

## القاعدة الستون (المادة / ٦١) «إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز»

### الشرح، مع التطبيق

إذا تعذرت الحقيقة أو تعسرت أو هجرت يصار إلى المجاز.

وتعذر الحقيقة إما: بعدم إمكانها أصلاً لعدم وجود فرد لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد. أو بعدم إمكانها شرعاً كالوكالة بالخصومة، فإن الخصومة هي التنازع وهو محظور شرعاً قال تعالى: ﴿ولا تنازعوا﴾.

وتعسرهما بعدم إمكانها إلا بمشقة، كما لو حلف: لا يأكل من هذا القدر أو من هذه الشجرة أو هذا البر، فإن الحقيقة وهي الأكل من عينها ممكنة لكن بمشقة.

فيصار في كل من الأقسام الثلاثة إلى المجاز، وهو الصرف إلى الأحفاد في الأول، وإعطاء الجواب إقراراً أو إنكاراً أو دفعاً في الثاني، والأكل مما في القدر أو من ثمر الشجرة إن كان وإلا فمن ثمنها أو مما يتخذ من البر في الثالث.

ومثل تعذر الحقيقة: هجرها، كما لو حلف: لا يضع قدمه في هذه الدار، فإن الحقيقة فيه ممكنة ولكنها مهجورة. والمراد من ذلك في العرف الدخول. فلو وضع قدمه فيها بدون دخول لا يحث، ولو دخلها ركباً حث. ومثله ما لو قال له: أشعل القنديل - الفئار - فإنه مصروف إلى الشمعة فيه عرفاً، فلو أشعله نفسه فاحترق يضمن.



## القاعدة الحادية والستون (المادة / ٦٢) «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»

### الشرح، مع التطبيق

إذا تعذر إعمال الكلام بأن كان لا يمكن حمله على معنى حقيقي له ممكن، لتعذر الحقيقة بوجه من وجوه التعذر المتقدمة في المادة السابقة، أولتزام المتنافيين من الحقائق تحتها ولا مرجح، ولا على معنى مجازي مستعمل، أو كان يكذبه الظاهر من حسّ أو ما هو في حكمه من نحو العادة فإنه يهمل حينئذ، أي يلغى ولا يعمل به.

أما تزاحم المتنافيين فكما لو أوصى لمواليه أو وقف عليهم وكان له معتقون ومعتقون فإن الوصية والوقف لغو. وكما لو كفل بالعهد فإن الكفالة لا تصح لأن العهد اسم مشترك يقع على الصك القديم، وعلى العقد، وعلى حقوق العقد، وعلى الدرك، وخيار الشرط (ر: نور العين في ترتيب جامع الفصولين، الفصل التاسع والعشرين). وكما لو كفل ولم يعلم أنها كفالة نفس أو مال فإنها لا تصح (ر: رد المحتار، أوائل الكفالة). ومن هذا: ما لوقال رجل: ادفعوا هذه الدار والثياب إلى فلان، ولم يقل: فإنها له، ولا قال: هي وصية، قالوا: هذا باطل، إذ ليس بإقرار ولا وصية. (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع والثلاثين، من كتاب الوصية، صفحة / ٢٥٧).

وأما مسألة تعذر الحقيقة وعدم إمكان الحمل على المعنى المجازي لكونه غير مستعمل فكما لوقال لمعروف النسب: هذا ابني، فإنه كما لا يصح إرادة

الحقيقة منه لثبوت نسبه من الغير لا تصح أيضاً إرادة المجاز، وهو الإيضاء له بإحلاله محل الابن في أخذ مثل نصيبه من التركة، لأن ذلك المجاز غير مستعمل، والحقيقة إذا لم تكن مستعملة لا يصار إليها فالمجاز أولى.

وأما تكذيب الحس فكدعوى قتل المورث وهو حي، أو قطع العضو وهو قائم، وكدعوى الدخول بالزوجة وهو محبوب. وأما ما في حكم الحس فكدعوى البلوغ ممن لا يحتمله سنه أو جسمه، وكدعوى صرف المتولي أو الوصي على الوقف أو الصغير مبلغاً لا يحتمله الظاهر، فإن كل ذلك يلغى ولا يعتبر ولا يعمل به وإن أقيمت عليه البيّنة.

\*\*\*

القاعدة الثانية والستون (المادة / ٦٣)  
«ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»

الشرح ، مع التطبيق

ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشيعون كنصفه مثلاً، كذكر كله، لأننا إذا لم نقل بذلك والموضوع أن المحدث عنه لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرّة، والحال أن إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله كما تقدم.

فلو قال لامرأة: تزوجت نصفك فقبلت صح العقد على المفتى به، كما نقله الحموي محشي الأشباه عن الصيرفية.

ولو طلق ثلث امرأته أو نصفها مثلاً طلقت كلها، أو طلقها نصف طليقة أو ربع طليقة وقع عليها طليقة كاملة.

وكذلك لو أضاف كفيل النفس الكفالة إلى جزء شائع من المديون كربعه مثلاً كان كفيلاً بالنفس.

وكذا لو قال ولي القتل: عفوت عن ربع القصاص أو خمسة مثلاً سقط كله.

وكما لو سلم الشفيع حقه عن نصف الشفعة مثلاً سقطت كلها.

تنبيه:

إنما قيدنا ذكر بعض ما لا يتجزأ بأن يكون على وجه الشيعون احترازاً عما إذا لم يكن كذلك، بأن كان على وجه التعيين، كما لو أضاف الطلاق إلى عضو

من أعضاء المرأة، فإن كان عضواً يعبر به عن كلها كالرأس والرقبة وأضافه إليها وقع الطلاق.

فلو لم يصفه إليها بأن قال: الرأس منك أو الرقبة منك طالق، أو كان عضواً لا يعبر به عن الكل كالظفر والشعر لم يقع فيهما.

### تنبيه آخر:

خرج عن القاعدة المذكورة ما لو قال رجل لدائن آخر كفل لك به نصفي أو ثلثي مثلاً لم يكن كفيلاً (يلزم تعليل هذا الفرع).

ومنها ما لو قال لامرأته: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: شئت نصف واحدة لم يقع شيء (يلزم تعليله أيضاً).

### ملاحظة مهمة:

قد يزيد حكم البعض على الكل في مسائل:

منها: ما لو ختن صبياً بإذن وليه فقطع حشفته، فإن مات فعليه نصف الدية، وإلا فعليه الدية كلها.

ومنها: ما لو خرج رأس المولود فقطع إنسان أنفه فخرج حياً وعاش فعليه الدية، ولو قطع رأسه والحالة هذه فعليه العُرّة (يلزم التعليل).

ومنها: أن قطع الإصبعين عيبان، وقطع الأصابع مع الكف عيب واحد. (يلزم التفريع على الفرع الأخير).

\*\*\*

القاعدة الثالثة والستون (المادة / ٦٤)  
**«المطلق يجري على إطلاقه  
 ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة»**

**الشرح ، مع التطبيق**

«المطلق»: عرف المطلق قوم بأنه ما دل على الماهية بلا قيد، أي الماهية المستحضرة في الذهن بلا قيد وجودها في ضمن الأفراد، فهو على هذا مرادف لعلم الجنس .

وعرفه آخرون بأنه: ما دل على شائع في جنسه . فهو عندهم مرادف للنكرة، وهذا هو الذي اختاره الكمال بن الهمام وجرى عليه السعد في حواشي التلويح، وأيده البناني بأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالماهية باعتبار وجودها في ضمن الأفراد، لا باعتبار أنها مفهومات كلية وأمور عقلية كما يفيد التعريف الأول .

«يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً» أي لفظاً، وذلك بأن يكون مقروناً بنحو صفة، أو حال، أو إضافة، أو مفعول، أو نهي، أو شرط، أو استثناء .

فالأول: كثوب هروي، وفرس عربي، ونحو ذلك .

والثاني: كإن دخلت راكباً مثلاً .

والثالث: كاشتر لي فرس بكر مثلاً .

والرابع: كبعه من فلان .

والخامس: كلا تبعه في سوق كذا .

والسادس: كالطلاق المعلق والنذر المعلق.  
والسابع: كالاستثناء الواقع في الأقارير والعقود والتعاليق، كقوله: لك علي مائة إلا عشرة، وقوله: كفلت لك بمائة إلا خمسة مثلاً، وقوله: إن خرجت إلا بإذني فأنت كذا. فكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله.

«أو دلالة» كقول المكاري لآخر: اشتر لي بغلاً أو بغلة، فاشترى له بغلة من مراكيب الأمراء بخمسين ديناراً مثلاً! وكقول من قدم بلدة لغيره: استأجر لي داراً، فاستأجرها له بعد سنة مثلاً! فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الأمر في المحلين، لأنه في الأول يتقيد دلالة بدابة يحمل عليها الأثقال، وفي الثاني بدار يسد بها حاجته القائمة في الحال.

وكما لو جاءت امرأة بغزها إلى السوق وأمرت رجلاً ببيعه، فباعه نسيئة، لم ينفذ عليها (ر: متن التنوير، من الوكالة) وذلك لتقيده بالنقد حالاً بدلالة الحاجة.

## تنبيهات

### التنبيه الأول:

إن المطلق إذا كان عبارة عن الإذن بشيء وإطلاقه له فإنه لا يجري على إطلاقه حينئذ، بل يعتبر بغير مظان التهمة ومواطن الخيانة، فإذا كان بمعزل عن التهمة والخيانة يجري على إطلاقه ولا يقيد بعد ذلك بأن يكون موافقاً للعرف والعادة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يقيد بأن يكون موافقاً للعرف والعادة (ر: تأسيس النظر، للدبوسي).

فلو وكل شخص آخر ببيع شيء ولم يقيده، فعند الإمام للوكيل أن يبيع بالثمن الذي يراه مناسباً نقداً أو عرضاً، بثمن المثل، أو بغبن فاحش، وله أن يبيع بثمن حال أو نسيئة إلا إذا كان البيع للحاجة فيتقيد حينئذ بدلالة الحال كما في المسائل المارة، فلا يبيع إلا بالنقد وبالثمن الحال (ر: التنوير، من فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء... والمادة / ١٤٩٤ / من المجلة).

وكذا لو كان وكيلًا بالتزويج فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش جاز عنده .

وكذلك لو أودع عند آخر وديعة جاز للمودع أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً، كان لها حمل ومؤنة أولم يكن .

وكذلك لو وكله بإجارة داره مثلاً فأجرها سنين طويلة جاز عنده .

كما لو وكله ببيع شيء وأمره أن يأخذ بثمنه رهناً، فباعه وأخذ بالثمن رهناً قليلاً أو كثيراً جاز عنده .

ونظير ذلك ما لو وكله بشراء شيء بعينه، فاشتره ثم قبل أن يقبضه وجد به عيباً فاحشاً فرضي به وقبضه، نفذ على موكله، عنده (ر: تأسيس النظر) .

كل ذلك حكماً للإطلاق، لعدم وجود التهمة والخيانة .

فلو كان التصرف مصحوباً — والحالة هذه — بالتهمة أو الخيانة لم يجوز على الأذن، فلا يملك وكيل البيع ولا وكيل الإجارة أن يبيع أو يؤجر من نفسه ولا ممن تقبل شهادته له، لمكان التهمة . كما أنه لا يملك المودع السفر بالوديعة إذا كان الطريق مخوفاً، لمكان الخيانة والتفريط في حفظها المعقود عليه .

وعند الصاحبين: كل تلك الإطلاقات مقيدة بالعرف، فلا يملك وكيل البيع عندهما أن يبيع إلا بثمن من جنس النقدين، وأن يكون حالاً غير مؤجل، وأن يكون الثمن بثمن المثل أو بغبن يسير .

وكذا يشترط — عندهما — كون الرهن وثيقاً حافظاً للقيمة .

ولا يجوزان للمودع السفر بالوديعة إذا كان لها حمل ومؤنة وإن كان الطريق آمناً .

ولا يجوزان إيجار دار الأمر أكثر من المدة المتعارفة .

ولا يجوزان النكاح إلا بمهر المثل أو غبن يسير . وإذا كان الغبن فاحشاً ينجّر الموكل بين إجازته أو رده .

وكذلك رضا وكيل الشراء بالعيب الفاحش نافذ عليه دون موكله، جرياً في جميع ذلك على تقييد تلك الإطلاقات وتخصيصها عرفاً بما ذكر. وقد جرت المجلة في المادة / ١٤٩٤ و ١٤٩٨ / على قول الإمام.

### التنبيه الثاني:

لا ينبغي أن يفهم من القاعدة أن المطلق أينما وقع وكيفما كان إذا لم يقم دليل على تقييده فهو مرعي ومعتبر على إطلاقه ومحمّل على جهالته وإن كانت فاحشة، وأن العقود والتصرفات التي تتضمن ذلك المطلق تعتبر صحيحة شرعية أياً كانت، بناء على عموم القاعدة، كلا، بل الذي يظهر أن ذلك ليس مطرداً أوعاماً، بل هو خاص بما لا تضره الجهالة الفاحشة كالأقارير والأيمان والكفالة وما لا يحتاج إلى قبضه من الأثمان والمبيعات.

كما لو أقر لغيره بأن له في ذمته ديناً ولم يبينه أو حلف ليشتري اليوم ثوباً، أو كفل لزيد بما زاد له على فلان، أو قال له: بايع فلاناً وما بايعته فعلي، أو أقر أن لفلان عليه ديناً فاشترى فلان منه شيئاً، أو أقر أن له تحت يده متاعاً غصباً أو ودیعة ولم يبينه له، ثم اشترى المقر منه: فإن الجهالة الفاحشة في جميع ذلك لا تضر، ويجبر على البيان في فرع الإقرار، وتنقذ اليمين المذكورة على إطلاقها ويرى بشراء أي ثوب كان، وتصح الكفالة في الصورتين المرسوميتين، ويصح البيع في فرعي البيع لأن الدين المشرى به في الأول يسقط بالشراء والساقط لا تضر جهالته، ولأن المبيع في الثاني غير محتاج إلى تسليمه وتسلمه فلا يؤدي إلى التنازع (كما يعلم جميع ذلك من الدر المختار وحاشيته، من الإقرار والأيمان والكفالة، وأوائل البيوع، والمادة / ٦٣٠ و ١٥٧٩ / من المجلة، وجامع الفصولين الفصل / ٣٠ / ج ٢ / ٦٧).

أما ما تضره الجهالة الفاحشة كالمهر في النكاح والثلث والمبيع المحتاج إلى قبضهما في البيع والموكل بفعله من التصرفات أو بشرائه من البائع، إذا كان المطلق فيها مجهولاً جهالة فاحشة، فلا يعتبر ذلك الإطلاق ولا يحتمل جهالته.

كما إذا وكله في جميع أموره وليس للموكل صنعة معروفة لتصرف الوكالة

إليها، أو وكله بشراء شيء مجهول الجنس كثوب أو دابة، أو تزوج امرأة على مهر كذلك - أي مجهول الجنس - أو باعه بدراهم أو دنانير مجهولة كأن كانت مختلفة في المالية متساوية في الرواج، أو باع الغواص أو القناص ما يخرج من ضربته، بطلت الوكالة في الأول والثاني، ووجب مهر المثل في الثالث لكون النكاح لا يفسد بفساد التسمية، ولم يصح البيع في الفرعين الأخيرين (كما يعلم ذلك من مراجعة المادة / ١٤٦٨ / والمادة / ٢٠٠ / و / ٢٣٨ / و / ١٤٥٩ / من المجلة، ومراجعة الدر المختار وحاشيته، من الوكالة، والمهر، والبيع الفاسد).

### تنبيه آخر:

يحمل المطلق على المقيد في الروايات، ولهذا نرى مطلقات المتون يقيدها الشراح. وقد نصوا على أنه إذا صرح بعض الأئمة بقيد لم يصرح به غيره يجب اتباعه.

### تنبيه آخر:

إذا كان ما قيد به الأمر المأمور مفيداً من كل وجه يلزم رعايته، أكده بالنفي أولاً، كما إذا قال له: بعه بخيار أو بكفيل أو برهن، فباعه بدونه. أو قال المودع للوديع: احفظ الوديعة في هذا الدار تعين، لتفاوت الحرز. وإذا كان لا يفيد أصلاً لا تجب مراعاته، كبعه بنسيئة، فباعه بالنقد بما يباع به نسيئة جاز.

