

الفصل الرابع التنازع في العين

ويشتمل على تمهيد وخمسة مباحث:
التمهيد: في تعريف العين وصور النزاع فيها.
المبحث الأول: إنهاء النزاع في العين بالصلح.
المبحث الثاني: إنهاء النزاع في العين بالتحكيم.
المبحث الثالث: إنهاء النزاع في العين بالوفاء.
المبحث الرابع: إنهاء النزاع في العين بالإبراء.
المبحث الخامس: إنهاء النزاع في العين بالظفر بها.

التمهيد: في تعريف العين وصور النزاع فيها

والعين: كل ما يحتمل التعيين مطلقاً جنساً، ونوعاً، وقدرًا، وصفة، واستحقاقاً كالعروض من الثياب، والعقار من الأرض والدور، والحيوان، والدواب، والمكيل من الخنطة والموزون من الحديد^(١).

وهي عكس الدين وهي تثبت في الذمة بعينها وليست بوصفها. والعين قد تكون مغضوبة عند شخص فيطالبه صاحبها بها، وقد تكون مبيعا في بيع أو مسلماً فيه في سلم فيقع النزاع فيه عند السليم.

المبحث الأول: إنهاء النزاع في العين بالصلح

فإنه إذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى إلى المدعى عليه بطريق الصلح شيئاً وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزاً^(٢).

والصلح عن الأعيان قسمان:

(أ) صلح الخطيطة: وهو الصلح الجاري على بعض العين المدعاة. والخطيطة في اللغة: حطّ بمعنى نزل من الثمن كذا وكذا وما يحط من جملة الحساب فينقص منه^(٣).

وشرعاً: هو الصلح الجاري على بعض العين المدعاة كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها، أو ثلثها فهذا يعتر هبة بعض المدعى لمن في يده^(٤).

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الصلح على مذهبين هما:

(1) المعجم الوجيز (ص ٤٤٣)، بدائع الصنائع (٧/٤٧٢).

(2) الهداية على فتح القدير (٢/٤١١، ٤١٢).

(3) المعجم الوجيز (ص ١٥٨)، لسان العرب مادة حطّ.

(4) الحاوي للماوردي (٦/٣٦٧)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٤)، روضة الطالبين

المذهب الأول: أنه جائز، ويعد من قبيل هبة بعض المدعى لمن هو في يده فيجوز ذلك وتثبت فيه أحكام الهبة سواء وقع بلفظ الصلح أو بلفظ الهبة ويشترط فيه ما يشترط في الهبة من قبول قبل موت الواهب^(١) وقبل جنونه أو مرضه المتصلين بموته وقبل فلسه.

وهذا مذهب المالكية^(٢) والأصلح عند الشافعية^(٣) وقول عند الأحناف^(٤) ورواية عن الإمام أحمد^(٥).

المذهب الثاني: أن هذا الخط إن وقع بلفظ الهبة فهو صحيح ويجوز، وإن كان بلفظ الصلح فلا يجوز، فهم لا يجيزون صلح الخطيطة وهو مذهب الحنابلة^(٦) وقول عند الأحناف^(٧) ومقابل الأصح عند الشافعية^(٨).

(1) وذكر الشيخ الدسوقي من فقهاء المالكية أنه ليس المراد بالهبة هنا حقيقتها حتى يحتاج فيها إلى القبول من المدعى عليه قبل موت الواهب الذي هو المدعى بل المراد بما الإبراء وحينئذ فلا يشترط فيها قبول ولا تجدد حيازة على المعتمد وعزاه للعدوى. حاشية الدسوقي (٣/٣١٠).

(2) حاشية الدسوقي (٣/٣١٠)، حاشية الخرشى (٦/٢)، مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطي (٤/٤).

(3) روضة الطالبين (٤/١٩٤)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٤)، الحاوي (٦/٣٧٨).

(4) فتح القدير (٨/٤١٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/٣٩).

(5) المغني (٧/١٥، ١٦).

(6) كشف القناع (٣/٣٩١، ٣٩٢).

(7) فتح القدير (٨/٤١٢).

(8) روضة الطالبين (٤/١٩٤)، المجموع (١٣/٦٨، ٦٩).

وحجة المذهب الأول: أن هذا صلح قد سبقته خصومة وترتب عليه إزالة تلك الخصومة ورفعها وتحقيق الرضا فيجوز.

وحجة المذهب الثاني: أن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض للمتروك ومحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه فهو هضم للحق^(١).

وعلى هذا فللمدعى الادعاء بعد ذلك بباقي الدار لأن الصلح إذا وقع على بعض العين المدعاة يكون المدعى قد استوفى بعض حقه وأسقط البعض الآخر إلا أن الإسقاط في الأعيان باطل.

كما أن بعض المدعى به لا يكون عوضاً عن كله فيؤدى ذلك إلى أن يكون الشيء عوضاً عن نفسه^(٢).

والراجح المذهب الأول لتضمن الصلح قطع التزاع وإزالة الخصومة^(٣).

المطلب الأول: لو صالحه على منفعة العين المدعاة

فإن صالحه على منفعة العين المدعاة بأن صالحه عن دار ادعى عليه بها فافر له بها فصالحه على سكنها مدة معينة أو إقامة غرفة فوقها أو غير ذلك من أوجه الانتفاع فهل ذلك يجوز؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: الجواز ويعتبر إعارة فتثبت فيه أحكامها فإن عين مدة

(1) تكملة المجموع (٦٨/١٣، ٦٩)، كشاف القناع (٣/٣٩١).

(2) قالوا والمخرج فيه بأحد أمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي. فتح القدير (٤١٢/٨).

(3) المغنى لابن قدامة (١٥/٧، ١٦).

فإعارة مؤقتة وإلا فمطلقة، وله أن يرجع فيها متى شاء ومتى رجع لم يستحق أجره للمدة الماضية على الصحيح لأنها عارية، وقيل يستحق لأنه قابل به رفع اليد عنها وهو عوض فاسد فيرجع بأجرة المثل^(١) وهو مذهب الأحناف والأصح عند الشافعية.

وحجتهم: أن المدعى متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه في زعمه فيجوز^(٢).

