (١٤٠٦/١٩٨٦)، ٧ أجزاء.

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. لعثمان بن علي الزيلعي الحنفي. (٤٣٧٤هـ). وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرىالأميرية: القاهرة، ط١، (١٣١٣هـ)، ٦ أجزاء.

تحفة المحتاج في شرح المنهاج. لأحمد بن محمد بن حجر الهيثمي. (٧٤٩٦هـ). المكتبة التجارية الكبرى: مصر، (١٣٥٨/١٩٨٣)، ١٠ أجزاء.

حاشية ابن عابدين على رد المحتار على الدر المختار. لمحمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي الحنفي. (٢٥١هـ). دار الفكر: بيروت، ط٢، (١٩٩٢م)، ٦ أجزاء.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي المالكي (٢٣١هـ)، على الشرح الكبير لأبي البركات سيدني أحمد الدردير (٢٠١هـ)، وعليه تقريرات الشيخ علیش مفتى الديار المصرية (٩٢١هـ). دار الفكر، (د. ط)، (د.ت)، موافقة لطبع دار إحياء الكتب العربية عيسى الباعي الحلبي وشركاه: ٤ أجزاء.

السيل الجوار المتذبذب على حدائق الأزهار. لمحمد بن علي الشوكاني. (٥٠١هـ). دار ابن حزم: ط١، جزء واحد. شرح الأزهار، المنشئ المختار من العيث المدرار المعروف بشرح الأزهار. للعلامة أبو الحسن عبدالله بن مفتاح. (٧٧٨٤هـ). مكتبة التراث الإسلامي: صعدة، ط٣، (٤٠٢٢)، ١٠ أجزاء، ونرمز لها بالطبعة (أ)، والطبعة القديمة، طبع مكتبة غضبان: (٨٠١م)، ٤ أجزاء، نرمز لها (ب).

الكافي في فقه الإمام أحمد. لأبو محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي الحنبلي. (٢٠٦٥هـ). دار الكتب العلمية: ط١، (١٤١٤/١٩٩٤)، ٤ أجزاء.

كشاف القناع عن متن الاقاع. لمنصور بن يونس بن صلاح البهوي الحنبلي. (٥٠١١هـ). دار الكتب العلمية، وعالم الكتب: بيروت، ٦ أجزاء.

المبسوط. لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي. (٣٤٨٤هـ). دار المعرف: بيروت، (٤١٤/١٩٩٣)، ٣١ جزءاً.

معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. (٧٧٩٤هـ). دار الكتب العلمية: ط١، (١٤١٥/١٩٩٤)، ٦ أجزاء.

المعني لابن قدامة. لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة الحنبلي. (٢٠٦٦هـ). مكتبة القاهرة: (١٣٨٨/١٩٦٨)، ١٠ أجزاء.

منح الجليل شرح مختصر خليل. لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي. (٩٢٩١هـ). دار الفكر: بيروت، (٤٠١٩/١٩٨٩)، ٩ أجزاء.



نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملبي الشافعى. (١٠٠٤هـ)، وعليه حاشية القاهري. (١٠٨٧هـ)، والرشيدى. (١٠٩٦هـ). دار الفكر: بيروت، (١٤٠٤/١٩٨٤)، (١٤٤٠/٢٠١٩)، ٨ أجزاء.

فقه مقارن ومراجعة قانونية:

القريب 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 (٥-١٧) 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).
الخليل بالأثار. لأبي محمد علي بن أحمد الأندلسي الظاهري. (٥٤٦هـ). دار الفكر: بيروت، (د. ط)، (د.ت)، ١٢ جزءاً. وموافقة لطبعه دار الكتب العلمية: بيروت، بتحقيق: عبد العفار البنداوى، ط٣، (٢٠٠٣).
المدخل الفقهى 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 الجرجاوي.: (٥٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، (١٤٠٣/١٩٨٣)، جزء واحد.

كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. محمد بن علي التهانوي الحنفي. (١٥٨١هـ). تحقيق: د. علي درحوج، مكتبة لبنان ناشرون: بيروت، ط١، (١٩٩٦م)، جزءان.

لسان العرب. لأبي الفضل محمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور الأنصارى الإفريقي. (٦٧١١هـ). دار صادر: بيروت، ط٣، (١٤١٤هـ)، جزءاً.

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