وإن كان مفيداً من وجه، إن أكده بالنفي تجب مراعاته وإن لم يؤكد لا تجب مراعاته. فلو قال: بعه بسوق كذا، أو احفظ الوديعة في البيت الفلاني من دارك، أو بعه بشهود مثلاً لا تجب مراعاته. ولو قال: لا تبعه إلا في سوق كذا، أو لا تحفظها إلا في البيت الفلاني من دارك، أو لا تبع إلا بشهود وجبت مراعاته.

وإذا كان ما قيده به غير مفيد أصلاً لا تلزم مراعاته وإن أكده، كما لو قال: لا تحفظها إلا في هذا الصندوق (ر: رد المحتار، من فصل «لا يعقد وكيل البيع والشراء» نقلاً عن الذخيرة والبرزازية).

تنبيه آخر:

ما جاء فيه المطلق جارياً على إطلاقه ما ذكره في جامع الفصولين من أن رب المال لو قال للمضارب: اعمل برأيك، فدفع المضارب المال إلى آخر مضاربة على أكثر من نصيبه يجوز. انتهى بالمعنى. وقد ذكر هذا عقب قوله: ولو كان البذر لرب الأرض فقال للمزارع: اعمل برأيك، فدفع المزارع إلى آخر مزارعة، فلودفع بأقل من نصيبه جاز لا بأكثر (انتهى بلفظه) ثم ذكر ما لفظه: قال ابن أبي عمران: سألت علياً الرازي عن الفرق بين المسألتين فقال: إن فيما تفرد محمد رحمه الله تعالى بتصنيفه مسائل لوروجع فيها لرجع عنها، منها هذه المسألة (ر: جامع الفصولين، الفصل الموفى الثلاثين، صفحة / ٦٦).

ولقد استولى عليّ الدهش حين وقفت على صدور مثل هذا في حق الإمام محمد بن الحسن محرر المذهب النعماني من مثل علي الرازي الذي أخذ الفقه عن الحسن بن زياد وروى عن أبي يوسف ومحمد، وقبول مثل أحمد بن أبي عمران له، الذي تفقه على ابن سماعة تلميذ أبي يوسف ومحمد، والذي هو شيخ أبي جعفر الطحاوي. فإن صدور مثل هذا من مثلها مع أنها من أعرف الناس بفضل الإمام محمد يقلل من الوثوق بعلمها بفضلها، وكان من الواجب الأليق بعلي الرازي تجاه الإمام محمد رحمة الله تعالى عليه أن يقف عند كلمة «لا أدري» وأن لا يكره التصريح بها. ورحم الله تعالى ابن دريد حيث يقول:

ومن كان يهوى أن يُرى متصديراً ويكره «لا أدري» أصيبت مقاتله

هذا مع أن الفرق بين المسألتين ظاهر فيما أرى، فإن المضاربة تتضمن الوكالة، والمضارب وكيل في التصرف عن رب المال كما صرحوا به أوائل كتاب المضاربة. فإذا عمم له رب المال وأطلق يده في التصرف بقوله: اعمل برأيك يملك حينئذ على رب المال أن يدفع المال لآخر مضاربة على أكثر من حصته، وينفذ ذلك عليه عملاً بتفويضه وإطلاقه له بقوله: اعمل برأيك.

وأما المزارعة فإنها لا تتضمن وكالة، بل المزارع في صورة ما إذا كان البذر من جهة رب الأرض أجير ببعض الخارج من عمله، ويطلق المستأجر وتعميمه

له بقوله: اعمل برأيك لا يملك أن يستأجر من يقوم عنه بعمله بحصة من الخارج أكثر من حصته، لأنه يكون والحالة هذه مستأجراً له ببدل بعضه من مال المستأجر وهورب الأرض والبذر، لأن ما زاد عن حصة المزارع عائد له، ولا حق فيه للمزارع، فلا يجوز ذلك منه ولا ينفذ على رب الأرض.

فقد ظهر الفرق بين المسألتين، والله سبحانه ملهم الصواب، وإليه المرجع والمآب.

\*\*\*



## القاعدة الرابعة والستون (المادة / ٦٥) «الوصف في الحاضر لَغَو»

### أولاً - الشرح

الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو، أي ساقط الاعتبار، لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية، والوصف يقلله. فإذا وجدت يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه.

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف، كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب<sup>(١)</sup> حاضر في المجلس، وقال في إيجابه: بعتك هذا الفرس الأدهم<sup>(٢)</sup>، وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم، لما تقدم.

وأما إذا كان من غير جنسه فلا عبرة للإشارة، بل للتسمية والوصف. فلوباع فصاً حاضراً وأشار إليه على أنه ياقوت، فإذا هوزجاج، لا ينعقد البيع (ر: المادة / ٢٠٨ / من المجلة).

وأما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ، كما لوباع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم، لا ينعقد البيع لازماً بل موقوفاً على رضا المشتري بالبيع.

(١) أشقر بصفرة.

(٢) الأسود.

## ثانياً - التطبيق

ومن فروع هذه القاعدة: ما لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء يحنث، لأن الدار هي العرصة، والبناء وصف فيها، ففي حال الإشارة إليها يلغو الوصف لعدم إفادته. بخلاف ما لو حلف لا يدخل داراً، فدخل داراً منهمة فإنه لا يحنث لأنها عند عدم الإشارة من قبيل الغائب، فيعتبر فيها الوصف (كما في كتاب الأيمان).

تنبيه:

قولهم في المادة: «الوصف في الحاضر لغو» إنما يجري في البيع والأثمان، لا في الدعوى والشهادة، فقد قال صاحب جامع الفصولين: لو ادعى ثوباً وبين طوله كذا، وبرهن بحضرة الثوب طبق مدعاه، فذرع الثوب فظهر أن ذرعه أنقص مما بين أو أزيد لا تقبل بينته لظهور كذبها. والوصف في الإشارة لغو في البيع والأثمان، أما في باب الشهادة إذا شهدوا بوصف فظهر بخلاف ما شهدوا لا تقبل، كما لو ادعى دابة وقال: هذه الدابة التي سنها أربع سنين ملكي، وشهدوا كذلك، فظهر أنها أزيد أو أنقص، لا تقبل لظهور كذبهم؛ كذا هنا. (ر: جامع الفصولين، الفصل السادس، ببعض توضيح) وعزا ذلك فيه إلى فتاوى رشيد الدين، ونقل قبله وبعده ما بظاهره مخالف له، وأوله بما يدفع المخالفة، ثم قال: ويمكن في مثله روايتان، ثم اعتمد عدم قبول الشهادة بقوله: وينبغي أن لا تقبل، لأن الشهادة تختل بالكذب. انتهى ببعض تصرف.

ونقل في جامع الفصولين أيضاً (من آخر الفصل الرابع عشر) عن صاحب المحيط ما هو صريح في ميله إلى عدم القبول أيضاً، وأقره على ذلك (في الفصلين) صاحب نور العين، ونقله عنه في فتاوى الأنقروبي (أول الباب الثاني من كتاب الشهادات) وأقره، ونقل في منهوات الأنقروبي عن الثالث من كتاب الشهادات من البزازية نظير ما نقله عن الرابع عشر من الفصولين. ثم نقل عن نوع من الخامس عشر في أنواع الدعاوى من البزازية ما لفظه: إذا خالف سن الدابة الدعوى أو الشهادة بطلت الدعوى والشهادة. انتهى. وعليه فلو ادعى

دابة ووصفها بأنها مشقوقة الأذن أو مكوية في المحل الفلاني أو لونها كذا فظهرت سليمة الأذن أو لا كيَّ بها أو أن لونها مخالف لما وصف مخالفة واضحة، وبين اللونين بعد ظاهر لا تسمع. وكذلك الشهود لو وقع مثل ذلك في شهادتهم ترد.

هذا، والظاهر أن مثل البيع والأثمان في كون الوصف في الحاضر لغو فيها الأيمان، كما يظهر من فرع الدرر السابق.

وقد روجع «الفصولين» (في الفصل السادس) عما إذا استحضر المدعى به فوجد مخالفاً لما وصفه به المدعي، ولكن لما أحضر قال: أدعي هذا، ولم يقل: هذا الذي أدعيه، تسمع. وعبارته هكذا: «ادعي قنأً تركياً وبين صفاته وطلب إحضاره ليبرهن، فأحضر قنأً خالف بعض صفاته بعض ما وصفه، فقال المدعي: هذا ملكي، وبرهن يُقبل. قال: وهذا الجواب مستقيم فيما لو ادعى أنه ملكه فقال: هذا ملكي، ولم يزد عليه، فتسمع دعواه ويجعل كأنه ادعاه ابتداءً. فأما لو قال: هذا هو القن الذي ادعيته أولاً لا تسمع، للتناقض». انتهى (ر: جامع الفصولين ٧٢/١ الفصل السادس).

#### تنبيه:

ينبغي تقييد قولهم: «الوصف في الحاضر لغو» بما إذا لم يكن الوصف المذكور في الكلام هو الباعث على الالتزام كاليمين مثلاً، فقد نصوا في الأيمان على أنه لو حلف أن لا يأكل من هذا البسر، فأكله بعدما صار رطباً لا يحنث، لأن صفة البسرية داعية إلى اليمين على عدم أكله. وكما لو حلف: لا يأكل من هذا الحصرم، فأكله بعدما صار عنباً (ر: التنوير وشرحه، باب اليمين على الأكل والشرب).

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

القاعدة الخامسة والستون (المادة / ٦٦)  
 «السؤال معاد في الجواب»

الشرح ، مع التطبيق

السؤال معاد في الجواب، فلوقيل لآخر: طلقت امرأتك؟ أو هل لفلان عليك كذا - إشارة لدين سماه -؟ أو هل أوصيت بكذا؟ أو هل بعت الشيء الفلاني من فلان؟ أو هل أجرته دارك مثلاً؟ أو قتلت فلاناً؟ فقال مجيباً بنعم، فإنه يكون مقراً بما سئل عنه.

ومثل السؤال غيره من ألفاظ الإنشاء. كما لو قالت له امرأته: أنا طالق، فقال: نعم، طلقت، أو قال آخر: امرأة فلان طالق، وعليه المشي إلى بيت الله الحرام إن دخل هذه الدار، فقال فلان: نعم، كان حالفاً. وكذا لو قال لآخر: اسرج لي دابتي هذه أو جصص لي داري هذه، فقال: نعم، كان إقراراً منه بالداية والدار.

\*\*\*



القاعدة السادسة والستون (المادة/٦٧)  
 «لا ينسب إلى ساكت قَوْل،  
 لكن السكوت في معرض الحاجة بيان»

الجملة الأولى من القاعدة

أولاً - الشرح

«لا ينسب إلى ساكت» قادر على التكلم غير كائن في معرض الحاجة إلى البيان (كما سيأتي تفصيله . .) ولا مستعين بالإشارة لتفسير لفظ مبهم في كلامه «قول»، يعني أنه لا يقال لساكت إنه قال كذا. أما غير القادر على التكلم، والمستعين بالإشارة فسيأتيان في المادة الموفية السبعين وفي الكلام عليها. وأما من كان في معرض الحاجة إلى البيان فسيأتي في الكلام على الجملة الثانية من هذه القاعدة.

ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه الجملة الأولى مسائل:

- ١ - منها: ما لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت لا يكون سكوته إجازة، بخلاف ما لو قبضه المشتري بعد ذلك بحضرته وهو ساكت فإنه يكون إجازة كما سيأتي من حاشية الرمي على جامع الفصولين.
- ٢ - ومنها: ما لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون سكوته إذناً بالتجارة ولو لم يكن لهما ولي.
- ٣ - ومنها: ما لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون سكوته إذناً بإتلافه.

٤ - ومنها: ما لو تزوجت المرأة غير كفاء فسكت وليها عن طلب التفريق لا يكون سكوته رضا على ظاهر المذهب ما لم تلد، فإذا ولدت فليس للولي التفريق، حفظاً للولد عن التثتيت من الزوج. ولكن روى الحسن عن أبي حنيفة أن العقد لا يجوز؛ وعلى روايته الفتوى.

٥ - ومنها: ما لو سكتت زوجة العيّن لا يكون سكوتها رضا ولو أقامت معه سنين.

### الجملة الثانية من القاعدة

#### أولاً - الشرح

«... ولكن السكوت» من القادر على التكلم «في معرض الحاجة» إلى البيان «بيان» بشرط أن يكون هناك دلالة من حال المتكلم، أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر. يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

#### ثانياً - التطبيق

(أ) يتفرع على دلالة حال المتكلم مسائل:

١ - منها: ما لو باع شيئاً فاسداً وسلمه للمشتري ثم عيب البائع المبيع بنفسه العقد ويصير بتعيينه له مسترداً، حتى لو هلك عند المشتري من غير أن يمنعه عن البائع هلك على البائع (الدرر وحاشيته، من البيع الفاسد، قبيل قول المتن: وكره البيع عند الأذان الأول) لأن العقد الفاسد معصية يجب على كل من العاقلين رفعها بالفسخ، فاللائق بحال البائع أن يكون ساعياً وراء رفعها، فاعتبر فعله التعيب استيلاءً على المبيع واختياراً لفسخ العقد، رفعاً للمعصية، فإن المبيع فاسداً إذا وصل إلى البائع من جهة المشتري بأي وجه كان يعتبر فسحاً (انظر ما قدمناه في أواخر شرح المادة / ٣).

٢ - ومنها: سكوت البكر عند استثمار وليها لها قبل التزويج. وكذا سكوتها إذا بلغها النكاح بعدما زوجها. وسكوتها عند بلوغها بكرة عالمة بتزويجها. فإن سكوتها في كل ذلك كصريح القول، لأن حالتها (وهي استحياؤها) عن

إظهار الرغبة في الرجال لا عن إظهار عدمها) تدلّ على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد ولا حياءً يمنعها بيان وإفصاح، ففي الأولى يكون العقد لازماً، وفي الثانية ينبرم ويلزم بعد وجوده موقوفاً، وفي الثالثة يسقط خيارها.

٣ - ومنها: أن سكوت المالك عند قبض الموهوب له، والمتصدّق عليه، والمرتهن، والمشتري قبل نقد الثمن إذن، لأن حالته من إقدامه على العقد الموضوع لإفادة حكمه ثم سكوته عند القبض مع قدرته على النهي تدل، كصريح القول، على الإذن. وهذا بالنسبة للشراء مقيد بأن يكون البيع باتاً، أما لو كان البيع وفاءً، وهو المعبر عنه في بعض الكتب بالبيع الجائز، فقد نص صاحب البدائع على أنه لو قبض المشتري المبيع جائزاً (أي وفاءً) بحضوره البائع قبل نقد الثمن ولم ينهه لم يجز قبضه قياساً واستحساناً، حتى كان له أن يسترده. (البدائع ٦ / ١٢٤ في كتاب الهبة).

ومثله يقال في سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة إذا قال صاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً فإنه يصير كما قال، لما ذكرنا.

٤ - ومنها: عقود التعاطي، وسكوت الساكن عند قول المالك: فرّغها وإلا فأجرتها كل يوم كذا.

٥ - ومنها: سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد فإنه تعديل إذا كان المزكي عالماً، لأن حالته الدينية تدل على أنه لو لم يكن عدلاً لما سكت عنه.

٦ - ومنها أن الأم لو اشترت للصغير ما لا يحتاج إليه لا ينفذ عليه إلا إذا اشترت له من أبيه أو منه ومن أجنبي. اهـ. فقد جعلوا إقدام الأب على الاشتراك في البيع مع الأجنبي إذناً للأم بالشراء للصغير من الأجنبي.

٧ - ومنها أنه لو اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع بحضوره صاحب السلعة فسكت يكون رضا (جامع الفصولين بحاشية الرملي ١ / ٣١٥ من الباب الرابع والعشرين في الحاشية نقلاً عن فتاوى أمين الدين عن المحيط والبيزانية).

٨ - ومنها: ما لو سئل عن مجهول النسب هل هو ابنه؟ فأشار بالإقرار به ثبت نسبه، لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب وتمكنه من النفي يقوم مقام القول.

٩ - ومنها: ما إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب والأب يعلم ذلك وهو ساكت فليس له الاسترداد من بنته.

١٠ - ومنها: أن إنفاق الأم في جهاز بنتها من مال الأب ما هو معتاد والأب ساكت إذن منه ولا تضمن الأم.