المذهب الثاني: عدم الجواز، وهو قول المالكية والحنابلة ووجه عند الشافعية وحجتهم أنه صالح عن ملكه على منفعة ملكه فكأنه ابتاع داره بمنفعتها وهو لا يجوز^(٣).

والراجح المذهب الثاني:

القسم الثاني: صلح المعاوضة

وهو الذي يجرى على غير العين المدعاة بأن يدعى عليه داراً فيقر له بها ثم يصالحه منها على عبد أو ثوب أو دار أخرى فهذا النوع حكمه حكم البيع وإن عُقد بلفظ الصلح^(٤).

وهو جائز باتفاق الفقهاء ويثبت فيه أحكام البيع وذلك كحق الشفعة،

(1) روضة الطالبين (٤/١٩٧)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٤).

(2) بدائع الصنائع (٧/٤٨٢).

(3) التاج والإكليل للمواق على المواهب (٥/٨١)، المغني (٧/١٦)، كشف القناع (٣/٣٩٢، ٣/٣٩٣).

(4) روضة الطالبين (٤/١٩٣)، الحاوي (٧/٣٦٧)، المجموع (١٣/٦٧).

وحق الرد بالعيب وخيار المجلس والشرط، ومنع التصرف قبل القبض ويشترط فيه معلومية البدلين والتقابض في المجلس والقدرة على التسليم.

وهذا الصلح يفسد بالغرر والجهالة والشروط المفسدة للبيع^(١).

ويشترط فيه أهلية المصالح والمصالح^(٢).

فإن احتل شرط البيع لم يصح هذا الصلح كأن يقترن بشرط فاسد مثل أن يصلحه على ثوب ويشترط عليه ألا يلبسه أو لا يبيعه، أو يصلحه بشيء مجهول، أو نجس أو غير مقدور على تسليمه^(٣).

أما لو صالحه من العين المدعاة على منفعة عين أخرى فلا خلاف في جواز هذا الصلح ويكون إجارة تثبت فيه حكم الإجازات^(٤).

ويشترط فيه ما يشترط في الإجارة، ولأنه بيع منافع فيبطل بتلف الدار وموت العبد لا عتقه أو بيعه أو هبته كسائر الإجازات.

فإن كان التلف قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت ورجع بما صالح عنه، وإن كان التلف بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقى ورجع بقسط ما بقى من المدة^(٥).

ومن شروط هذا الصلح أن المصالح به إذا كان منفعة فلا بد أن يكون المدعى به حاضرا فلو كان دينا في الذمة فلا يجوز الصلح عليه بمنافع لأنه

(1) نهاية المحتاج (٣٨٣/٤)، روضة الطالبين (١٩٣/٤).

(2) مواهب الجليل للحطاب (٨٠/٥)، تبصرة الحكام (٤٩/٢).

(3) حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣)، الذخيرة (٣٤٧/٥)، حاشية الخرشى (٢/٦).

(4) روضة الطالبين (١٩٣/٤)، نهاية المحتاج (٣٨٣/٤).

(5) كشف القناع (٣٩٤/٣)، مواهب الجليل للحطاب (٨١/٥).

يؤدى إلى فسخ الدين في الدين وهو لا يجوز^(١).

وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بالصلح حتى أنه إذا صالح على سكنى دار بعينها إلى مدة معلومة يجوز وإن قال أبداً أو حتى الموت لم يجز وكذلك إن صالحه على أن يزرع له أرضاً بعينها سنين مسماه يجوز، وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الإجارة^(٢).

المطلب الثاني: الصلح بين المدعى والأجنبي وصور ذلك

ويتحقق هذا الصلح: بأن يدعى رجل على رجل حقاً فينكره فيأتى أجنبى [رجل ثالث] إلى المدعى ويقول له أنت محق وصادق في دعواك فصالحنى عليها^(٣).

وحكمه الجواز:

قال الإمام الشافعي: [لا بأس أن يقرّ رجل عن المدعى عليه ثم يؤدى للمدعى ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً]^(٤).

وإن كان ثمة اختلاف في بعض الصور وذلك لأن صلح الأجنبي هذا إما أن يكون عن إقرار أو إنكار من المدعى عليه. وفي كل إما أن يكون المدعى عليه قد أذن للأجنبي في الصلح أو لم يأذن وفي كل إما أن يكون المصالح عنه عينا أو دينا في الذمة.

(1) حاشية الدسوقي (٣/٣١٠)، مواهب الجليل من أدلة خليل (٤/٤).

(2) المبسوط للسرخسى (١٤٤/٢٠).

(3) تكملة المجموع (٧٣/١٣).

(4) الحاوي للماوردي (٣٧٣/٦).

فإن كان الأجنبي قد صالح عن المدعى عليه بإذنه^(١) فإنه يصح الصلح ويكون الأجنبي وكيلًا عن المدعى عليه في الصلح وهذا على مذهب الأحناف والمالكية.

وبناءً على هذا يجب المال المصالح به على المدعى عليه دون الوكيل إلا إذا ضمنه الوكيل^(٢) وذلك سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار. ويلزم المصالح ما صالح به^(٣).

فإن المالكية قد خالفوا الأحناف في ذلك فقالوا إن الوكيل يضمن وإن لم يقل أنا ضامن قالوا لأنه قضى عن الذى عليه الحق^(٤). أما الشافعية: فإنهم فرقوا بين ما إذا كان المدعى به عيناً أو ديناً في الذمة، فإن كان عيناً فالصلح صحيح لأن دعوى الإنسان الوكالة في المعاملات مقبولة.

هذا في حالة الإقرار فإن كان المدعى عليه منكرًا ظاهرًا فجاء أجنبي فقال أقرّ المدعى عليه عندى ووكلى في مصالحتك إلا أنه لا يُظهر إقراره لئلا تترعه منه فصالحه صح الصلح، فإن قال هو منكر ولكنه مبطل فصالحني له

(1) سماه بعض الأحناف التوكيل بالصلح. تكملة فتح القدير (٤٢٢/٨).

(2) لأنه حينئذ يكون مؤاخذا بعقد الضمان لا بعقد الصلح. العناية على الهداية مطبوع على تكملة فتح القدير (٤٣٢/٨).