(ب) ويتفرع على ضرورة دفع الغرر والضرر مسائل:

١ - منها: ما لو أصر المدعى عليه على السكوت حين طلب الحاكم منه الجواب عن دعوى المدعي، فإنه يعد منكرًا (ر: المادة / ١٨٢٢) دفعًا للضرر عن المدعي.

٢ - ومنها: سكوت الشفيع حين علم بالبيع، فإنه تسليم للشفعة، لأنه إذا لم يجعل تسليمًا كان تغريبًا للمشتري وإضرارًا به: إما بامتناعه عن التصريف أو بنقض الشفيع تصرفه إذا تصرف.

٣ - ومنها أن سكوت المدعى عليه عن الجواب بلا عذر يُعدُّ إنكارًا، دفعًا للضرر عن المدعي بتأخير حقه<sup>(١)</sup>.

٤ - ومنها: أنه إذا وضع رجل متاعه عند رجل وهو يراه فسكت صار مودعًا، دفعًا للغرر.

٥ - ومنها: ما لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد وغاب قبل القبض ولم ينقد الثمن وأبطأ، فللبائع بيعه لغيره لرضاه بالفسخ دلالة، ولدفع الضرر عن البائع (أي لأنه يتلف عليه). وإذا نقص الثمن لا يرجع على المشتري (رد المحتار، من متفرقات كتاب البيوع).

(١) هذه المسألة الثالثة هي الأولى نفسها، فيبدو أن المؤلف الوالد رحمه الله قد كتبها في مسودته مرة ثانية ذاهلاً عن أنه كتبها أولاً. على أن في كل منها تقييداً أو إيضاحاً ليس في الأخرى لكنه ملحوظ فيها فقهاً. (مصطفى ابن المؤلف).

٦ - ومنها: ما لو اطلع على عيب في المبيع فقبضه أو دفع ثمنه، فإن ذلك منه إسقاط لحق الرد بخيار العيب، كما نصوا عليه (في باب خيار العيب من الدر المختار وحاشيته وغيرهما).

٧ - ومنها: ما لو آجر الأرض للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها، فالعقد فاسد، فإذا زرع المستأجر فيها وعلم المؤجر بما زرعه وسكت انقلب العقد صحيحاً ولزمت الإجارة ولم يبق للمؤجر حق الفسخ.

٨ - ومنها: ما لو باع المالك العين المغصوبة من الغاصب وهي في يده يكون بيعها له مسقطاً لحق حبسها بالثمن، فليس له استردادها ليحبسها بالثمن.

٩ - ومنها: ما في جامع الفصولين من قوله: سكوت البكر عند قبض الزوج لها، أباً كان أو غيره، مهرها إذن منها بقبضه ما لم تنه (ر: جامع الفصولين ٢ / ١٩٣).

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة:

ما ذكره في الدر المختار وحاشيته من أن الزوجين لو شرطاً في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترطاً الدخول قبل حلول الأجل فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج إلى أن تقبض المهر استحساناً، وبه يفتى. وعللوه هناك بأن الزوج لما طلب تأجيل كل المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع (حاشية رد المحتار، قبيل قول المتن: «ولها النفقة والسفر والخروج من بيته بلا إذن ما لم تقبضه»). فقد عدوه مسقطاً حقه في الاستمتاع بدون قول منه. وسيأتي هذا الفرع أيضاً في الكلام على المادة / ٨٣ / .

تنبيه:

قد فرعوا على قولهم: «السكوت في معرض الحاجة بيان» مسائل غير ما ذكرناه لا يظهر تفرعها لعدم نيابة السكوت فيها عن القول. فمن ذلك قولهم:

- سكوت المتصدق عليه قبول لا سكوت الموهوب له .
  - وسكوت الوكيل قبول للوكالة .
  - وسكوت المفوض إليه الطلاق قبول للتفويض .
  - وسكوت الموقوف عليه قبول للوقف .
  - وسكوت المقر له قبول للإقرار .
  - وسكوت الزوج عند الولادة اعتراف بالنسب .
  - وسكوت المشتري عند البيع بعد أن أخبر بالعيب رضاً منه به إن كان المخبر عدلاً عند الإمام .
  - وسكوت أحد شريكي العنان عند قول صاحبه له : إني أريد شراء هذا الشيء لنفسي إذن له .
  - وسكوت الموكل إذا قال له وكيله بشراء شيء معين : إني أريد شراءه لنفسي إذن له .
  - وسكوت المالك حين يرى غيره يشق زقّه حتى سال ما فيه إذن له .
  - وسكوت المديون إذا وهبه الدائن الدين أو أبراه عنه قبول للهبة والإبراء .
  - وسكوت من حلف : لا ينزل فلاناً في داره ، وهو نازل فيها ، إنزاله .
- وكلها غير ظاهرة التفريع :
- أما الصدقة فإنها لا تحتاج إلى القبول ، يكفي فيها الإيجاب وقبض المتصدق عليه . وقولهم : « لا الموهوب له » مبني على كون القبول في الهبة ركناً ، والمحرم المقر خلافه ، فهي حينئذٍ مثل الصدقة .
- وأما الوكالة والوقف والإقرار فكذلك لا تحتاج إلى القبول وإن كانت تترد بالرد .

وأما تفويض الطلاق فكذلك لا يحتاج إلى القبول، لأنه تعليق من الزوج ولذا لا يملك الرجوع عنه.

وأما ثبوت نسب ولد الزوجة فليس بالسكوت، بل بحكم الفراش القائم بالنكاح.

وأما سكوت المشتري عند البيع بعد إخباره بالعيب، فإن خيار العيب لا يثبت له إذا كان عالماً بالعيب عند الشراء فكيف يتصور سقوطه بالسكوت.

وأما سكوت أحد شريكي العنان فلأن الشركة عقد غير لازم، يستقل كل منهما بنفسه، فقلوه: إني أريد شراءها لنفسي رفض للشركة فيها، وهو لا يتوقف على قبول الآخر.

وأما سكوت الموكل بشراء معين، فلأن الوكيل يملك شراءه لنفسه بشرط إعلام الموكل وقد فعل، لأنه عزل لنفسه عن الوكالة، وهو لا يتوقف على القبول.

وأما سكوت من يرى غيره يشق زقه حتى سال ما فيه فلأنه لم يباشر الإلتاف لما فيه، بل باشر شق الزق فقط، وتلف ما فيه كان بسيلانه مع ترك المالك له، ولذا قيده بما إذا كان يمكن تداركه وإلا فيضمن.

وأما سكوت المديون إذا وهبه الدائن الدين أو أبرأه عنه فلأنه إسقاط والدائن يستقل به وأنه كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك.

وأما سكوت من حلف: لا ينزل فلاناً في داره، فكذلك ليست مما نحن فيه، لأن السكوت قام مقام الفعل وهو الإنزال، لا مقام القول.

### تنبيه آخر:

لا تدافع بين ما فرع على الجملة الثانية من هذه القاعدة من أن الأم لو دفعت أشياء من أمتعة الأب في جهاز بنتها والأب يعلم بذلك وهوساكت فليس له استرداد ذلك من بنته، وبين ما تقدم في القاعدة (٤٣) من أن الأب لو جهز ابنته ثم ادعى أنه عارية فالقول قول من يشهد له العرف، والبينة بينة

الأخر، فإنه يفيد أنه لو كان العرف يشهد للبنت بأنه تمليك وأقام الأب البينة على العارية تسمع ويسترد ما دفعه. وبيان عدم التدافع أن المراد هنا بعدم الاسترداد عدمه بمجرد اعتراف البنت أن الأعيان كانت ملك الأب الموجب ذلك للتسليم له، لا عدمه مطلقاً، فإن الأب إذا أقام البينة على صريح العارية وقت الدفع كان ذلك مقدماً على استفادة التمليك من دلالة العرف أو السكوت.

### تنبيه آخر:

من جملة ما فرع على قولهم: «السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان» سكوت القريب أو أحد الزوجين إذا رأى قريبه أو وزوجه يبيع شيئاً فإنه اعتراف منه بأنه لا حق له فيه مع أنه ليس هناك دلالة من الحال ولا ضرورة لدفع الغرر والضرر. وتفريعهم له على ما ذكر بناء على ما هو الاستحسان في الفرع المذكور، قطعاً للتزوير الممكن بين الأقارب أكثر من غيرهم. والقياس فيه أن لا يكون السكوت اعترافاً، وأن يكون مفرعاً على الجملة الأولى.

### تنبيه آخر:

قد ينسب إلى الساكت قول في غير معرض الحاجة للبيان أو ضرورة دفع الضرر والغرر. وذلك فيما بينى من الأحكام على العرف، كمسائل الأيمان فمن ذلك: مالو حلف: لا يظهر سر فلان، أوليتمكنه، أو حلف: لا يدل على فلان؛ فستل: هل كان سره كذا؟ أو هل فلان بمكان كذا؟ فأشار برأسه - أي: نعم - حنث في يمينه.

وكذلك لو حلف: لا يستخدم فلاناً، فأشار إليه بشيء من الخدمة حنث في يمينه، سواء خدمه أو لم يخدمه.

وإنما حنث في جميع ذلك لأن الأيمان تبنى على العرف، وهو في العرف يكون بذلك مفشياً سر فلان ومعلماً به (ر: الحموي على الأشباه، من كتاب الوصايا).

القاعدة السابعة والستون (المادة / ٦٨)  
 «دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه»

أولاً - الشرح

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فيحال الحكم عليه، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته، يعني أنه يحكم بالظاهر، وهو الدليل، فيما يتعسر الاطلاع عليه، وهو الأمر الباطني.

والظاهر أن المراد بالدليل هنا العلامة، كالتَّصْبُ التي وضعت لتدل على الإذن بالدخول أو على عدمه، كما تقدم في المادة / ١٣، لا ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، لأن ذلك ليس من الظاهر بل من القطعي الذي لا يتخلف.

ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل:

(أ) منها: أن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع، فداواه أو عرضه للبيع مثلاً كان ذلك رضا منه بالعيب.

(ب) ومنها إذا أوجب أحد المتعاقدين فتشاغل الآخر بما يدل على الإعراض من قول أو عمل بطل الإيجاب.

(ج) ومنها: أن الملتقط إذا أشهد حين الأخذ وعرفها كانت أمانة عنده لا تضمن، وإلا فهي غصب، لأن القصد لا يوقف عليه.

فمداواته أو عرضه للبيع في الفرع الأول دليل الرضا، والإشهاد والتعريف

في الفرع الثالث دليل قصد الرد على المالك، وقال أبو يوسف: لو لم يُشهد أو لم يعرفها فقال المالك: أخذتها لنفسك، وقال الآخذ: أخذتها لأردّها، فالقول قول الآخذ بيمينه، وهو المعتمد.

(د) ومنها: أن من رأى شيئاً في يد آخر يتصرف فيه تصرف المالك بلا معارض ولا منازع، وكان ممن يملك أمثاله مثله، جاز له أن يشهد له بأنه ملكه، لأن الملك من الأمور الخفية غير المشاهدة، وإنما تشاهد دلائله من وضع اليد والتصرف.

(هـ) ومنها: عدم سماع الدعوى فيما إذا تركها المدعي مدة مرور الزمن المقدرة بـ (٣٦) سنة في الوقف، وبـ (١٥) سنة في غيره.

وكذا لو كان حاضراً عقد البيع ثم شاهد المشتري يتصرف بالمبيع تصرف المالك في أملاكهم من هدم وبناء ونحوهما وهوساكت بلا عذر، وبعد ذلك جاء يدعي بأن هذا المبيع ملكه، فإن دعواه أيضاً لا تسمع وإن لم يمض عليها مرور الزمن. (ر: المادتين / ١٦٥٩ و ١٦٦٠ / من المجلة). لأن تركه الدعوى مدة مرور الزمن في المسألة الأولى، وسكوته في الثانية دليل عدم الحق الذي هو من الأمور الخفية.

(و) ومنها: القتل العمد، فإن قصد القتل لا يوقف عليه، فأقيم استعماله الآلة الجارحة مقام القصد والتعمد (ر: شرح المادة / ٢).

(ز) ومنها: إقامتهم الخلوة بالزوجة مقام الوطاء في إلزام الزوج كل المهر لأن الوطاء مما يخفى، والخلوة الصحيحة دليل عليه فأقيمت مقامه.

(ح) ومنها: أن العمال والحياة والتابعين لبيت المال ومتولي الأوقاف وكتبها إذا توسعوا في الأموال، وبنوا الأماكن، وتعاطوا أنواع اللهو كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة، فللحاكم حينئذ مصادرتهم بأخذ الأموال وعزلهم. فإن عرف خيانة أرباب الأوقاف في وقف معين رد المال إليه، وإلا وضعه في بيت المال (ر: الدر المختار، قبيل كفالة الرجلين).

فليُنظر إلى عدالة هذا الشرع المطهر، وحزمه وضبطه وسياسته الكافية الكافلة لسعادة الأمة.

(ط) ومنها: ردهم شهادة الأجير الخاص لمستأجره، وشهادة الآباء للأبناء، والزوج لزوجته، وعكسه. فقد أقاموا دليل الخيانة من الأموال في الفرع الأول (رقم ز)، ودليل المحاباة في الشهادة في الفرع الأخير، مقام الاطلاع على الخيانة والمحاباة حيث كانت الخيانة والمحاباة من الأمور الباطنة.

(ي) ومنها: ما لو دخل رجل معروف بالدعارة على رجل في منزله، فبادره صاحب المنزل فقتله وقال: إنه دخل علي ليقتلني، لم يجب القصاص حيث كان الداخل معروفاً بالدعارة (ر: معين الحكام، القسم الثالث، الفصل الثالث في الدعاوى بالتهم والعدوان).

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة:

— ما لو أدخلت المرأة حلماً ثديها في فم الرضيع ولم يُدر أدخل اللبن في حلقه أم لا؟ فإنه لا يحرم. (ر: ما تقدم في المادة / ٩).

\*\*\*



## القاعدة الثامنة والستون (المادة / ٦٩) «الكتاب كالخطاب»

### أولاً - الشرح

«الكتاب» المستبين المرسوم الصادر من الغائب «كالخطاب» من الحاضر. وكذا الإرسال؛ حتى إنه يعتبر فيها مجلس بلوغ الكتاب ومجلس أداء الرسالة. والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين، كالكتابة على الماء أو الهواء فإنها لا تعتبر.

والتقييد بالمرسوم، وهو ما كان فيه الخط والمخطوط عليه على الوجه المعتاد، ليخرج غيره:

أما الخط فبأن يكون معنوناً بقوله: «من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان». والظاهر أنه في زماننا يكفي أن يكون مذيلاً بإمضائه أو ختمه (كما تفيد المادة / ١٦٠٩) وأن ذلك يعني عن تصديزه بقوله: من فلان.

وأما المخطوط عليه فبأن يكون كاغداً، فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر أو على الكاغد ولكن لا على وجه الرسم فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه.

والتقييد بالغائب لإخراج الحاضر، فإن كتابته لا حكم لها.

ثم اعتبار مجلس بلوغ الكتاب إنما يظهر فيما يتوقف على القبول كالعقود، وفيما يقتصر على المجلس من غير العقود كتفويض الطلاق. أما فيما يتوقف على

العلم فقط كالوكالة فلا يظهر تقييده بالمجلس، بل يكفي فيه الاطلاع على ما في الكتاب. وأما فيما لا يفتقر إلى الاطلاع مما يستقل به الإنسان كالإقرار والطلاق والعتاق والإبراء، كما إذا كتب: امرأته طالق، أو عبده حر (بالإضافة إلى ياء المتكلم فيها) فإنه لا حاجة في ذلك إلى الاطلاع بل لا إلى الإرسال. ولا يتقيد بالغيبة، ويقع الطلاق والعتاق بمجرد الكتابة نوى أو لم ينو إذا كان مرسوماً. وكذلك لو كتب: إن الدين الذي لي على فلان ابن فلان أبرأته عنه صح وسقط الدين. وظاهره أنه يسقط بمجرد الكتابة أيضاً.

### ثانياً - التطبيق

ومن فروع هذه المادة الباب الرابع من كتاب الإقرار من المجلة، وبدؤه من مادة / ١٦٠٦ / إلى / ١٦١٢ / .