(3) تبصرة الحكام لابن فرحون (٤٩/٢).

(4) يراجع في مذهب الأحناف والمالكية العناية على الهداية (٤٢٢/٨، ٤٢٣)، البحر الرائق (٢٥٩/٧)، المواهب للحطاب (٨١/٥)، الذخيرة (٣٦٤/٥)، تبصرة الحكام (٤٩/٢).

على داري هذه لتنتقع الخصومة بينكما فوجهان أصحهما لا يصح هذا الصلح لأنه صلح إنكار والثاني يصح لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان^(١).

فإن صالح الوكيل عن العين المدعاة لنفسه بعين من ماله أو ديناً في ذمته فيصح الصلح للأجنبي وكأنه اشتراه ولو لم يجرى مع الأجنبي خصومه لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب خلافاً لما قاله بعض العلماء^(٢) من أنه يأتي فيه الخلاف فيما لو قال من غير سبق خصومة صالحني^(٣).

فإن كان المدعى به ديناً في الذمة جاز أن يصلح أجنبياً عنه بعد الإقرار ففي الدين يشترط الإقرار وذلك لأن الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراءة منه وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي فيقول حقت ثابت على فلان فصالحني عنه، وفي حالة إذن المدعى للأجنبي في الصلح فإما أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء فيقول صالح عني وفي هذه الحالة لا رجوع له بما أداه في الصلح لأنه غير مأذون له في الأداء فصار متطوعاً.

وإما أن يأذن له في الصلح والأداء فينظر في إذنه بالأداء فإن قال صالح وأد لترجع عليّ فله الرجوع عليه، وإن قال أدّ ولم يصرح بالرجوع ففي رجوعه وجهان.

هذا إذا كان الصلح بإذن المدعى عليه وكان عن إقرار منه للأجنبي فإن

(1) روضة الطالبين (٤/٢٠٠، ٢٠١).

(2) كالإمام الجويني وغيره.

(3) نهاية المحتاج (٤/٣٩١)، روضة الطالبين (٤/٢٠٠).

كان المدعى عليه منكرًا فقيلاً على الوجهين والمذهب القطع بالصحة. والفرق بينهما أنه لا يمكن تملك الغير عين ماله بغير إذنه ويمكن قضاء دينه بغير إذنه^(١).

أما الحنابلة:

فقالوا إنه في حالة إذن المدعى عليه للوكيل في الصلح عنه فلا ينظر إلى المدعى به ويصح الصلح سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً في الذمة سواء اعترف الأجنبي للمدعى بصحة دعواه على المنكر أو لم يعترف له بصحتها حتى ولو لم يذكر الأجنبي أنه وكله عنه في الصلح. وذلك لأنه افتداء للمنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى. وإذا صالح عنه بإذنه فهو وكيله، ويرجع عليه بما دفع عنه بإذنه إن نوى الرجوع عليه بما دفع.

فإن قال الأجنبي للمدعى أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن العين وهو مقر لك بما في الباطن وإنما يجحدك في الظاهر. فظاهر كلام الخرقى^(٢) من الحنابلة لا يصح الصلح لأنه يجحدها في

(1) يراجع في مذهب الشافعية، روضة الطالبين (٤/٢٠٠، ٢٠١)، الحاوي للماوردي (٦/٣٧٣)، نهاية المحتاج (٤/٣٩٠، ٣٩١)، تكملة المجموع (١٣/٧٣، ٧٤).

(2) عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى أبو القاسم فقيه حنبلى من أهل بغداد رحل عنها لما ظهر فيها سب الصحابة توفي بدمشق له تصانيف كثيرة احترقت وبقى منها المختصر في الفقه يعرف بمختصر الخرقى توفي سنة ٣٣٤ هـ. الأعلام (٥/٤٤)، وفيات الأعيان (١/٣٧٩)، طبقات الحنابلة (٢/٧٥).

الظاهر لينقص المدعى بعض حقه فهو هضم للحق وقيل^(١) يصح هذا الصلح^(٢).

وفي حالة عدم الإذن للأجنبي في الصلح فإن هذا هو صلح الفضولي وهو جائز عند المالكية مطلقاً.

كما جاء في المواهب^(٣) ويضمن الفضولي ما صالح به.

أما الأحناف فقد فرقوا بين حالين:

إحدهما: أن يضيف الفضولي الصلح إلى نفسه كأن يقول للمدعى صالحني عن دعواك مع فلان فهذا الصلح صحيح ويضمن الفضولي بدل الصلح وليس له الرجوع على المدعى عليه ببطل الصلح الذي أداه طالما أن الصلح لم يكن بأمر المدعى عليه ولا فرق بين أن يكون الصلح عن إقرار أو إنكار.

قال في تحفة الفقهاء.

لأن التبرع بإسقاط الدين بأن يقضى دين غيره بغير إذنه صحيح، والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح فالصلح عن إقرار إسقاط للدين والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة^(٤).

ثانيهما: أن يضيف الفضولي الصلح إلى المدعى عليه بأن يقول للمدعى

(1) وهو قول القاضي أبي يعلى من الحنابلة.

(2) يراجع في مذهب الحنابلة المغني (١٠/٧، ١١)، كشاف القناع (٣/٣٩٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٤)، المبدع (٤/٢٨٧).

(3) مواهب الجليل للحطاب (٥/٨١).

(4) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/٤٣٣).

تصالح مع فلان عن دعواك ولهذا خمسة أوجه يكون الصلح فيها لازما للفضولى في أربع منها وموقوفاً في الخامسة.

وذلك لأن الفضولى إما أن يضمن بدل الصلح أو لا يضمن وإذا لم يضمنه فإما أن يضيف الصلح إلى ماله أو لا يضيفه وإذا لم يضيفه فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أو لا يشير وإذا لم يشير فإما أن يسلم العوض أو لا يسلم.

فهذه خمسة أوجه يكون الصلح لازما في الأربع الأولى لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾ [الحجرات: ١٠] وهذه الآية خاصة في صلح المتوسط.

وقوله تعالى: ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء: ١٢٨].

وجه الدلالة من الآية:

أن هذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الألف واللام على الصلح وهما لاستغراق الجنس.

ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف في مال نفسه بالتبرع بإسقاط الدين عن الغير بالقضاء من ماله إن كان عن إقرار وإن كان عن إنكار بإسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداءً^(١).

أما في الخامسة وهي أن يطلق الفضولى ولا يكون ضامنا ولا مضيفا إلى ماله ولا مشيرا إلى شيء ثم لا يسلم بدل الصلح وهذا يتوقف على إجازة المدعى عليه وفي الأربع الأولى يكون الفضولى متبرعا بالبدل لأنه أجرى هذا

(1) بدائع الصنائع (٥٢/٦) بيروت.

العقد بلا أمر المدعى عليه.
 وفي الخامسة إن أحازه المدعى عليه فيلزم بدل الصلح للمدعى عليه دون
 الفضولى لأنه التزم هذا البديل باختياره ولا يلزم الفضولى شيء.
 فإن لم يجز المدعى عليه فإن الصلح في هذه الحالة باطل ولا فرق بين أن
 يكون المدعى عليه مقراً أو منكراً وبين أن يكون بدل الصلح عيناً أو ديناً^(١).
 أما الشافعية: فإنهم فرقوا بين ما إذا كان المدعى به ديناً في الذمة أو عيناً
 قائمة فقالوا: إن كان المدعى به ديناً في الذمة جاز صلح الأجنبي عنه بعد
 الإقرار بدون إذنه وذلك لأن الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراءة منه
 وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين ألا تراه لو قضى الدين عنه بغير إذنه
 صح فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح. فإن كان المدعى به عيناً قائمة
 فصالح الفضولى عنها بغير إذنه ففيها وجهان:

أحدهما^(٢): أن الصلح جائز وذلك قياساً على صلح ما في الذمة.

الثاني^(٣): أن الصلح باطل وذلك لأن في هذا الصلح تمليك عين فلم يصح
 بغير إذنه كمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه، والوجهان متساويان في

(1) العناية على الهداية مطبوع على تكملة فتح القدير (٤٢٤/٨)، حاشية رد
 المختار على الدر المختار لابن عابدين (٦٣٥/٥) ط/ الحلبي، بدائع الصنائع
 (٥٢/٦).

(2) وهو قول أبي العباس بن شريح وأبي على الطبري وأبي حامد الغزالي.

(3) وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبي سعيد الأصبخري.

الصحة^(١).

أما الخنابلة: فإنهم متفقون مع المالكية في جواز صلح الفضولى ولا فرق بين كون المصالح عنه عيناً أو ديناً فلا يرجع الأجنبي بشيء مما صالح به على المنكر إن دفع بدون إذنه لأنه أدى عنه مالا يلزمه فكان متبرعاً كما لو تصدق عنه هذا في حالة الإنكار ولم يتعرضوا لحالة الإقرار وقضاء الدين عن الغير جائز بإذنه ومن غير إذنه^(٢) فإن علياً وأبا قتادة^(٣) قضيا الدين عن الميت وأقرهما النبي ﷺ على ذلك^(٤).

فإن صالح الأجنبي المدعى بنفسه أى من غير إذن من المدعى عليه لتكون المطالبة للأجنبي على المدعى عليه حال كونه غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها والمدعى به دين في الذمة لم يصح مطلقاً، فإن كان المدعى به عيناً فإن كان الأجنبي منكرًا لم يصح الصلح مطلقاً، وإن كان مقراً بها عالماً بعجزه عن استنقاذها لم يصح الصلح لكونه شراء ما لم يثبت للبائع ولم يتوجه إليه خصومة يفتدى منها.

(1) روضة الطالبين (٤/٢٠٠، ٢١٠)، الحاوي (٦/٣٧٣)، تكملة المجموع (٧١/١٣).

(2) المغنى لابن قدامة (٧/٩)، كشف القناع (٣/٣٩٨).

(3) الحارث بن ربيع الأنصارى الخزرجى السلمى أبو قتادة فارس رسول الله ﷺ اختلف في شهوده بدرًا توفي سنة ٥٤ هـ بالمدينة وقيل توفي بالكوفة في خلافة علي بن أبي طالب. الإصابة (٦/٢٥٠، ٢٥١).

(4) الحديث أخرجه البيهقى في السنن كتاب الضمان باب وجوب الحق بالضمان (٣/٦) والدارقطنى في البيوع (٣/٧٨).

وإذا علم الأجنبي أو ظن القدرة على استنقاذها من المدعى عليه صح إذا كان المدعى به عيناً فإن كان ديناً لا يصح مطلقاً.

وأخيراً:

بالتأمل في المذاهب نرى أنها تُجوزُ صلح الفضولي بغير إذن المدعى عليه والتفرقة بين حالة الإقرار والإنكار ينبغي ألا يوضع هذا في الاعتبار الشرعي ولا فرق أيضاً بين كون المدعى به عيناً أو ديناً، أما رجوع الأجنبي على المدعى عليه فمذهب الأحناف في ذلك أرجح المذاهب. لتفرقة بين الأحوال المختلفة هذا في حالة عدم الإذن أما في حالة الإذن فيرجع على المدعى عليه لأنه أذن له. والله أعلم

المبحث الثاني: إنهاء النزاع في العين بالتحكيم

المطلب الأول: تعريف التحكيم وحكمه

التحكيم لغة: مصدر حكّمه في الأمر أى جعله حكماً وفوض الحكم إليه قال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ [النساء: ٦٥].

وشرعاً: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهم^(١).

و(التولية) التنصيب وولاية التحكيم بين الخصمين ولاية مستفادة من آحاد الناس وهي شعبة من القضاء، متعلقة بالأموال دون الحدود والقصاص، في قضية خاصة فينفذ حكمها فيما فوض إليهما^(٢).

(الخصمين) هما الفريقان المتنازعان فيشمل ما لو تعدد الخصوم ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى: ﴿ هَذَا نِ حَصْمَانِ أَحْتَصِمُوا فِي رَبِّهِمْ ﴾ [الحج: ١٩].

(حاكماً) يعم المفرد والمتعدد^(٣).