والفرق بين الكتاب والخطاب ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال: الكتاب أو الخطاب سواء إلا في فصل واحد، وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح، لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر. فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس التالي، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد. اهـ.

## القاعدة التاسعة والستون (المادة / ٧٠) «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»

### الشرح ، مع التطبيق

«الإشارة المعهودة» أي المعلومة المعتادة «للأخرس» الأصلي، بعضو من أعضائه كيده أو رأسه معتبرة «كالبيان باللسان» وقائمة مقامه في كل شيء غير الحدود والشهادة.

وذلك كالنكاح والطلاق والعتاق والبيع والإجارة والهبة والرهن والإبراء والإقرار والإنكار والحلف والنكول، وكذا القصاص في إحدى الروايتين، وفي أخرى: هو كالحدود والشهادة لا يثبت بإشارته.

ولا يشترط لاعتبار إشارته عدم علمه بالكتاب على المعتمد (كما في الأشباه، من أحكام الإشارة) فإذا كان عالماً بالكتابة فكتب ولم يشهد، أو أشار ولم يكتب فإنه يكون معتبراً، ولكن شرطوا لإيقاعه الطلاق أن يكون مقروناً منه بتصويت.

وكيفية تحليفه أن يقول له القاضي: عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا، فإذا أوماً برأسه نعم يصير حالفاً. ولا يقول له: بالله إن كان كذا، لأنه لو أشار برأسه بنعم يكون مقراً بالله لا حالفاً به. والظاهر أنه لا بد في تحليفه من إشارة مع اللفظ من القاضي أو جلوازه تفهمه أن ذلك تحليف له.

والاحتراز بالأخرس عن القادر على التكلم، فإن إشارته لا تعتبر إذا كانت مستقلة إلا في مسائل، منها: الإسلام، والكفر، والنسب، والإفتاء. وأما إذا

لم تكن مستقلة بأن استعان بها على تفسير لفظ مبهم في كلامه، كما لو قال لزوجته: أنت طالق هكذا (وأشار بثلاث مثلاً) فيقعن، بخلاف ما لو قال: أنت طالق (وأشار بثلاث) فإنه يقع واحدة.

والاحتراز بالأصلي عن العارض، وهو معتقل اللسان، فإنه لا تعتبر إشارته إلا إذا اتصل بعقلته الموت، أو دامت سنة، فحينئذ تعتبر إشارته المعهودة، وإلا فلا. اهـ.

\*\*\*

## القاعدة السبعون (المادة / ٧١) «يقبل قول المترجم مُطلقاً»

«يقبل قول المترجم» الواحد في الدعاوى والبيانات وما يتعلق بها «مطلقاً». أي في أي نوع كان منها، ولو في الحدود والقود.

شرائطه:

أولاً – يشترط أن يكون المترجم في الحدود والقود رجلاً، فلو كان امرأة لا يقبل.

ثانياً – ويشترط أن يكون المترجم مطلقاً ولو في غير الحدود عدلاً، فلو كان فاسقاً لا يقبل ولو كان أكثر من واحد. وكذا لو كان مستوراً، فإن خبره – كخبر الفاسق – لا يقبل وإن كان متعدداً إلا في عشر مسائل يكتفي فيها بأحد شطري الشهادة: العدد والعدالة، فيقبل فيها خبر المستورين كالفاسقين، وهي:

(١-٣) عزل الوكيل، والمتولي، والقاضي.

(٤) وحجر المأذون.

(٥) وفسخ الشركة.

(٦) وإخبار البكر بالنكاح.

(٧) وإخبار الشفيح بالبيع.

(٨) وإخبار المسلم الذي لم يهاجر بالشرائع.

(٩) وإخبار المشتري بالعيب.

(١٠) وإخبار السيد بجناية عبده.

(ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب القضاء، مسائل شتى).

فلو أخبر بهذه واحد عدل، أو اثنان ولو فاسقين يقبل.

ثالثاً - ويشترط أن يكون عارفاً باللغتين: المترجم عنها والمترجم إليها معرفة كافية، ليكون مأمون الخطأ.

رابعاً - ويشترط أن يكون بصيراً، لأنه لو كان أعمى لا يؤمن عليه اشتباه النعمات، فلا تقبل ترجمته عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف (ر: البحر، من كتاب الشهادات).

خامساً - ويشترط أن الحاكم غير عالم بلغة الخصوم، فلو كان الحاكم يعلم لغة الخصوم لا يقبل قول المترجم.

#### تنبيه:

جاء في حاشية الشرنبلالي على الدرر (في الشهادات من باب القبول وعدمه، عند الكلام على شهادة الأعمى) ما هو كالصريح في أن ترجمة الأعمى تقبل عند الكل. وظاهره أنها تقبل عند أبي حنيفة وأصحابه، وعزاه إلى الفتح، وهو مخالف لما نقلناه عن البحر من أنها لا تقبل عند أبي حنيفة. ولدى مراجعة الفتح وجدت عبارته (تحت قول الهداية: وقال زفر - وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى - : تقبل «أي شهادة الأعمى» فيما تجوز فيه بالتسامح، لأن الحاجة فيه للسمع ولا خلل في سمعه) هكذا: «وهو قول الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري، وتقبل الترجمة عند الكل» اهـ. وعبارته كما ترى ليست قطعية في أن المراد بالكل أبو حنيفة وأصحابه، بل الأقرب أن يكون المراد من «الكل» كل من عددهم هو من الشافعي ومن بعده، أو يراد بالكل ما يشمل الإمام ولكن بناء على الرواية التي حكاهما عنه صاحب الهداية، كما نقلناه عنه أعلاه.

#### تنبيه:

اتخاذ المترجم وقع قديماً في الجاهلية والإسلام. واستعمله النبي ﷺ، فإنه لما جاءه سلمان الفارسي رضي الله تعالى عنه ترجم يهودي كلامه فخان فيه فنزل

جبريل عليه السلام بذلك، فأمر النبي ﷺ زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه أن يتعلم العبرانية، فكان يترجم بها للنبي ﷺ.

### تنبيه آخر:

قبول ترجمة الواحد العدل هي إحدى المسائل الاثنتي عشرة التي لا يقبل فيها إلا خبر العدل ولو واحداً، نظم ابن وهبان منها إحدى عشرة في منظومته فقال:

ويقبل عدل واحد في تقوم وجرح وتعديل وأرش يقدر  
وترجمة والسلم هل هو جيد وإفلاسه، الإرسال، والعيب يظهر  
وصوم على ما مر، أو عند علة وموت إذا للشاهدين يخبر  
والثانية عشرة: أمين القاضي إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر  
إحضارها (ر: الدر المختار، الشهادات).

ونظم بعضهم ست مسائل يصح أن يشهد بها من غير أن يراها ويقف عليها فقال:

افهم مسائل ستة وأشهد بها من غير رؤياها وغير وقوف  
نسب، وموت، والولاد، وناكح، وولاية القاضي، وأصل وقوف  
تنبيه آخر:

تارة لا يشترط في الإخبار عدد ولا عدالة، وذلك فيما لا إلزام فيه، كالإخبار بالوكالة فإنها تثبت بإخبار واحد حراً كان أو عبداً، عدلاً أو فاسقاً، صيباً أو بالغاً، صدقه الوكيل أو كذبه (ر: أحكام الصغار، مسائل الوكالة، صفحة / ٢٨٠) خلافاً لما نقله في رد المحتار (من كتاب الشهادات) عن غاية البيان من تساوي الإخبار بالتوكيل والإخبار بعزل الوكيل، في أنه يشترط تصديق المخبر إذا كان فاسقاً، مع أن الإخبار بالتوكيل لا إلزام فيه، فإن الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به، والإخبار بالعزل فيه إلزام الوكيل بالامتناع عن التصرف وهو حجر عليه. فلذا شرط فيه - كبقية المسائل العشر - العدد أو العدالة، لما فيها من الإلزام أيضاً. وكالإخبار بطريق الرسالة ولو فيما فيه إلزام

كالمسائل العشر المتقدمة، فإنه لا يشترط فيه أيضاً عدد ولا عدالة (ر: الدرّ وحاشيته ردّ المحتار، كتاب الشهادات).

وتارة يشترط في الإخبار أحد شطري الشهادة: العدد والعدالة وذلك كالمسائل العشر المتقدمة، وتارة تشترط العدالة عيناً، وذلك كما في المسائل الاثني عشرة المتقدمة أيضاً نظماً ونثراً، وتارة يشترط العدد والعدالة، ولفظ الشهادة. وذلك كما إذا عاين الشاهدان نكاحاً أو عاينا بيع عبد، أو جريمة قتل، أو عاينا واحداً يتصرف في شيء تصرف الملاك، فلما أرادا أن يشهدا شهد عندهما عدلان بأن الزوج طلق الزوجة ثلاثاً، أو أن البائع أعتق العبد المبيع قبل البيع، أو أن ولي القصاص عفا عنه بعد القتل، أو أن الشيء المتصرف به هو لفلان آخراً. فلا يجزئ لهما أن يشهدا بشيء من ذلك. ويشترط في إخبار العدلين لهما بذلك لفظ الشهادة، ذكر ذلك في الفتاوى البزازية (في كتاب الشهادة عند قوله: «ولا يشترط في المخبر بالموت لفظ الشهادة»).

وتارة يشترط العدد والعدالة، ولكن بدون لفظ الشهادة. كما لو ادعى الزوج الإعسار، والزوجة يساره، فالقول قول الزوج والبينة بينتها، ولا يشترط في هذه البينة لفظ الشهادة (ر: رد المحتار، من كتاب النفقات، قبيل قول المتن: «ولوله أولاد لا يكفيه خادم واحد»).

وكما لو أخبر اثنان من الورثة بوارث، فإن كانا عدلين شاركهما وشارك البقية من الورثة المنكرين، حتى إنه يطالبه بديون الميت، أما لو كان المخبر واحداً فإنه يشاركه في حصته فقط (ر: الدر ورد المحتار، من فصل ثبوت النسب).

وكما لو وقع التخاصم في كفاءة الزوج بينه وبين ولي الزوجة، فأقام الولي شاهدين بعدم الكفاءة، أو أقام الزوج شاهدين على الكفاءة، فإنه لا يشترط في كلا الشاهدين لفظ الشهادة (ر: رد المحتار، كتاب النكاح، من باب الولي، قبيل قول المتن: «ولا تجبر البالغة البكر على النكاح»).

وكما في التركيبة العلنية، فإنه يشترط لها جميع شروط الشهادة إلا لفظ الشهادة إجماعاً، كما يستفاد مما نقله في رد المحتار من كتاب الشهادات عن البحر عند قول المتن: «كفى واحد للتركية».

## القاعدة الحادية والسبعون (المادة / ٧٢) «لا عبرة بالظن البين خطؤه»

### أولاً - الشرح

«لا عبرة» أي لا اكتراث ولا مبالاة «بالظن البين خطؤه» بل يلغى ويجعل كأن لم يكن، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال، أو كان خفياً ثم ظهر بعد، كما سيوضح من الفروع الآتية:

### ثانياً - التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة:

(أ) ما لو أقر بالطلاق بناءً على إفتاء المفتي له بالوقوع ثم تبين عدمه لم يقع ديانة.

(ب) ومنه: ما لو تكلمت زوجته فقال: هذا كفر، وحرمت عليّ. ثم تبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر لا تحرم.

(ج) ومنه: ما لو ادعى أن له عليه ديناً أو حقاً فصالحه عنه على بدل. ثم تبين أن الدين لم يكن عليه أو أن الحق لم يكن ثابتاً كان له أن يسترد البديل، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الصلح لا عن إقرار وأن يكون تبين عدم ثبوت الدين أو الحق بغير إقرار المدعي قبل الصلح بأنه لا حق له قبله. فلو كان الصلح عن إقرار أو أثبت المدعى عليه أن المدعي كان أقر قبل العقد الصلح أنه ليس له على المدعى عليه دين أو حق فإنه لا يبطل الصلح ولا يسترد المدعي

عليه البدل، لأنه يحتمل أنه لم يكن موجوداً عند الإقرار ثم وجد بعده وصولح عنه فليُنظر في المحل الذي حررنا فيه هذا الحكم من شرح القواعد، هو المذكور في شرح القاعدة الرابعة: «اليقين لا يزول بالشك».

(د) ومنه: ما لو ظن أن للآخر عليه ديناً فقضاه إياه ثم تبين له عدمه رجع بما دفع.

(هـ) ومنه: ما لو دفع نفقة فرضها القاضي عليه. ثم تبين عدم وجوبها رجع بها.

(و) ومنه: ما لو ادعى عليه ألفاً مثلاً، فقال المدعى عليه للمدعي: إن حلفت أنها لك عليّ أدّيتها لك، فحلف، فأداها له المدعى عليه ظناً منه أنها لزمته بحلف المدعي استردها منه.

(ز) ومنه: ما لو أتلّف مال غيره يظنه ماله ضمنه. (ر: المادة / ٩١٤ / من المجلة).

(ح) ومنه: قول الفقهاء المشهور: كل من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه فله استرداده قائماً، أو استرداد مثله أو قيمته هالكاً، كما لو دفع الأصيل الدين بعد أن دفعه وكيله أو كفيله وهو لا يعلم، فإنه يسترده. وكذا لو دفع الوكيل أو الكفيل وكان الأصيل قد دفع فإنه يسترد. وكذا لو دفع الكفيل الدين ثم تبين له فساد الكفالة فإنه يرجع بما دفع، وذلك كما لو كان لاثنين على آخر دين مشترك، فكفل أحدهما لصاحبه نصيبه من الدين لم تجز تلك الكفالة. فلو دفع نصيب صاحبه فإنه يرجع عليه (ر: الفصل / ٣٠ / من جامع الفصولين صفحة / ٧٢). وكذا لو كفل وكيل البيع الثمن لموكله لم تجز تلك الكفالة، فلو دفع الثمن لموكله رجع عليه به (ر: الفصل / ٣٠ / من جامع الفصولين، صفحة / ٧٣). وأما إذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب، بل كان تبرعاً، بأن كان على وجه الهبة أو الصدقة فلا رجوع، إلا في الهبة إذا كان الموهوب قائماً بشروطه. ولو كان الدفع لا على سبيل التمليك كان وديعة فيسترد.

(ط) وما يتفرع عليها ما لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره فأخذه على ظن أنه له ضمن، لما مر (أي من أنه أخذ ثوباً بلا أمر ربه) والجهل فيه ليس بعذر (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، من بحث ضمان القصار، الجلد الثاني، صفحة / ١٨٢). وكذا ما في المحل المذكور عقب ما تقدم: طلب ثوبه من قصار، فقال: دفعت ثوبك إلى رجل ظننت أنه ثوبه، ضمن القصار، كثيابي حمام سلم إليه رجل ثيابه ليحفظها، فقال الثيابي: خرج رجل ولبس ثيابك فظننت أنها له ضمن.

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة:

— ما لو دخل رجل الحمام وقال للحمامي: احفظ الثياب، فخرج ولم يجد ثيابه، فقال الحمامي: إني رأيت أحداً رفع ثيابك إلا أنني ظننت أن الرافع أنت، لا يضمن، إذ لم يترك الحفظ لما ظن أن الرافع هو (ر: جامع الفصولين، الفصل / ٣٣ / في أحكام ضمان الحمامي والثيابي - ملخصاً). لكنه ذكر بعد ذلك أن الضمان هو الأصح، فيكون عدم الضمان على مقابله (ر: صفحة / ١٨٧ / من جامع الفصولين).

### تنسيبه:

خرج عن هذه القاعدة مسألة، وهي: ما إذا اشترى منقولاً فجاء آخر وطلبه بالشفعة وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول فدفعه له وقبض منه الثمن. ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول لا يملك استرداده وانعقد بيعاً بالتعاطي.

\*\*\*



## القاعدة الثانية والسبعون (المادة / ٧٣) « لا حجة مع الاحتمال »

### أولاً - الشرح

« لا حجة » أي لا برهان مقبول ولا احتجاج مسموع « مع » قيام « الاحتمال » وانتصابه على أن ما قامت عليه الحجة ليس خالياً من التهمة، فإن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله (ر: تأسيس النظر صفحة / ١٩). لكن هذا في الاحتمال الناشئ عن دليل.

### ثانياً - التطبيق

مثلاً: لو أقر أحد لأحد ورثته بدين أو عين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة ولو في حياة المورث، أو يميزوه بعد موته. وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند إلى دليل، وهو كونه في المرض.

ونظير ذلك: ما لو وكل آخر بشراء شيء فشراه ولم يبين أنه شراه لنفسه أو لموكله، ثم بعد أن تلف المشرى بيده أو حدث به عيب قال: إني كنت شريته لموكلي، لا يصدق.

وكذلك لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله، أو اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح فيهما.

وكذلك لو باع الوكيل بالبيع مال موكله، ولو بضمن المثل، ممن لا تقبل

شهادتهم له كأبويه وأولاده وزوجته بدون تفويض من الموكل (ر: المادة / ١٤٨٦ و١٤٨٨ و١٤٩٦ و١٤٩٧ / من المجلة).

وكل ذلك لتمكن احتمال التهمة في فعل الوكيل، وقيام الدليل على ذلك الاحتمال «وهو أن يكون الحامل له في الفرع الأول على طرحه على الموكل هلاك المبيع أو تعييبه، وفي بقية الفروع حب الأثرة الحامل على المحاباة لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته له».

ومنه: ما لو باع المريض (مرض الموت) ماله من وارثه، ولو بأضعاف قيمته، لم يجز عند أبي حنيفة، إلا أن يجيز الورثة، لأنه متهم، لجواز أنه أراد إيثاره على سائر الورثة بعين من أعيان ماله.

ومنه: ما لو أقرّ المريض لامرأته بأنه كان طلقها في صحته وانقضت عدتها، وصدقته المرأة، ثم أوصى لها بوصية، أو أقر لها بدين، ثم مات، فلها الأقل من الميراث ومبلغ الوصية أو الدين المقر به عند أبي حنيفة، للدليل احتمال التهمة في إقراره.

ومنه: ما لو باع شيئاً وسلمه، وقبل أن يقبض ثمنه اشتراه من لا تقبل شهادته له من المشتري بأقل من الثمن الأول. لا يجوز شراؤه عند أبي حنيفة، لقيام دليل التهمة في ذلك.

ومنه: ما لو شهد الوصي الوارث الكبير بدين على الميت لا تقبل شهادته عند أبي حنيفة، لمكان التهمة (ر: تأسيس النظر، للدبوسي، وفيه فروع أخر تنظر هناك).

أما إذا لم يكن ذلك الاحتمال ناشئاً ولا منبعثاً عن دليل، بل عن مجرد توهم وحس، فلا يقاوم الحجة ولا يقوى على معارضتها، إذ لا عبرة بالاحتمال إذا لم يكن ناشئاً عن دليل (ر: توضيح التنقيح، لصدر الشريعة، من بحث العام). وذلك بأن كان الإقرار في مثال المادة واقعاً في حال الصحة جاز، واحتمال إرادة المقر حرمان سائر الورثة حينئذٍ من حيث إنه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجية الإقراراه.

## القاعدة الثالثة والسبعون (المادة / ٧٤) «لا عبرة للتوهم»

### أولاً - الشرح

«لا عبرة للتوهم» أي لا اكتراث به ولا يبنى عليه حكم شرعي، بل يعمل بالثابت قطعاً أو ظاهراً دونه.

فلو أثبت الورثة إرثهم بشهود قالوا: لا نعلم له وارثاً غيرهم يقضى لهم، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزحمهم، لأنه موهوم.

وكذلك لو أثبت الغرماء ديونهم بشهود قالوا: لا نعلم له غريباً غيرهم فإنه يقضى لهم في الحال، ولا عبرة لما عساه يظهر من الديون، لأنه وهم مجرد.

وكذلك لو كان للدار المبيعة شفيعان، غائب وحاضر، وطلب الحاضر الشفعة، فإنه يقضى له بها عند تحقيقها، ولا يتأخر حقه لما عساه يحدث من طلب الشفيع الآخر عند حضوره، لأنه موهوم.

وكذلك لو كان لزيد جدار ملاصق لدار جاره فأراد أن يفتح فيه كوة فوق قامة الرجل فله ذلك، وليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء، لأنه موهوم.

وكذلك لم يجوزوا الرهن بالدرك (كما في رهن «الدر» وغيرها) لأن استحقاق المبيع أمر موهوم. بخلاف الرهن بالدين الموعود فإنه صحيح ويضمن ضمان الرهن (ر: الدر المختار وغيره، كتاب الرهن) لأن الدين الموعود ليس

موهوماً بل متوقع الحصول، فكذلك المشتري بخيار لو أعطى بالثمن رهناً جاز (ر: جامع الفصولين، الفصل الخامس والعشرين، صفحة / ٣٣٣). وذلك لأن الإجازة متوقعة الحصول لا متوهمة.

وكذلك إذا قامت البينة المعدلة على أحد بحق وجب الحكم بها فوراً لذي الحق ويفسق الحاكم بتأخيره (كما في أوائل كتاب الشهادات من الدر وغيره) وإن كان من المحتمل كذب الشهود والمعدلين، لأن هذا احتمال مجرد توهم لا دليل عليه.

وكذلك يكتفى في تعريف الشهود عليه إن كان غائباً عن مجلس الحكم بذكر اسمه واسم أبيه وجده، واحتمال مشاركة سواه له في اسمه واسم أبيه وجده مجرد توهم لا عبرة له.

التوهم: هو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه. والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع ولذلك لا يعمل في تأخير حق صاحب الحق، لأن الثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم، بخلاف المتوقع فإنه كثير الوقوع، فيعمل بتأخير الحكم، كما جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب، وما ذاك إلا لأنه متوقع بخلاف غيرهم.

وكما إذا ادعى ديناً على ميت بمواجهة أحد الورثة فأقر الوارث، أو ادعى ديناً بوكالة أو وصاية، فأقر المدعى عليه بالوكالة أو الوصاية. أو ادعى المستحق على المشتري العين المبيعة أنها ملكه، فأقر المشتري له بالملك جاز تأخير الحكم إلى إقامة البينة، دفعاً للضرر المتوقع بإنكار الموكل الوكالة أو الوارث الوصاية، ولأجل التعدي على المدعى عليه من المدينين، ولأجل التعدي لبقية الورثة في دعوى الدين على الميت، وللتعدي للبائع وتمكن المشتري من الرجوع عليه في دعوى الاستحقاق، لأن الإنكار متوقع.

لا تكرر فيما يظهر بوضع هذه المادة بعد المادة / ٧٢ / فإن (الظن) هو إدراك الطرف الراجح، و(الوهم) إدراك المرجوح، ولكن يمكن أن يقال: إن

حكم هذه يفهم من تلك بالأولى. وليس كذلك لأن المادة / ٧٢ / موضوعة فيما إذا تبين خطأ الظن فجزم بعكسه فلا يفيد حكم هذه بالأولى.

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه المادة:

(أ) ما لو دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام. (ر: الدر المختار، آخر متفرقات كتاب البيوع).

(ب) وكذلك لو ادعى ثمين أو ثلاثة أثمان بسبب بيع هذا الشيء منه لا يجب إلا ثمن واحد وإن احتمل أنه باع ثم اشترى ثم باع، فإنه لا يعتبر هذا الاحتمال (ر: جامع الفصولين، الفصل الموفى عشرين ج / ١ صفحة ٢٣٠).

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن القاعدة المسطورة ما لو استأجر مبانته لإرضاع ولده منها، ثم تزوجها، لا تبطل الإجارة وإن كانت لم يبق لها من فائدة متيقنة، وذلك لأن الحكم (أي حكم العقد) وهو هنا لزوم الأجر للمستأجر، وإن كان لا يثبت ابتداءً بوهم الفائدة<sup>(١)</sup> لكنه يبقى ما بقي توهم الفائدة، وتوهم الفائدة هنا ثابت بأن يطلقها بعد ذلك فتظهر حينئذٍ فائدتها (ر: أحكام الصغار، آخر مسائل الإجارة).

ومن هذا القبيل ما لو انهدم بناء الدار المأجورة كله فإن الإجارة لا تبطل وإن سقطت الأجرة، لأن توهم الفائدة بإعادة البناء ثابت. حتى لو بناها المؤجر والمدة باقية لم تنقض بعد ظهور فائدتها ولزمت المستأجر الأجرة لما بقي من المدة (ر: البدائع، كتاب الإجارة، وغيره).

(١) وذلك كما إذا استأجرها لإرضاع ولده منها وهي زوجته لا تصح الإجارة بناء على توهم ثبوت فائدة لها، بأن يطلقها فتصبح أجنبية عنه، ولكن لو استأجرها وهي مطلقة ثم تزوجها لبقاء العقد توهم ثبوت الفائدة بأن يطلقها بعد ذلك.

ويتفرع عليها: ما لو آجر مشاعاً فإنه لا يصح سواء كان يقبل القسمة أو لا. ولكن لو طرأ الشيوخ بعد العقد بأن آجر عقاراً بتمامه ثم استحق جزء منه شائع أو تفاسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه تبقى الإجارة في الباقي وإن كان شائعاً.

وخرج عنها أيضاً ما في حاشية الرمي على جامع الفصولين (من الباب الرابع والعشرين صفحة / ٣١٧ نقلاً عن المجتبى) من أن المشتري من الفضولي لو دفع الثمن له على رجاء إجازة المالك، ثم أراد استرداده منه لم يملك ذلك. اهـ. أي لم يملك استرداده قبل أن يفسخ المالك البيع، فقد منعه عن استرداد الثمن مع أن الإجارة موهومة الحصول.

ومن هذا القبيل منعهم أن يرجع الباعة بعضهم على بعض الثمن (إذا ظهر المبيع مستحقاً) قبل أن يفسخ المستحق البيع أو يقضي القاضي بالرجوع بالثمن، لأنه بالاستحقاق ظهر أن عقود الباعة كانت بالفضول وأنها تقبل الإجارة. وفي عقد الفضولي لو دفع المشتري الثمن له لا يملك الاسترداد قبل انفساخ العقد فإلم ينتف احتمال الإجازة بفسخ المستحق أو بقضاء القاضي بالرجوع لا يرجع الباعة بالثمن. (ر: رد المحتار، من الاستحقاق).

وخرج عنها أيضاً ما لو دفع المديون الدين إلى فضولي على رجاء أن يميز المالك فليس له أن يسترده منه لاحتمال الإجازة (انتهى ملخصاً، ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع والثلاثين، صفحة / ٢٠١ برمز فتاوى رشيد الدين ويرمز المنتقى). ثم رمز للهداية بأن له أن يسترده منه، ولا يقوى كلام الهداية على معارضة كلام المنتقى لأنه من كتب ظاهر الرواية، والوجه يشهد له أيضاً، فإن الفضولي قبض فضولاً عن الدائن رجاء الإجازة منه لقبضه ولم يقبض بطريق الوكالة عن المديون ليدفع إلى الدائن، ولو كان قبضه بطريق الوكالة عنه لم يكن فضولياً، فحيث كان قبضه عن الدائن رجاء الإجازة لم يكن للدافع حق استرداد ما دفعه إليه. هذا ما ظهر لي.

## القاعدة الرابعة والسبعون (المادة / ٧٥) «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان»

### الشرح مع التطبيق

«الثابت بالبرهان» المراد به ما عليه اصطلاح الفقهاء، وهو البينة الشخصية العادلة «كالثابت بالعيان» وهو المشاهدة. فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته، لأن البينة كاسمها مبينة، فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلاً يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة.

وكذلك إذا ثبت الدين المدعى أو البيع أو الكفالة أو الغصب أو الملك مثلاً بالبينة، فإنه يحكم به بمنزلة ما إذا شوهد بالحس.

### تنبيه:

يفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة في شيء واحد، وهو أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البينة عليه ولا على الإقرار، كما إذا ادعى على آخر أنه قتل مورثه، وهو حي، أو أنه قطع يده، وهي قائمة، بخلاف ما كان أمراً منقضياً وثبت بالبينة، فإنه تسمع دعوى ما يخالفه. كما إذا ادعى عليه ديناً مثلاً فأثبت بالبينة فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بأن لا شيء له عليه تسمع.

### المستثنى

يستثنى من القاعدة: ما لو أنكر المدعى عليه المال وحلف بالطلاق على

ذلك، فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراضه له لم يحنث (ر: جامع الفصولين، آخر الفصل الرابع عشر). وقد وقع في جامع الفصولين: «شهدا بإقراره» وهو غلط من الطبع، وصوابه: «بإقراضه». ووجه الفرع أنه بالشهادة على الإقراض لم يتحقق قيام الدين حين الحلف، كما يعلم من المحل المذكور. انتهى.

\*\*\*

## القاعدة الخامسة والسبعون (المادة / ٧٦) «البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر»

### الشرح مع التطبيق

«البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» هذا لفظ حديث نبويّ شريف ، رواه الترمذي والبيهقي .

والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف ، لأنه يدعي خلاف الظاهر ، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف ، والحجة القوية هي البينة . وجانب المدعى عليه قوي ، لأن الأصل عدم المدعى به ، فاكفني منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين .

وهذا أصل لا يعدل عنه ، حتى لو اصطلاح المتخاصمان على أن المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال ، وحلف المدعي لم يضمن خصمه .

وتحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ لا يعمل به ، ولكن لما غلب الفسق في زماننا اختار القضاة استحلاف الشهود لتحصيل غلبة الظن ، فلا ترد اليمين على مدّعٍ ، ولا يقضى بشاهد ويمين عندنا ، خلافاً لسيدنا الإمام الشافعي فيهما .

ثم إن التحليف يكون بالله تعالى ، ولكن يحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى ، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، والمجوسي بالله الذي خلق النار . فلا يحلف المسلم بالطلاق ولا بالله ما هي زوجته إلا في مسألة واحدة ، وهي ما لو ادعت امرأة على رجل نكاحها وأنكر فإنه يحلف بالله

ما هي زوجة له، وإن كانت زوجة له فهي طالق بائن. قالوا: وإنما حلفناه بالطلاق، لجواز أن يكون كاذباً في الحلف، فلولم يحلف بالطلاق تبقى المرأة معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، فلا تتمكن من التزوج بآخر، لأن جحود النكاح ليس بطلاق (ر: جامع الفصولين، الفصل العشرين، والرابع عشر من نكاح البزازية).

### تنبيه:

يشترط للقضاء بالبيّنة حضور الخصم بنفسه، أو حضور نائب عنه عند أداء الشهود الشهادة إذا كان الخصم تحت ولاية الحاكم، وإذا لم يكن تحت ولاية الحاكم فسمعتها وكتب بها للحاكم الذي كان المدعى عليه تحت ولايته، فيشترط للقضاء بها تلاوتها من طرف الحاكم المكتوب إليه على المدعى عليه أو نائبه، لأنه لا يقضى على غائب ولا له من غير حضوره أو حضور نائب عنه (ر: الدر المختار باب كتاب القاضي إلى القاضي) إلا في بعض مسائل تسمع فيها البيّنة بدون حضور الخصم ولا حضور نائب عنه.

ومنها: ما لو اشترى منقولاً، وقيد بالمنقول إذ العقار لا يبيعه القاضي (الدر المختار، من المحل المذكور سابقاً)، وغاب قبل أن ينقد ثمنه ويقبضه وجهل مكانه فأقام بائعه بيّنةً شهدت لدى الحاكم بذلك فإن الحاكم يبيعه ويدفع للبائع الثمن، فإن زاد شيء حفظه للمشتري، وإن نقص شيء يبقى ديناً على الغائب يستوفيه البائع منه إذا ظفر به (ر: الدر المختار، من متفرقات كتاب البيوع) وذكر في معين الحكام، قبيل فصل في الشهادة في الوصية بعد الموت، أن القاضي يستوثق من البائع بكفيل. ونقل في رد المحتار عن البحر توجيه القضاء بالبيّنة هنا من غير حضور الخصم بأن السلعة في يده وقد أقر بها للغائب على وجه تكون مشغولة بحقه. انتهى. ثم قال: قال في الخامس من الفصولين (رمز له في جامع الفصولين بعلامة الفتاوى الصغرى للصدر الشهيد): الخصم شرط لقبول البيّنة لو أراد المدعي أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئاً أما إذا أراد أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب في يده، فلا يشترط ولا يحتاج لوكيل لهذه المسألة.