وقيل: التحكيم معناه تولية الخصمين حكماً رجلاً ليحكم بينهما بينة أو إقرار أو نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة لو صلح المحكم قاضياً^(٤). فإن من شرط المحكم أن يكون حكمه بالبينة أو الإقرار أو النكول ليكون موافقاً لحكم الشرع، وشرطه لنفوذ حكمه أن يكون حكمه في غير حد

(1) حاشية رد المختار لابن عابدين (٤٢٧/٥)، البحر الرائق لابن نجيم (٢٤/٧).

(2) معين الحكام للطرابلسي (ص ١٢).

(3) حاشية رد المختار (٤٢٨/٥).

(4) تبين الحقائق للزيلعي (١٩٣/٤).

وقود ودية على العاقلة لأن التحكيم بمتزلة الصلح^(١) بينهما، وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملك إباحته، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على العاقلة ولا بد أن يتوافر فيه شروط القاضي^(٢) وهذا أرجح التعاريف وأشملها لو أضيف إليه شرط رضا

(1) والفرق بين التحكيم والصلح: أن الصلح عقد يتم بين أطراف النزاع بإتفاء خلافاتهم بتنازل كل منهم عن بعض حقه، والتحكيم تعهد من الطرفين بعرض خلافاتهم على من يقوم بحسمها بطريق القضاء، والصلح لا يقبل، الطعن بينما حكم المحكم يجوز فيه الطعن بطرق المقررة في القانون.

(2) المحكم هو الشخص الذي ارتضاه طرفي الخصومة ليحكم بينهما ويرفع النزاع والخلاف الواقع بينهما بحكم الله تعالى حسب ما أدى إليه اجتهاده وقد وقع خلاف بين الفقهاء وهو هل التحكيم من باب الوكالة فمن قال ذلك اشترط في المحكم شروط الوكيل ومنهم من قال إن التحكيم من باب الولاية في حكم خاص وهؤلاء اشترطوا في المحكم شروط القاضي. المنتقى للباحث (٢٢٨/٥) مطبعة السعادة.

فلا بد في المحكم أن تتوافر فيه شروط القاضي أي أن يكون صالحاً لأن يتولى القضاء فيشترط فيه العقل والبلوغ والإسلام ويشترط الذكورية كما يشترط في القاضي إلا عند الأحناف وكذلك الحرية، وقال بعض المالكية يشترط أن يكون من أهل الاجتهاد فإن لم يكن مجتهداً فيجب أن يشاور العلماء ولا بد أن يكون معيناً، وألا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنعه من الحكم، وألا يكون أحد الخصمين خلافاً للأحناف والحنابلة الذين قالوا يجوز ويمضى حكمه

الخصمين بالمحكم.

والتحكيم جائز مشروع^(١) وقد دلت على مشروعيتها أدلة كثيرة منها:
 (١) قوله تعالى: ﴿فَاتَّبِعُوا حُكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحُكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].
 قال الإمام القرطبي إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم^(٢) وقد نزلت هذه
 الآية في حق التحكيم بين الزوجين ومادام التحكيم قد جاز في حق الزوجين
 فهذا يدل على جوازه في سائر الحقوق والدعاوى^(٣).
 (٢) قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢].
 والمعنى إن جاءوك متحاكمين إليك فيما اختلفوا فيه فاحكم بينهم ثم إن
 الآية خيرت النبي في أن يحكم بينهم أو أن يعرض عنهم وهذه حقيقة
 التحكيم^(٤).

إن لم يكن جوراً بيناً. حاشية رد المختار (٤٣١/٥)، شرح فتح القدير
 (٤١٠/٦)، حاشية الدسوقي (١٣٥/٤).

(١) وذهب بعض الأحناف وقول عند الشافعية إلى عدم جواز التحكيم وقالوا لا
 يقال بعدم صحة التحكيم ولكن لا يفتى بهذا القول بل يحتاج إلى حكم حاكم
 كى لا يتجاسر العوام فيه ويحكموا أمثالهم فيحكم المحكم بجهله بغير ما شرع
 الله تعالى من الأحكام وهذه مفسدة عظيمة ولذلك افتوا بمنعه. حاشية رد
 المختار (٤٣٠/٥)، معنى المحتاج (٣٧٩/٤).

(٢) تفسير القرطبي (١٨٤٠/٢).

(٣) تبين الحقائق (١٩٣/٤)، بدائع الصنائع (٣/٧)، شرح مجلة الأحكام
 (٦٣٩/١٦)، شرح فتح القدير (٤٠٦/٦).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٦١٨/٢) ط/ عيسى الحلبي.

(٣) قوله تعالى: ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدَلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]. وهذه الآية من أهم الأدلة على مشروعية التحكيم في الإسلام ولهذا احتج بها سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام على الخوارج لما عارضوه عندما تحاكم هو ومعاوية فيما حدث من اختلاف بينهما إلى رجلين من المسلمين^(١).

(٤) أن النبي صلى الله عليه وآله رضى بتحكيم سعد بن معاذ^(٢) رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة حين رضوا بالتزول على حكمه^(٣).

(٥) ما روي أن رسول الله قال لأبي شريح^(٤) إن الله هو الحكم فلم تكني أبا الحكم؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كل من الفريقين بحكمي. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما أحسن هذا فمن أكبر ولدك؟ قال: شريح. قال: فأنت أبو شريح^(٥).

(1) المدونة للإمام مالك (٤٩/٣).

(2) سعد بن معاذ النعماني بن زيد بن عبد الأشهل الأنصاري الأوسى أسلم على يد مصعب بن عمير لما أرسله النبي صلى الله عليه وآله إلى المدينة يعلم المسلمين وقد شهد بدرًا وأحدًا والخندق ورمى يوم الخندق بسهم فعاش شهرا ثم مات منه. الاستيعاب (١٦٧/٢)، أسد الغابة (٣٧٣/٢).

(3) فتح الباري شرح صحيح البخاري (١٦٥/٦) ط/ السلفية.

(4) أبو شريح الخزاعي العدوي الكعبي له صحبة قيل اسمه خويلد بن عمرو وقيل عمرو بن خويلد والمشهور الأول أسلم يوم فتح مكة توفي بالمدينة سنة ٦٨هـ. تهذيب الكمال للحافظ جمال الدين يوسف المزي (٤٠٠/٣٣) ط/ مؤسسة الرسالة، طبقات ابن سعد (٢٩٥/٤).