وكذا لو استأجر إبلًا إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء ومات رب الإبل في الذهاب فانفسخت الإجارة فله أن يركبها ولا يضمن، وعليه أجرتها إلى مكة فإذا أتاها ورفع الأمر إلى القاضي فرأى بيعها ودفع بعض الأجر إلى المستأجر جاز. وعلى هذا لورهن المديون وغاب غيبة منقطعة، فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي لبيع الرهن ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين. انتهى، وأقره في البحر (انتهى كلام رد المحتار). أقول: وأقره في نور العين أيضاً.

وظاهره أنه في المسألتين (مسألة استئجار الإبل، ومسألة الرهن) لا بد من إقامة البينة لدى القاضي على ما ذكر ليجيبه القاضي إلى طلبه كما في المسألة الأولى. ثم هذه البينة إنما تقام لأجل القضاء على الغائب، بل لنفي التهمة وانكشاف الحال (ر: رد المحتار، من المحل المذكور عن الزيلعي).

ومن هذا القبيل ما جاء في الدر المختار وحاشيته، من خيار الشرط - عند قول المصنف والشارح: «فإن فسخ» بالقول «لا» يصح «إلا إذا علم»، نقلاً عن العيني - من أن البائع إذا غاب ولم يعلم بالفسخ فإن المشتري بالخيار يرفع الأمر للحاكم لينصب عن البائع الغائب من يرد عليه المبيع. ونقل في رد المحتار - تحت هذا - عن العمادية أن هذا أحد قولين، وقيل: لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ وكيل منه ليرد عليه. انتهى موضحاً. وظاهر كلام العمادية اختيار القول الأول، وهو الذي جزم به العيني.

ومن هذا القبيل أيضاً ما جاء في خيار العيب من التنوير وشرحه، نقلاً عن الدرر ما لفظه: (ظهر عيب بمشري) البائع (الغائب) وأثبتته (عند القاضي فوضعه عند عدل) فإذا هلك (هلك على المشتري إلا إذا قضى) القاضي (بالرد على بائعه) لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر. انتهى. لكن كتب في رد المحتار، تحت قول الشارح ينفذ على الأظهر، ما لفظه: (أي لو كان القاضي يرى ذلك، كشافعي ونحوه، بخلاف الحنفي، كما حرره في البحر وقدمناه في كتاب المفقود، وسيأتي تمامه في القضاء) انتهى. وكتب الخادمي محشي الدرر، نقلاً عن المنح، نظير ما كتبه في رد المحتار نقلاً عن البحر الذي هو مأخذ

صاحب المنح أيضاً، فإن متنه التنوير وشرحه المنح مأخوذان من بحر شيخه ابن نجيم، ولم أر ذلك صواباً، فإن الذي حرره في البحر من كتاب القضاء، وكذا ما قدمه محشي الدر المختار في المفقود، وما وعد به في كتاب القضاء إنما هو في مطلق القضاء على الغائب بلا خصم عنه حاضر، لا في خصوص فرع الرد بالعيب على الغائب الذي هو موضوع البحث، بل أرى أن الصواب أن يكون القضاء بالرد على الغائب بحكم خيار العيب في الفرع المذكور نظير فرع القضاء بالرد على الغائب بحكم خيار الشرط المذكور آنفاً، وأن يكون كلا الفرعين جارياً على مذهبنا أيضاً كبقية الفروع المسوقة أول التنبيه، وليس خاصاً بمذهب من يرى إطلاق جواز القضاء على الغائب كما قاله المحشيان، محشي الدر ومحشي الدرر المذكور، فإن المعنى الذي في فرع الرد على الغائب بخيار الشرط، وهو دفع الضرر عن المشتري لثلا يدخل في ملكه ما لا يلائمه من غير رضا منه، موجود نظيره في فرع الرد على الغائب بخيار العيب، فإننا إذا لم نملكه من الرد على البائع لغيبته فات عليه المقصود من الملك إلى أجل غير معلوم، إذ لا يمكنه والحالة هذه سوى إمساكه مضموناً عليه إلى أن يحضر البائع (وحضوره موهوم) من غير ارتفاق به باستيفاء شيء من منافعه أو بيعه والانتفاع بثمنه، لأنه إن فعل شيئاً من ذلك لزمه المبيع بعيه من غير رجوع بنقصان العيب، وهذا ما لا يرتضيه الشرع.

وهكذا قررت في الدرس حين مروري بهذه القاعدة، ثم في أثناء إحدى تدريساتي للدرر ومروري بخيار العيب رأيت في حاشية المولى عبدالحليم على الدرر عند الكلام على فرع القضاء بالرد على الغائب بخيار العيب ما لفظه: «تصوير القضاء بالرد عليه ينبغي أن يكون هكذا: نصب القاضي وكيلاً مسخراً على الغائب، فسمع دعوى مدعي العيب، فأثبت المشتري الشراء والعيب وطلب الوكيل التحليف بأنه ما رضي به أو أبرأه عنه فحلف فقضى القاضي بالرد على البائع، ثم وضعه عند الوكيل المسخر لوعداً أو عند غيره. ويدل عليه ما سبق عن الخانية في خيار الشرط من أن القاضي ينصب خصماً عمن عليه الخيار ليرد عليه» انتهى بلفظه. وهو موافق لما فهمته والله الحمد.

تنبيه آخر:

إن البينة لا تقام إلا على خصم جاحد، إلا ما استثني كما هو مرسوم فيما كتبناه على المادة / ٧٨ / الآتية. انتهى.

تنبيه:

جاء في المادة / ١٧٦٩ / من المجلة في بحث ترجيح البيئات ما لفظه: إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح إن أثبت فيها وإلا يحلف. انتهى. ولا شك أن هذا الحكم - كما قال الأستاذ المحاسني في شرحه على المجلة - عام في مسائل ترجيح البيئات. انتهى. وذلك لأن الطرف المرجوح فيها يدعي كما يظهر من تتبع فروعها أمراً وجودياً تقام عليه البينة.

ومن هذا القبيل ما نصوا عليه من أن البينة تقام لإسقاط اليمين. ومثلاً له برد الوديعة والعارية لو ادعاه المودع والمستعير وأنكره المالك وكلف مدعي الرد اليمين، فأقام بينته على الرد تندفع عنه اليمين، وما ذاك إلا لكون ما يدعيه من الرد أمراً وجودياً تمكن إقامة البينة عليه.

ومثله فيما يظهر ما لو ادعى المشتري أن ثمن العقار كان كذا، وادعى الشفيع أقل منه وعجز عن إثبات ما ادعاه وطلب يمين المشتري على أن الثمن كان كما ادعى من الأكثر فإن له تحليفه (ر: الدرر، كتاب الشفعة). فلو أراد المشتري أن يقيم بينة على ما ادعاه لدفع اليمين فالظاهر أنه يقبل منه ذلك، ثم لا يمكن أن يدعى أن جواز تكليف المدعى عليه البينة عند عجز المدعي عنها، وأن إقامة البينة لإسقاط اليمين أمر عام في سائر الدعاوى والخصومات أيضاً كانت، بل هو خاص - فيما يظهر ظهوراً واضحاً - بما إذا كان ما يزعمه المدعى عليه أمراً وجودياً. فلو كان نفياً محضاً، كما لو ادعى عليه ديناً أو غصباً أو عقداً مثلاً فأنكره وعجز المدعي عن البينة وطلب تحليفه فإنه لا تقام البينة هنا من طرف المدعى عليه على ما يزعمه من عدم شغل ذمته بالدين أو عدم غصبه أو عدم وجود العقد بينهما لإسقاط اليمين عنه لكون ما يزعمه نفياً محضاً. على أن ما نصوا عليه من أن البينة تقام لإسقاط اليمين ليس عاماً في كل الدعاوى التي

يكون المدعى عليه فيها يدعي أمراً وجودياً، بل هو خاص بغير الغصب. فلو ادعى المالك أن قيمة المغصوب كذا، وادعى الغاصب أن قيمته كذا (لمبلغ أقل منه) وعجز المالك عن إقامة البينة على مدعاه وطلب يمين الغاصب على نفي دعواه فأراد الغاصب أن يقيم البينة على أن قيمته كما زعم هو، لا تسمع منه على الصحيح مع أن ما يدعيه أمر وجودي. فقد كتب الشرنبلالي في حاشيته على الدرر (أوائل فصل «غيب ما غصبه» من كتاب الغصب) ما لفظه:

(قوله: إن برهن المالك «أي على الزيادة التي يدعيها في قيمة المغصوب» قبل، وإلا صدق الغاصب بيمينه في نفي الزيادة) يشير إلى عدم قبول بينة الغاصب، وبه صرح في النهاية؛ قال: لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل. قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه كالمودع على رد الوديعة. وكان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله تعالى يقول: هذه المسألة عدت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه وهو الصحيح. وكتب المولى عبدالحليم، تحت قول الدرر: «وإن برهن المالك قبل وإلا صدق الغاصب» ما لفظه: أشار به إلى أن الغاصب لو برهن على قيمته فللمالك أن يحلفه ولا يقبل برهانه، كما في الخلاصة نقلاً عن الأصل. وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن يقبل لإسقاط اليمين، كالمودع إذا رد الوديعة فإن القول قوله مع اليمين، ولو برهن على ذلك قبل، وكان القاضي أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عندي مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح، وقد رد الفرق بعض المحققين وصحح القياس عليه، ومنهم من رد الرد. أقول: في مثل هذا العمل بالرواية، وهي ما في الخلاصة، وقد سبق نظائره. انتهى. ولم يبق بعد تصحيح القاضي النسفي مقال لقائلٍ.

والظاهر أن ما قيل في الغصب يقال مثله في كل ما كان المدعى عليه فيه متعدياً، كدعوى قيم المتلفات وقيم الأمانات التي ضمنت للتقصير في حفظها، وكالتنازع في قدر الخيانة في المرابحة وما شاكلها، فلا تسمع بينة المدعى عليه فيها على ما يزعمه لإسقاط اليمين عنه.

هذا، وقد نقل في مرآة المجلة، تحت المادة / ١٧٦٩ / المذكورة، عن حاشية الأشباه للبيري ما لفظه: قال في الخلاصة ناقلاً عن الأصل (للإمام محمد): أقام المغصوب منه البينة أن قيمة المغصوب كذا، وأقام الغاصب أنها كذا، فبينة المالك أولى، فإن لم يكن للمالك بينة فأراد الغاصب إقامة البينة فقال المالك: أحلفه ولا أريد البينة له ذلك. انتهى. ثم قال صاحب المرآة بعد هذا: أقول: يفهم منه أن المالك إن لم يطلب حَلْفَه تسمع بينة الغاصب. انتهى.

وهذا يصلح توفيقاً حسناً بين ما نقل في الشرنبلالية أنه الصحيح وبين ما نقله عن بعض المشايخ من أنه ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، كالمودع، فيقال: عدم القبول فيما إذا لم يرض المدعي إلا بتحليفه، والقبول فيما إذا رضي بالبينة ولم يأت بها. وبه يرتفع الاختلاف. ويؤيده ظاهر عبارة الخلاصة كما هو واضح منها.

### فرع:

جاء في الدر المختار وحاشيته، في كتاب الغصب، من أوائل فصل غيَّب ما غصبه، وهو: أن المالك لو ادعى على الغاصب، أو على المودع المتعدي، أن قيمة المغصوب مائة مثلاً، وقال الغاصب أو المودع المتعدي: لا أعرف قيمته لكن علمت أنها أقل مما يدعي المالك، فالقول للغاصب أو المودع بيمينه، ويجبر على البيان، فإن لم يبين يحلف على ما يدعيه المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف يحلف المغصوب منه أن قيمته مائة ويأخذ من المدعي عليه مائة. انتهى ملخصاً، فقد لزم اليمين هنا المودع.

والفرع المذكور منقول عن الإمام محمد بن الحسن كما ذكره في رد المحتار. وقد نقل فيه أن بعضهم بحث فيه، وما بعد النقل إلا الرجوع إليه، ولا عبرة بالبحث إذا خالف المنقول

وقوله في هذه المادة / ٧٦ / إن اليمين على من أنكر، إذا كان مدعى عليه لا إذا كان شاهداً أو مدعياً، فإنه لو كان المنكر شاهداً لا يحلف، فقد قال في الفصل الرابع عشر من الفصولين: لو برهن أن الشاهد أقر أنه ملكي تقبل (أي وترد الشهادة)، ولو أنكر الشاهد الإقرار لا يحلف. انتهى.

وكذا لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلف (ر: الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين، صفحة / ٢٠٢).

وكذلك المدعي لا يحلف (في غير محلات يمين الاستظهار) فلو طلب المدعى عليه تحليف المدعي على أن ما يأخذه يأخذه بحق لا يجاب إلى ذلك (ر: جامع الفصولين، من الفصل الخامس عشر، بالمعنى).

ثم التحليف حق الحاكم، لكن بطلب الخصم. فلو استحلف المدعي المدعى عليه فحلف ولو بحضور الحاكم، أو حلفه الحاكم ولكن بدون طلب المدعي فحلف فلا عبرة به، وله تحليفه ثانياً. (انتهى بالمعنى من الدر المختار وحاشيته، كتاب الدعوى، وجامع الفصولين، الفصل الخامس عشر).

ثم يشترط في اليمين أن تكون بحيث يتوقف عليها قطع النزاع، فلو كان النزاع ينقطع بدونها لا يصار إليها. يدل لذلك ما في جامع الفصولين، أو آخر الفصل الخامس عشر، من أن الصانع والمستصنع لو اختلفا في أنه صنع كما أمر أو لا لا يحلف واحد منهما (ر: صفحة / ٢٠٤) وذلك لأن النزاع القائم ليس متوقفاً قطعه على هذا اليمين، لأن الاستصناع ليس بعقد ملزم، فإن المستصنع مخير في أخذ المصنوع أو تركه وإن خرج المصنوع كما أمر، وعليه فيمكن قطع النزاع بدون اليمين، بل بترك المصنوع على الصانع فلا يحلف، لكن هذا يجري على المعتمد في المذهب من التخيير في الاستصناع مطلقاً وإن ظهر كما أمر، لا على قول أبي يوسف من عدم التخيير، وهو الذي عليه المجلة في المادة / ٣٩٢. انظر ما كتبناه على المادة / ٣٩٢ / أوائل القاعدة الثانية «العبرة في العقود للمقاصد». فالظاهر أنه على قول أبي يوسف يحلف.

والظاهر أن ما قيل في الاستصناع يقال في البيع بخيار للمشتري: لو اختلف في مدة الخيار مع البائع في كون المبيع معيباً أو فاقداً وصفاً مرغوباً فيه مثلاً شرط في العقد، لا يحلف واحد منهما لكون المشتري يمكنه الفسخ بحكم خيار الشرط، فينقطع النزاع بدون أن يصار إلى اليمين ليفسخ بحكم العيب لا خيار فوات الوصف المرغوب فيه. هذا إذا لم يكن مجرد دعوى المستصنع، في

فرع جامع الفصولين أنه لم يصنع كما أمر، معتبرة رداً للمصنوع على الصانع شرعاً بحكم الخيار الثابت له، أما إذا كان ذلك منه معتبراً رداً بحكم الخيار كانت علة عدم تحليف واحد منهما هي انفساخ العقد بينهما وارتفاع سبب الخصومة. ولم أظفر بنقل يفصح عن العلة هل هي القدرة على فسخ العقد أو انفساخه بمجرد الدعوى والله سبحانه أعلم<sup>(١)</sup>. ثم رأيت في رد المختار - آخر كتاب الوقف عند تعداد صاحب الدر المختار ما لا يجري فيه التحليف، وذكر مسألة الاستصناع المرقومة - نقل عن الطحاوي ما يفيد أن علة عدم التحليف فيها هي تمكن المستصنع من الفسخ بدون التحليف. وهو بمعنى ما عللناه به أولاً.

ثم كما لا يصار إلى اليمين إلا إذا توقف قطع النزاع عليها لا يصار إليها إلا إذا كان المستحلف لو أقر بما يستحلف عليه نفذ إقراره. فلو كان لو أقر لا ينفذ إقراره لا يستحلف، فقد قال صاحب جامع الفصولين<sup>(٢)</sup>: الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو ادعى إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لا يعلم به لا يحلف، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير.