(5) سنن النسائي كتاب أدب القضاة (٢٢٦/٨) ط/ المكتبة التجارية، وأبو داود في سننه وإسناده حسن (٢٤٠/٥)، السنن الكبرى للبيهقي (١٤٥/١٠).

فقد استحسنت النبي ﷺ ما يفعله من الحكم بين الناس ولو لم يكن التحكيم مشروعاً وجائزاً لما استحسنته النبي ﷺ^(١). ولقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم ومشروعيته ولقد وقع لكثير من الصحابة ولم ينكر ذلك أحد فكان ذلك^(٢) إجماعاً. والتحكيم جائز عقلاً لأن حقيقته إنهاء النزاع بين الخصوم وإصلاح ذات البين مع إعطاء كل ذي حق حقه، وأهدافه تسوية النزاع بالطرق السلمية لقطع دابر الخلاف وإعادة الوئام وذلك من أهم مقاصد الدين الحنيف^(٣). والتحكيم من أهم القواعد العرفية التي أخذت به المجموعات البشرية لحسم الخلاف بينها بطريقة فورية بل إنه كان في بعض المجتمعات الوسيلة الوحيدة للتقاضي، ولا ينكر دوره في إنهاء كثير من أسباب الفساد والشقاق التي تدب بين الناس بسبب في بعض الأمور وبلا سبب في أكثرها واللجوء إلى القضاء ليس بالأمر الهين فمع بطء التقاضي واحتياج ذلك إلى الكثير من المال والزمان تبقى منازعات وخصومات كثيرة لا يكون أمامها إلا اللجوء إلى التحكيم لحل تلك الخصومات بدلاً من أن تبقى أسباب الفساد منتشرة بين الناس، وخصوصاً يلجأ إلى هذا سكان المناطق الريفية حيث العائلات والعصبيات وكبراء القبيلة فتكون المجالس العرفية التي تحل كثيراً من المشاكل وتذلل كثيراً من الصعاب أمام الناس ولقد حضرت كثيراً من هذه المجالس العرفية وشاهدت كيف أهما تدار بطريقة أشبه إلى المحكمة وأن المحكمين في

(1) شرح فتح القدير (٤٠٦/٦)، الذخيرة (٣٥/١٠)، المغني (١٠٧/٩).

(2) الحاوي (٣٢٥/١٦)، مغني المحتاج (٣٧٨/٤)، شرح فتح القدير (٤٠٦/٦).

(3) أحكام القرآن لابن العربي (٦١٩/٢) تحقيق البجاوي.

نظر الخصوم قضاة.

ثم إن التحكيم يخفف عبئاً كبيراً عن كاهل القضاء فلو أن كل خصومة أخذت طريقها إلى القضاء لعجز القضاة عن نظر كل تلك القضايا. والتحكيم يحلّ مشكلة كبيرة وذلك في الأقليات المسلمة الموجودة في البلاد التي لا تدين بالإسلام، والبلاد التي لا دين لها مطلقاً فقد يحدث بينهم خلافات ومنازعات تستدعى الحكم فيها بين طرفي النزاع واللجوء إلى القضاء في هذه البلاد لجوء إلى قاض لا يتوافر فيه شروط الإسلام والحل هو اللجوء إلى شخص مسلم ليكون حكماً بين طرفي النزاع.

المطلب الثاني: محل التحكيم وشروطه

التحكيم فرع عن القضاء لكنه أدنى رتبة من القضاء وبناء على هذا فإن المحكم مقصور في حكمه على أشياء مخصوصة، وليس كالقاضي في أنه يجوز له أن يحكم في كل شيء. ولقد اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في الحقوق المالية، وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء^(١).

ولقد اتفق الفقهاء أيضاً على أن الحقوق الواجبة لله تعالى كحد الزنا والسرقه لا يجوز التحكيم فيها لأن الإمام المتعين لاستيفاء هذه الحدود^(٢).

(1) الحاورى للماوردى (٣٢٥/١٦).

(2) بدائع الصنائع (٣/٧)، شرح فتح القدير (٤٠٨/٦)، تبين الحقائق (١٩٣/٤)، الهداية (١٠٩/٣)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦٤٠/١٦)، تبصرة الحكام (٦٢/١)، مواهب الجليل (١١٣/٦)، الذخيرة (٣٧/١٠)، (٣٨)، معنى المحتاج (٣٧٨/٤)، الحاوي (٣٢٧/١٦)، المغنى (١٠٨/٩).

وظاهر مذهب الإمام أحمد أن التحكيم يجوز في كل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات يستوى في ذلك المال والقصاص والحدود والنكاح وغير ذلك لأنه كالقاضي^(١).

وجمهور الفقهاء على عدم جواز التحكيم في القصاص وذلك لأن القصاص وإن كان حقا للعبد إلا أن فيه حقا لله تعالى، وحكم المحكم حجة فقط في حق من حكماءه وليس حجة في حق غيرهما فيكون في هذا شبهة والقصاص يدرء بالشبهات^(٢).

وكذلك لا يجوز التحكيم فيما تجب الدية فيه على العاقلة فلو حكماه في قتل خطأ ففضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذ لم يحكموه^(٣).

وكذا لو حكم على القاتل بالدية لأنه مخالف للنص وهو مذهب الأحناف وقول للشافعية.

أما غير ذلك من الحقوق فقد زاد الأحناف عدم جواز التحكيم في اللعان لأن اللعان يقوم مقام الحد^(٤).

وزاد المالكية عدم جواز التحكيم في الرشد، والسفه، والوصية، والوقف

(1) كشف القناع ٣٠٣/٦، الكافي لابن قدامة (٤٣٦/٣).

(2) المراجع السابقة.

(3) واستثنوا من ذلك إذا ما ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله فيصح التحكيم بالدية على القاتل حينئذ وكذلك يصح التحكيم في أروش الجراحات إذا كانت أقل مما تتحمله العاقلة، شرح فتح القدير (٤٠٩/٦)، تبين الحقائق (١٩٣/٤).

(4) حاشية الطحاوي (٢٠٨/٣).