وكذا أب طالب زوج ابنته البالغة بمهرها وقال: ابنتي بكر في منزلي، وقال الزوج: دخلت بها ولم يبق لك حق القبض، والأب ينكر، صدق الأب لتمسكه بالأصل، ولا يحلف الأب أنه لا يعلم بدخوله إذ لو أقر لم يجز عليها.

ادعى وصي الميت ديناً على آخر، فادعى الإيفاء حال حياته وأنكر وصيه لا يحلف، لما مر من عدم الفائدة ويدفع الدين إلى الوصي. انتهى ملخصاً (صفحة / ١٩٩).

يظهر من فرع الوكيل بقبض الدين وتعليه أنه لو ادعى المشتري على

(١) يوافق بحثنا هذا ما رأيت أخيراً في أول تحالف الدر المختار وحاشيته من أن التحالف لا يجري في بيع فيه خيار، لأنه يمكن فسخه بدون تحالف. انتهى بالمعنى. وهو مؤيد جداً لما قلناه. والله الحمد.

(٢) في الفصل الرابع والثلاثين ص / ١٩٩.

الوكيل بالبيع قبض موكله الثمن منه وأنكر الوكيل ذلك يحلف على أنه لا يعلم لأنه لو أقر الوكيل بالبيع بقبض موكله الثمن يبرأ المشتري، كما لو أقر بقبض نفسه (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع والثلاثين، صفحة / ٢٠٢ رمز الجامع الكبير وسيأتي في مستثنيات القاعدة / ٧٨).

ثم استشكل صاحب جامع الفصولين عدم التحليف في الفروع المذكورة بقوله: فإن قلت: فيه فائدة، وهي قصر يده، قلت: أريد بالفائدة أن يكون نكوله كنكول موكله وليس كذلك، ولكنه لا يخلو عن المناقشة، لتحقق الفائدة في الجملة، فلم لم يكف هذا القدر في جواز التحليف؟ انتهى. وسكت عن إشكاله هذا محشيه الرملي وصاحب نور العين، ولم يجيبا عنه بشيء. والذي يظهر أن استشكله بقوله: ولكنه لا يخلو عن المناقشة لتحقق الفائدة. الخ غير وارد أصلاً، وذلك لأن الفائدة المتحققة في الجملة هو قصر يد المدعي من وكيل وأب ووصي كما ذكر قبلاً. وقصر يده إنما [هو] ثمرة تناقض لا ثمرة نفاذ إقراره على من يدعي عنه، فإن إقراره ليس نافذاً عليه دعواه مع إقراره الذي احتوى عليه نكوله (إذا استحلف فنكل)، والنكول ليس قطعياً في الإقرار، بل هو محتمل للبذل كما هو محتمل للإقرار، فعلى تقدير كونه إقراراً يصير متناقضاً وتناقضه نافذ عليه، فتقصر يده، وعلى تقدير كونه بذلاً لا يصير متناقضاً، وبذله كإقراره فلا ينفذ على غيره فلا تقصر يده، وحق الادعاء ثابت له بيقين فلا يمنع عنه بما هو مشكوك فيه. فإذا لم يفد التحليف فائدته المطلوبة في هذه الصور فلا يجري فيها.

#### تنبيه:

وكما يشترط في اليمين أن يتوقف عليها قطع النزاع يشترط فيها أيضاً أن يكون النكول عنها مفيداً للمدعي، فلو كان النكول عنها لا يفيد المدعي فلا يستحلف الخصم، ففي جامع الفصولين: اشترى داراً بابها في سكة نافذة وكان لها باب قديم في سكة غير نافذة، فأراد أن يفتح بابها القديم، فلو أقر أهل السكة بذلك الباب فله فتحه كبائعه، لقيامه مقامه. ولو أنكر أهل السكة حلفوا، فلو حلفهم واحداً بعد واحد فبحلف الأول يسقط الأيمان عن الباقي، إذ لا فائدة في تحليفهم لأنهم لو نكلوا ليس له فتحه، إذ للحالف الأول

منعه، فلو نكل الأول فله أن يحلف غيره، ثم وثم، فإذا نكلوا كلهم فله أن يفتح. انتهى ببعض توضيح، من الفصل / ٣٥ / آخر صفحة / ٢٧٠ / وأول صفحة / ٢٧١ / من الجلد الثاني من جامع الفصولين.

ومن ذلك أيضاً: مالو ادعى نكاح امرأة هي في نكاح غيره ولا بينة للمدعي فليس له تحليفها، لأن نكولها لا يفيد بعد كونها ذات زوج، ولكن له أن يحلف زوجها على العلم، فإن حلفه<sup>(١)</sup> انقطعت الخصومة إذ لم يبق من فائدة في تحليفها، وإن نكل صار مقراً ببطلان نكاحه فتحلف هي حينئذ على البتات، فإن نكلت فهي للمدعي (ر: معين الحكام، الباب الحادي والأربعين، في القضاء بدعوى النكاح والمهر والنفقة، ملخصاً).

ويصلح هذا أن يفرع أيضاً على قولنا سابقاً: لا يصار إلى اليمين إلا إذا كان المستحلف لو أقر بما يستحلف عليه نفذ إقراره.. إلى آخره.. ولكنه بسابقه أليق.

### تنبيهات

#### التنبيه الأول:

إن اليمين إذا توجهت على الخصم، فإن كان ما يحلف عليه فعل نفسه حلف على البتات، وإن كان فعل غيره حلف على العلم إلا إذا كان شيئاً يتصل به فيحلف على البتات. كما لو ادعى المشتري على البائع أن العبد المبيع سارق أو آبق مذ كان عنده، فأنكر، فحلف فإنه يحلف على البتات أنه لم يآبق أو لم يسرق عنده، لا على أنه لا يعلم أنه سارق أو آبق، لأن هذا أمر يتصل به، إذ إقدامه على البيع يتضمن التزامه ما أوجبه البيع من لزوم تسليم المبيع سليماً. أو كان شيئاً تمامه به، كما إذا ادعى شيئاً على ذي اليد أنه ملكه بالشرء من زيد، فقال ذو اليد: أودعنيه زيد ذلك، دفعت الخصومة برهن أولاً، فإن لم يبرهن وطلب

(١) هكذا في الأصل المخطوط بخط الطالب الذي نقل عن خط المؤلف رحمه الله تعالى، ويبدو لي أن كلمة (حلفه) بتشديد اللام من التحليف مع ضمير المفعول خطأ من الناسخ، وأن الصواب: (فإن حلف) من الحلف. فتأمل (وكتبه: مصطفى ابن المؤلف).

المدعي يمينه على أن زيداً أودعه إياه يحلف على البتات، بالله لقد أودعه إياه زيد، ولا يحلف على العلم ولو كان فعل غيره، لأن تمامه به، وهو القبول.

وكذلك لو ادعى على آخر أنه استقرض أو استأجر أو اشترى منه، فإنه يحلف على البتات، لأنه فعل المدعى عليه من وجه، أو كان المدعى عليه يدعي العلم، فيحلف على البتات، كما إذا ادعى المودع أن المودع قبض الوديعة فإنه يحلف على البتات، وكما لو باع الوكيل بالبيع وسلم المبيع للمشتري ثم أقر أن موكله قبض ثمنه وأنكر الموكل فيحلف الوكيل على البتات بأن موكله قد قبض، فإذا حلف برىء المشتري، وهو تحليف في الفرعين على فعل الغير، ولكن لما ادعى المودع والوكيل أنه عالم به حلف على البتات.

ولو ملك عيناً بالإرث فادعاه عليه آخر فأنكر يحلف على العلم. ولو ملكه بشراء أو هبة فإنه يحلف على البتات، وذلك لأن الوارث نائب عن المورث، والنيابة لا تجري في الحلف ليحلف، بخلاف المشتري والموهوب له فإنه أصل بنفسه لا نائب عن غيره، والظاهر شاهد له أن ما في يده مملوك له، فيحلف بتأ (ر: نور العين، من الفصل الخامس عشر، ببعض توضيح).

### تنبيه ثان:

من المعلوم أن الشهادة تقام حسبة على نحو طلاق المرأة والوقف، فهل يجري فيها التحليف حسبة؟ حكى في الفصل الخامس عشر من نور العين قولين فيه، وقدم القول بجريان التحليف حسبة، ونقل بعده عن المحيط أن محمداً رحمه الله تعالى أشار إلى أنه يحلف. ثم رمز بعلامة (شيخ) قال: لا يحلف. ثم قال: والظاهر أن رواية التحليف أصح وأولى. انتهى.

والظاهر أن معنى جريان التحليف حسبة أنه إذا لم يتم نصاب الشهادة، أو تم، ولكن الشهود لم يعدلوا فطلبوا يمين من في يده عقار الوقف أو الزوج، لا أن معناه أن القاضي له أن يجلب الزوج أو من في يده عقار الوقف ويحلفه من غير طلب أحد، كما ظنه بعض قضاة العصر، لأن الواحد لا يصلح خصماً وقاضياً حتى نصوا أن شاهد الحسبة لا بد أن يدعي بما شهد به (ر: رد المحتار، كتاب الوقف).

تنبيه ثالث:

يجب أن يكون المدعى به معلوماً، لما في المادة / ١٦١٩ / إذ لا يقضى بمجهول.

وكما أنه يجب أن يكون التحليف على معلوم أيضاً. فلا تحليف على حق مجهول، فلوادعى أحد الشريكين على الآخر خيانة مبهمه لم يحلف، لأن الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف (ر: الحموي على الأشباه من كتاب القضاء).

وكذا لو ادعى على رجل: إنه استهلك مالي، أو قال كان هذا شريكي وقد خان في الربح ولا أدري كم قدره، وطلب التحليف من القاضي، لا يجيبه إلى ذلك.

وكذا المديون إذا قال: قضيت بعض ديني، ولا أدري كم قضيت، أو قال: نسيت قدره وأراد أن يحلف الطالب لا يلتفت إليه لأن دعوى المجهول كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف (ر: جامع أحكام الصغار من مسائل أدب القاضي).

إلا في مسائل يجري فيها التحليف على المجهول:

منها: ما إذا اتهم القاضي وصي اليتيم. ومنها ما إذا اتهم مولى الوقف فإنه يحلفهما، نظراً لليتيم والوقف.

ومنها: ما إذا ادعى المودع على المودع خيانة مبهمه فإنه يحلفه.

ومنها: المسائل الثلاث التي تسمع فيها الدعوى بمجهول، وهي: دعوى الرهن، والغصب، والسرقه.

ففي هذه المسائل الست لو طلب المدعي فيها يمين المدعى عليه فإنه يحلف وإن كان على مجهول (ر: نور العين، من آخر الفصل الخامس عشر نقلاً عن الأشباه).

وزاد الحموي سابعة لها، وهي: دعوى الوديعة المجهولة.

فإذا استحلف على أحد هذه المجهولات فحلف برىء، وإن نكل يجبر على البيان (ر: الحموي على الأشباه، ومثله في الدرر، كتاب الدعوى).

والظاهر أن سماع الدعوى بمجهول في السرقة مقيد بما إذا ادعى التضمين لا القطع، لأنه إذا كان المالك يدعي القطع لا يحلف السارق، إذ لا تحليف في الحدود.

أقول: ويزاد أيضاً مسائل أخر تسمع فيها الدعوى بمجهول، فيجري حينئذٍ فيها أيضاً التحليف على المجهول، وهي: الوصية، والإقرار، والإبراء (ر: رد المحتار من كتاب الدعوى، نقلاً عن المعراج).

ويزاد أيضاً ما لو قال مريض: ليس لي في الدنيا شيء ثم مات، فلبعض الورثة أن يحلفوا زوجته وبنته على أنها لا يعلمان شيئاً من تركة المتوفى. (ر: رد المحتار، من كتاب الإقرار ج / ٤٦٢، نقلاً عن حاوي الزاهدي).

نقل الحموي في حاشية الأشباه، عن الخانية (صفحة / ٣٤٣) أن دعوى الوصية المجهولة لا تسمع ولا يستحلف الخصم عنها، وهذا خلاف ما نقله في رد المحتار عن المعراج من سماع دعوى الوصية المجهولة كما هو مرسوم أدناه، ونقل في تكملة رد المحتار أيضاً عبارة معراج الدراية المذكورة فبلغت المسائل عشرًا بعد حذف الوصية. والتتبع ربما نفى الحصر.

يجب أن يزداد أيضاً في المسائل التي تصح الدعوى فيها بالمجهول ما جاء في الفرائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة مفتي دمشق الأسبق رحمه الله، نقلاً عن فصل الأنهار من الخانية، ولفظه: «فائدة: الجهالة في الشرب لا تمنع صحة الدعوى والشهادة؛ كذا في فصل الأنهار من الخانية» بيانه: رجل ادعى شرب يوم من نهر معلوم في كل شهر، وأقام البينة على ذلك صحت دعواه وتسمع الشهادة ويحكم بها. ومثل ذلك مسيل الماء، لأن الجهالة في مثل ذلك لا تمنع من صحة الدعوى والشهادة. انتهى.

والظاهر أن الجهالة في قدر ما يستجره من الماء بالسقي وقدر ما يسيله في المسيل. ثم الجهالة المغتفرة في هذه الدعاوى إذا كان المدعى به عيناً، هل هي

جهالة عينه أم جهالة قيمته؟ صريح كلام رد المحтар من كتاب الدعوى، نقلاً عن الخانية وغيرها، عند قول المتن: (ومعلومية المدعى إذ لا يقضى بمجهول) يفيد أن الجهالة مغتفرة ولو كانت جهالة عين المدعى به. وعلى هذا فاغتفار قيمته بعد معلومية عينه بالأولى.

#### تنبيه رابع:

لو ادعى على آخر ديناً، فحلف المدعى عليه بطلاق زوجته أنه ليس له عليه دين، فبرهن بعد ذلك المدعى أن له عليه كذا، فهل يحث المدعى عليه أم لا؟ ذكر في الخامس عشر من نور العين أن الفتوى على أنه إذا ادعاه بلا سبب وبرهن عليه يظهر كذب الخالف، ولو ادعاه بسبب وبرهن على السبب لا يظهر كذبه. وأطلق في الدرر، في كتاب الدعوى، عدم ظهور كذبه بإقامة البينة، وقال: إنه الصواب، وعزا ذلك إلى الزيلعي. وقال في رد المحتار، في كتاب الدعوى: إن ما ذكره في الدرر من عدم الحث مطلقاً هو رواية أخرى عن محمد. انتهى بالمعنى.

فقد اختلف التصحيح، وقول الزيلعي: إن عدم ظهور كذبه مطلقاً بإقامة المدعى البينة هو الصواب يفيد أن مقابله خطأ، والوجه يشهد لما قاله الزيلعي، وذلك لأن البينة إن قامت على السبب فالأمر ظاهر، وإن قامت على الحق من غير بيان السبب فلا شك في أنها مستندة إلى ما عاينته عند التحمل من السبب وإن جزمها عند الأداء بقيام الحق مبني على الاستصحاب وعلى كون الأصل بقاء الحق بعد ثبوته وإن لم تصرح به، إذ الإحاطة علماً ببقائه وقيامه للحال وعدم عروض إيفاء أو أداء عليه غير ممكنة غالباً، فهي مستندة في جزمها بقيام الدين عند الأداء إلى ما يفيد الظن، فكيف يظهر بها كذب المدعى عليه في حلفه؟ هذا هو التزام ما لا يلزم! (ر: ما كتبناه في التنبيه الأول من القاعدة التاسعة: «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه» عن جامع الفصولين وعن معين الحكام).

#### تنبيه:

نقل في تكملة رد المحتار (من الجلد الأول صفحة / ٢٩٥ في أوائل كتاب الدعوى) أن قبول الدعوى بالمجهول (أي من الأعيان التي تصح الدعوى بها مع

جهالتها) وإقامة البينة عليه إنما تقبل عند العامة لأجل الحبس فقط، ومعناه أن يحبس حتى يحضره ليقيم البينة على عينه. فلو قال: لا أقدر عليه حبس قدر ما لو قدر عليه لأحضره ثم يقضى عليه بقيمته. انتهى.

ثم نقل بعده في صفحة / ٢٩٦ عن الخانية، أن مدة الحبس مقدرة بشهرين. ثم أفاد أيضاً أن الجبر على البيان فيما إذا أقر المدعى عليه أو استحلف فنكل، أما إذا أثبت المدعي العين المجهولة في هذه الصور بالبينة فإن المدعى عليه يحبس إلى أن يأتي بها. . إلى آخر ما قدمناه عنه أعلاه.