وأمر الغائب، والنسب، والولاء، ومال اليتيم، والطلاق، والعنق، واللعان، لأن هذه مما يختص به القضاء لأن هذه الأمور تستلزم حكماً لغير المتحاكمين^(١).

فإن قلنا إنه لا يجوز له أن يحكم في هذه الأمور فحكم فيها نفذ حكمه إذا كان بغير جور وينهى عن العود لمثله ولو أقام الحدود والقصاص بنفسه أدب وزجر ومضى ما كان صواباً، فإذا حكم فقط ولم يستوف فلا أدب عليه^(٢).

وقال بعض الحنابلة: إن التحكيم لا يجوز في أصل النكاح واللعان لأن لها مزية على غيرها فهي مبنية على الاحتياط فاخص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه^(٣).

شروط التحكيم:

(١) قيام النزاع:

إن من شروط التحكيم قيام النزاع بين طرفين أحدهما يدعى حقاً والآخر ينكره ويأتي المحكم ليرجح كفة أحد الطرفين ويعطى الحق لصاحبه وذلك لأن الفقهاء يعبرون عن الطرفين بالخصمين ولا يقال لشخص خصم إلا إذا قامت بينه وبين آخر خصومة ومنازعة.

ولقد ذهب الشافعية إلى عدم اعتبار ذلك وكلام الجمهور أولى فإذا لم تكن هناك خصومة فما فائدة التحكيم حينئذ؟

(١) تبصرة الحكام (١/٦٢)، الذخيرة (١٠/٣٨).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/١٣٦).

(٣) المغنى (٩/١٠٨).

(٢) اشتراط رضا المتنازعين بالتحكيم:

المحكّم قد يكون معينا من جهة القاضي وفي هذه الحالة لا يشترط رضی طرفی المنازعة بحكمه وذلك لأنه نائب القاضي وللقاضي أن يستخلف من شاء ما دام ذلك في حدود اختصاصاته التي حُددت له في ولايته، وقد يكون المحكّم معينا من قِبل طرفي الخصومة وفي هذه الحالة لا بد من اشتراط رضا الطرفين معا^(١) على قبول التحكيم والرضا بالمحكّم وذلك لأن هذا الرضا أساس التحكيم وركنه^(٢).

وهل يشترط دوام هذا الرضا حتى صدور الحكم؟

ذهب الأحناف وسحنون من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط دوام الرضا حتى الحكم، فلكل واحد من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل صدور الحكم، ولا يكون الحكم لازما حينئذ لأتّهما الموليّان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم، وأيضا

(1) وإنما اشترط رضاهما معاً لأن ما كان وجوده من شيئين لا بد من وجودهما في وجوده وأما عدمه فلا يشترط عدمهما معا بل يُعدم بعدم أحدهما، وهذا يُسقط ما قيل ينبغي ألا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضا، فإن قيل إخراج أحدهما سعى في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان. شرح فتح القدير (٤٠٨/٦).

(2) حاشية ابن عابدين (٤٢٩/٥)، شرح فتح القدير (٤٠٧/٦، ٤٠٨)، تبصرة الحكام (٦٣/١)، شرح مجلة الأحكام (٦٣٩/١٦)، مغني المحتاج (٣٧٩/٤).

يشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف^(١).

وذهب المالكية إلى أنه لا يشترط دوام الرضا إلى حين صدور الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما أن يرجع قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه^(٢).

أما لو رجع أحدهما بعد الحكم فإنه لا يجوز ولا ينقض حكمه بعد صدوره إلا إذا كان جوراً بيناً، بأن خالف نصوص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي لأن هذا يؤدي إلى استقرار الأحكام^(٣).

وينعزل المحكم بزوال أهليته للقضاء قبل صدور الحكم فإذا كان المحكم أهلاً للقضاء عند التحكيم ثم زالت تلك الأهلية وانعدمت أثناء الحكم كأن يرتد المحكم أو يطرأ عليه الفسق فإنه ينعزل بعزل الطرفين أو أحدهما له لأنه لما كان المحكم مقلداً من الطرفين جاز عزله منهما حتى لو شرطاً عدم عزله واتفقا على ذلك إذ ليس هذا الشرط حكم^(٤).

وكذلك ينعزل بانتهاه مأموريته وذلك بحكمه في خصوص الخصومة المحكم فيها، ولا تتعدى ولايته إلى الخصومات الأخرى للطرفين^(٥).

(1) شرح فتح القدير (٤٠٧/٦)، المغني (١٠٨/٩).

(2) تبصرة الحكام (٦٣/١)، الذخيرة (٣٧/١٠).

(3) المغني (١٠٨/٩).

(4) شرح فتح القدير (٤١٠/٦)، شرح مجلة الأحكام (٦٤٤/١٦).

(5) المراجع السابقة.

المبحث الثالث

إنهاء النزاع في العين بالوفاء لصاحبها

والوفاء بالحقوق المعينة مطلوب ومأمور به ولقد أمرت الشريعة الإسلامية بوجوب الوفاء بالحقوق والالتزامات وحثت على ذلك بما يتفق مع الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولقد سبق الكلام تفصيلا على تعريف الوفاء وأدلة مشروعيته وأهميته في إنهاء المنازعات والخلافات في الفصل الثالث.

المبحث الرابع: إنهاء النزاع في العين بالإبراء

سبق أن ذكرنا أن من شروط الإبراء أن يكون الحق المبرأ منه ديناً في الذمة لأن الإبراء إسقاط دين في ذمة آخر، فالأصل أن الإبراء يكون في الديون لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

أما الإبراء عن العين فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف

وبعض المالكية قالوا بعدم جواز الإبراء من العين وإنما الإبراء يكون من الدين فلا يجوز أبرأتك من دارى التي تحت يدك.

وذلك لأن الإبراء إسقاط والأعيان لا تسقط فلا توصف بالبراءة، نعم تصح فيها الهبة ونحوها ولا يصح فيها الإبراء سواء كانت العين معلومة أو مجهولة بيد المبرئ أو المبرأ.

فإذا ما أطلق الإبراء عن العين فيكون المراد به الإبراء عن عهدتها أو دعواها والمطالبة بها، أما العين نفسها فلا يجوز الإبراء عنها، والعلة في ذلك أن الأعيان لو سقطت فتصبح سائبة أى لا مالك لها ولا سائبة في الإسلام^(١) قال تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ نَجْحِيرٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامِرٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]^(٢).

(١) بدائع الصنائع (١٢٠/٦)، رسائل ابن عابدين (٨٧/٢)، تكملة حاشية ابن عابدين (٢٣١/٨)، مواهب الجليل (٢٣٢/٥)، الذخيرة (٤٢/١١)، روضة الطالبين (١٩٣/٤)، قليوبى وعميرة (١٣/٣)، كشاف القناع (٣٩٦/٣، ٣٩٧).

(٢) البحيرة الناقة المشقوقة الأذن، والسائبة المخلاة التي لا قيد لها ولا راعى عليها، والوصيلة كانت العرب إذا ولدت الشاة انثى كانت لهم وإن ولدت ذكراً كان

المذهب الثاني: ذهب بعض المالكية إلى أن الإبراء عن العين جائز ويكون المراد بذلك الإبراء سقوط الطلب بقيمتها إذا فاتها المبرئ والطلب برفع اليد عنها إن كانت قائمة ويدخل فيه أيضا الحق المترتب على الإلتلاف كالغرم للمال فيسقط ذلك بالإبراء^(١).

المذهب الثالث: ذهب بعض الأحناف إلى أن الإبراء عن الأعيان إذا حصل على وجه الإنشاء فالإبراء باطل وإن وقع على وجه الإخبار فصحيح مثلاً لو قال أحد عن العين التي في يد آخر ليس لي ملك في هذه العين فهو على وجه الإخبار فهو صحيح وكذلك إذا جاء الإبراء عن العين ضمن إبراء عام أو ضمن عقد آخر كتضمن عقد الصلح عن العين للإبراء فإن الإبراء عن العين في هذه الحالة يصح. فإذا قال أحد أبرأت فلانا من جميع الدعاوى

لآهتهم، وإن ولدت ذكرا وأنتى قالوا وصلت أخواها فكان الكل لآهتهم، والحامى كانت العرب إذا نتحت صلب الفحل عشرة أبطن قالوا حمى ظهره فيسيوه لا يركب ولا يهاج.

وروى البخاري عن سعيد بن المسيب قال البحيرة التي يمنح درها للطواغيت فلا يجلبها أحد من الناس، والسائبة التي يسيبونها لآهتهم لا يحمل عليها شيء. قال رسول الله ﷺ رأيت عمرو بن عامر الخزاعي يجر قصبه في النار كان أول من سيب السوائب. تفسير القرآن لابن العربي (٣/٦٩٤، ٦٩٥)، تفسير ابن كثير (٢/١٢١).

(1) حاشية الدسوقي (٣/٤١١)، بلغة السالك (٢/١٩٤، ١٩٥)، مواهب الجليل (٥/٢٣٢).

أو ليس لى طرفه حق أو ليس لى معه دعوى مطلقاً، أو أبرأته من كل حق لى يكون إبراءً عاماً فليس له أن يدعى لنفسه بحق قبل الإبراء مالى أو غير مالى أو دين أو كفالة أو إجارة أو حدود أو قصاص قليلاً كان أو كثيراً من الحقوق^(١).

وقال ابن عابدين: ومعنى بطلان الإبراء عن الأعيان أنها لا تصير ملكاً للمدعى عليه وليس المراد أنه يبقى على دعواه بل تسقط فى الحكم، فللمبرئ أخذ العين ما دامت قائمة فلو هلكت سقط ضمانيها لأنها بالإبراء صارت وديعة أى أمانة^(٢).

أما الإبراء عن دعوى العين فصحيح، وقيل الإبراء عن الأعيان باطل ديانة فلا تبرأ به الذمة وصحيح قضاءً فلا تسمع الدعوى عليه بخلاف الإبراء عن دعواها فصحيح مطلقاً^(٣).

-
- (1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦١/١٢)، رسائل ابن عابدين (٨٧/٢).
- (2) حاشية ابن عابدين (٣٣٨/٤)، تنبيه الأعلام من رسائل ابن عابدين (٨٦/٢)، (٨٧) بيروت.
- (3) تكملة حاشية ابن عابدين (٢٣١/٨)، رسائل ابن عابدين (٨٨/٢).

المبحث الخامس: إنهاء النزاع في العين بالظفر بالحق

اتفق الفقهاء على أنه يجوز تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء مثل العين المغصوبة فإنه يجوز استردادها من الغاصب ولو قهرا سواء كانت هذه العين مغصوبة أو مستحقة بأى سبب آخر من أسباب الاستحقاق.

فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها أو استحقها بالوصية فله أخذها ولا يشترط الرفع إلى الحاكم.

بشرط ألا يترتب على جواز أخذ العين المستحقة بغير قضاء تحريك فتنة أو مفسدة عظيمة فإذا ترتب على أخذ العين بالظفر ضرر أكبر فلا يجوز أخذها^(١).

واشترط بعض الشافعية شرطا آخر وهو ألا يكون قد تعلق بها حق لشخص آخر كما لو اشترى شخص عينا من آخر كان قد أجزها أو رهنها فليس له أخذها قهراً لتعلق حق الآخرين بها^(٢).

فإذا تحققت هذه الشروط في العين يجوز أخذها بالظفر بما متى وجدها صاحبها لينتهي النزاع والخلاف فيها وقد تكلمت عن الظفر بالحق في الفصل الثالث.

فإذا لم تنفع هذه الوسائل، ولم تؤت بثمارها، ولم يستطع كل واحد منهما في الأخذ بما فلا يبقى أمامهم سوى اللجوء إلى القضاء لحسم النزاع والخلاف بينهما. والله أعلم

(1) الوجيز في فقه الإمام الشافعي (٢٦/٢)، معنى المحتاج (٤/٤٦٢)، تهذيب الفروق (٤/١٢٣)، كشف القناع (٤/٢١١) مكتبة النصر الحديثه، الفقه الإسلامى وأدلته د/ وهبة الزحيلي (٤/٢٦).

(2) معنى المحتاج (٤/٤٦١).