ونقل في رد المحتر عند الكلام على دعوى المنقول، أوائل الدعوى، من جامع الفصولين: لو ادعى أن المنقول في يد المدعى عليه، فأنكر كونه في يده فأقام بينة شهدت أنه كان في يده قبل سنة من هذا التاريخ، هل يقبل ويحجر على إحضاره؟ قال صاحب جامع الفصولين: ينبغي أن تقبل، إذ لم يثبت خروجه من يده، فتبقى ولا تزول بشك. وأقره في البحر، وجزم به القهستاني. ثم قال: وردّه في نور العين بأن هذا استصحاب، وهو حجة في الدفع لا في الإثبات انتهى. أقول: وما بحثه في جامع الفصولين وجزم به القهستاني وأقره في البحر هو الصواب، وذلك لأن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة كما قدمناه تحت المادة / ١٠ / والقضاء بها هو عين الاستحقاق بالاستصحاب، وقدمنا هناك من جامع الفصولين عن صاحب القنية أنه استشكل هذا، ثم أجاب عنه بأن في رد مثل هذه البيئات حرجاً، فقبلت دفعاً للحرج. انتهى، وهذا من هذا القبيل.

ثم لا ينبغي أن يتوهم أن قولهم: إن الشهادة باليد المنقضية لا تقبل، كما قدمناه هناك، يرد ما بحثه في جامع الفصولين، لأن ذلك فيما إذا أراد مدعي اليد المنقضية نزعه من يد المدعى عليه بحجة أنه كان في يده، فإنها لا تقبل حتى يشهدوا أن المدعى عليه أخذه منه بغير حق، كما قدمناه هناك. أما هنا فإننا لم نوجب على المدعى عليه نزعه من يده بل إحضاره ليشار إليه في الدعوى والشهادة.

#### تنبيه:

إن صلاحية المدعي للخصومة تختلف وتتغير، فتارة يكون له صلاحية

إقامة البينة لإثبات مدعاه وعند عجزه عن إقامتها يكون له صلاحية استحلاف الخصم، وهذا هو الغالب في الدعاوى والخصومات، وهو غني عن التمثيل له. وتارة يكون للمدعي صلاحية إقامة البينة لإثبات مدعاه، وإذا عجز عن إقامة البينة فليس له صلاحية استحلاف خصمه:

من ذلك ما لو ادعى المشهود عليه أن الشاهد أقر أن المشهود به ملكي، فإن برهن على إقراره بذلك تقبل بينته وترد شهادة الشاهد، وإن عجز عن إقامة البينة فليس له أن يطلب تحليف الشاهد (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع عشر).

ومن ذلك ما لو ادعى على الوصي ديناً في تركة الموصي، فأنكر الوصاية، فإن أقام المدعي البينة على الوصاية فيها، وإلا فليس له استحلافه.

ومنه ما لو اشترى بالوكالة عن آخر، ثم جاء ليرد المبيع بعيب على البائع، فادعى البائع أن موكله رضي بالعيب فأنكر المشتري، فإن أقام البائع بينته على ما ادعاه فيها، وإلا فلو طلب يمين الوكيل على أنه لا يعلم أن الموكل رضي بالعيب فإنه لا يحلف.

ومنه ما لو اشترى عقار الصغير تحت ولايته فادعاه آخر بالشفعة، واختلف الشفيع مع ولي الصغير في الثمن، فادعى الشفيع مبلغاً، وادعى الولي أكثر منه، وعجز الشفيع عن إقامة البينة وطلب يمين الوصي أو الولي، فإنه لا يحلف.

ومنه: ما لو ادعى الواهب على الموهوب له أنه اشترط عليه عوضاً، وأنكر الموهوب له، فإذا عجز الواهب عن إقامة البينة وأراد تحليف الموهوب له، فإنه لا يحلف.. إلى غير ذلك من مسائل كثيرة تعلم من مراجعة الدر المختار وحاشيته قبيل كتاب البيوع.

وتارة يكون للمدعي صلاحية استحلاف الخصم وليس له صلاحية إقامة البينة عليه:

من ذلك: ما لو ادعى على آخر مالاً إرثاً عن أبيه مثلاً، فأقر له المدعى

عليه بموت أبيه وبأنه ابنه ووارثه أو استحلف على العلم بذلك فنكل، ثم أنكر المال، فإن للمدعي أن يحلفه على المال (ر: جامع الفصولين صفحة / ٧٨، الفصل الثامن والعشرين). ووجه ذلك، فيما يظهر لي، أن أصل كونه خصماً قد ثبت بإقرار المدعى عليه أو بما هو في حكم الإقرار (وهو نكوله عن اليمين) على أبي المدعي بالموت. وبأن المدعي ابنه ووارثه، والإقرار حجة قاصرة، فيملك المدعى به من صلاحية الخصومة ما يوصله إلى ما في حكم الإقرار، وهو النكول المرجو من الاستحلاف، فإن الشيء يستتبع ما هو مثله، ولا يملك إقامة البينة لأنها حجة متعديّة، وخصومته قد ملكها بحجة قاصرة، وهو الإقرار، فلا يملك بها ما فوقها، إذ الشيء لا يستتبع ما هو فوقه. حتى لو كان أثبت بالبينة موت أبيه وأنه وارثه فلا شك أن له حينئذ صلاحية إقامة البينة على المال، كما هو ظاهر ومسلّم.

ويظهر لي أن مثل الدعوى بالإرث على الوجه المسطور في «الفصولين» الدعوى بحكم الوكالة أو بحكم الوصاية، كما لو ادعى على آخر أنه وكيل فلان بقبض دينه منه أو أنه وصي فلان وأنه يطالبه بما له عليه فأقر المدعى عليه بالوكالة أو الوصاية وأنكر المال، أو أنكر الوكالة أو الموت والوصاية، فاستحلف (بناء على الصحيح من أنه يحلف) كما في الدر المختار من باب دعوى النسب، فنكل ثم أنكر المال، فإن المدعي، والحالة هذه، يكون خصماً في تحليفه على المال لا في إقامة البينة لما ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم رأيت في رد المحتار (أواخر باب الوكالة بالخصومة والقبض عند قول الشارح: «الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم، وبيانه في الدرر») ما لفظه: «قوله: وبيانه في الدرر» قال فيها: قال في الصغرى: الوكيل بقبض الدين إذا أحضر خصماً فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة، حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل. انتهى. والظاهر أن مراد الفتاوى بقوله: لا تثبت الوكالة، أي في حق الموكل أما في حق المدعى عليه المقر بها فإنها تثبت ويملك تحليفه على الدين، لا إقامة البينة عليه.

— وتارة يكون للمدعي صلاحية إقامة البينة على ما يدعيه من عين في يد

الخصم، وإذا عجز عن إقامتها يكون له الحق في تحليف الخصم ليأخذ منه بدلها، وليس له تحليفه ليأخذ منه العين المدعى بها إن نكل عن اليمين مع أنها قائمة في يده. فقد قال في معين الحكام (في الباب السابع والثلاثين في القضاء بدعوى الوقف والشهادة عليه): ادعى داراً، فقال ذواليد: إنه وقف على الفقراء وأنا متولٌّ عليه صح إقراره، ويكون وقفاً. فلو أراد المدعي تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلف وفاقاً. ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة فعلى قياس قول محمد: يحلفه وإن نكل يأخذ منه القيمة. ويفتى بقول محمد. وعلى هذا لو أقر بالدار لابنه الصغير (أي إنه يستحلف لأخذ قيمتها منه). وكذلك لو ادعى على الورثة عيناً كان وقفها مورثهم في صحته فأقروا له ضمنوا قيمة العين من التركة ولا يبطل الوقف بإقرارهم. ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ القيمة، أما لو أراد تحليفهم لأخذ الوقف فلا يمين له عليهم. انتهى ملخصاً.

– وتارة يكون للمدعي صلاحية حلف اليمين والبينة فيكون القول قوله بيمينه، والبينة بينته، ولا يقبل من خصمه يمين ولا بينة. وذلك كما لو ولدت المرأة فادعى زوجها أن الولد ليس منه لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح، وقالت: ولدت لستة أشهر، فالقول قولها والبينة بينتها، كما تقدم ذلك في مستشنيات القاعدة / ١١ «الأصل إضافة الحادث لأقرب أوقاته» نقلاً عن الدر المختار وحاشيته وغيره، من باب ثبوت النسب، وكما هو الحال في الأمانة، فإن القول في كل أمانة للأمين مع يمينه والبينة بينته (ر: جامع الفصولين، وأواخر الفصل الخامس عشر، صفحة / ٢٠٥).

وكما لو ادعى الراهن أن الرهن هلك في يد المرتهن، وادعى المرتهن أن الراهن قبضه منه بعد الرهن وهلك في يده، فالقول قول الراهن بيمينه، لأن المرتهن يدعي براءة نفسه من الضمان بعدما دخل في ضمانه، والراهن ينكر. ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن أيضاً لأنها تثبت بقاء الدين في ذمة المرتهن، وبينة المرتهن تنفيه (ر: معين الحكام، الباب العاشر، في القضاء بالتحليف).

وكما لو شرط على الظئر الإرضاع بلبنها، ثم اختلفا، فقالت: أرضعته بلبني، وقال: بلبن شاة، فالقول قولها. ولو أقاما بينة فبينتها أولى (ر: معين الحكام، الباب التاسع عشر في القضاء بشهادة النفي).

## فوائد في موضوع يمين الاستظهار

## المسماة بيمين القضاء

(مقتطفة من الباب الرابع من القسم الثاني في أنواع البيئات من طبعين  
الحكام، صفحة / ١١٣).

يمين المستحق على البت: أنه ما باع ولا وهب.

ويمين الورثة على العلم أنه ما خرج عن ملك مورثهم بوجه من الوجوه  
كلها، وأن ملك جميعهم (يعني الورثة) باق عليه إلى حين يمينهم، وهذه التهمة في  
اليمين تكون على البت.

إذا ادعى رجل بدين على ميت وأقام البينة التامة عليه، فإن كان الورثة  
كباراً ولم يدعوا دفع الدين من مورثهم ولا من أنفسهم لا يلزم رب الدين يمين،  
بخلاف ما لو كانوا صغاراً فلا بد من اليمين.

ونقل عن الصفحة المذكورة قبل هذا، عن التجريد، أن المديون إذا أقام  
البينة على إفلاسه، فادعى رب الدين أن له مالاً باطناً حلفه القاضي بعد شهادة  
الشهود. وعلمه بأنه ادعى شيئاً خارجاً عن علم الشهود. ثم نقل ما تقدم وقال  
عقبه: وهو (أي قولهم: فإن كان الورثة كباراً ولم يدعوا دفع الدين ولا من  
أنفسهم لا يلزم رب الدين يمين) يؤيد عبارة التجريد. ثم نقل عن بعض  
المتأخرين التحليف وأطلقه، ولم يفصل بين ما إذا ادعى شيئاً خارجاً عن علم  
الشهود أولاً. والإطلاق هو المذكور في عامة الكتب وجرت عليه المجلة في  
المادة / ١٧٤٦.

ثم قال في معين الأحكام من الباب المذكور: واليمين في ذلك (أي فيما إذا  
ادعى الورثة ديناً لمورثهم في تركة ميت) على من يظن به علم ذلك، ولا يمين  
على من لا يظن به علم ذلك ولا على صغير. ومن نكل ممن تلزمه اليمين منهم  
سقط من الدين حصته فقط.

ثم زاد في أول الفصل بعد الباب (صفحة / ١١٤) مسألةً يحلف الخصم فيها يمين الاستظهار بعد إقامة البيّنة، فإنه قال فيه: إذا قامت بيّنة للغريم المجهول الحال بأنه معدم، فلا بد من يمينه أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن، وإن وجد مالاً يؤدّي حقه عاجلاً. وعلمه بقوله: لأن البيّنة إنما شهدت على الظاهر، ولعله غيب مالاً. ثم قال في آخر الفصل المذكور: ضابط هذا الباب: «أن كل بيّنة شهدت بظاهر فإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر» انتهى. ثم ذكر في الصفحة / ١١٤ / المذكورة في الفصل التالي للفصل المسطور ما لفظه: «تنبيه» فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف ثانية للتوهم المحتمل. انتهى. أي لتوهم أنه استوفى أو أبرأه... إلخ<sup>(١)</sup>.

\* \* \*

(١) هكذا في الأصل المخطوط. والظاهر أنه سهو أو ذهول من والدي رحمه الله تعالى عن موضوع المسألة. ذلك أن الخالف هنا ليس هو الدائن حتى يصح تفسير التوهم بتوهم أنه استوفى من المدين أو أبرأه. فالتفسير الصحيح للتوهم المحتمل في كلام جامع الفصولين هو توهم أن المدين قد أفاد مالاً جديداً زال به إعساره، لتأخر القضاء بمنع المدعي عن ملاحظته بعد أن أقام المدين البيّنة على أنه معدم أو معسر، فهذا التوهم لاحتمال أنه أفاد مالاً زال به إعساره وعُدّمه لا يكفي لتحليفه يمين استظهار ثانية. فليتأمل.  
(وكتبه: مصطفى نجل المؤلف)

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100

## القاعدة السادسة والسبعون (المادة / ٧٧)

### «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»

#### الشرح مع التطبيق

«البينة» شرعت «لإثبات خلاف الظاهر» أي خلاف الأصل، كإضافة الحادث إلى أبعده أوقاته، وكعدم بقاء ما كان، وكوجود الصفات العارضة، وكشغل الذمة. فإن كل ذلك خلاف الأصل، فإن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وبقاء ما كان على ما كان عليه، وعدم وجود الصفات العارضة، وبراءة الذمة. فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة.

وكذلك ما كان الأصل فيه الخصوص، كالوكالة والعارية، والعموم كالمضاربة، والشركة، فإنه لا يحكم في كل منها بخلاف الأصل إلا ببينة.

\* \* \*

«اليمين» شرعت «لإبقاء الأصل» على ما كان عليه من عدم إن كان الأصل عدم المتنازع فيه، كالصفات العارضة، أو وجود إن كان الأصل وجود المتنازع فيه، كالصفات الأصلية كما تقدم في الكلام على المادة التاسعة.

فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلافه يكون القول قول من يتمسك بالأصل بيمينه.

#### المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل:

منها: ما لو ادعى المودع رد الوديعة أو هلاكها، فالقول قوله، مع أن كلاً من الرد والهلاك عارض والأصل عدمه..

وما لو اختلف في الصحة والمرض، فالقول قول من يدعي المرض، والبيئة بينة من يدعي الصحة، كما في المادة / ١٧٦٦ / من المجلة، مع أن المرض عارض والأصل الصحة.

ومنها: ما لو اختلف في العقل والجنون، فالقول قول من يدعي الجنون، والبيئة بينة من يدعي العقل، كما في المادة / ١٧٦٧ / من المجلة.

ومنها ما لو اختلف في القدم والحدوث فالقول قول من يدعي القدم، والبيئة بينة مدعي الحدوث، كما في المادة / ١٧٦٨ / من المجلة. (انظر ما كتبناه على المادة الثامنة).

وإنما خرجت هذه لأن مدعي الهلاك، أو الرد، أو المرض، أو الجنون، أو القدم إنما هو في الحقيقة منكر لما يدعيه المدعي من الضمان في الأولى، ومن حق إزالة ما يدعي حدوثه في الأخيرة، ومن موجب عقد المريض والجنون، في الباقي.

#### تنبيه:

حيث كانت البيئة لإثبات خلاف الظاهر فهي لا تقام على النفي، لأن نفي المدعى به إما عبارة عن دعوى عدم وجوده، ودعوى عدم وجوده هي الأصل فيما كان عارضاً، أو عبارة عن دعوى عدم زواله، وإن دعوى عدم زواله هي الأصل فيما كان وجودياً (انظر ما كتبناه على المادة التاسعة).

والبيئات تقام لإثبات خلاف الأصل. ولا فرق في عدم سماعها على النفي بين ما يحيط به علم الشاهد وبين ما لا يحيط (كما في الهداية، من باب اليمين في الحج والصلاة).

فلو ادعى عليه أنه باع أو اشترى أو أجر أو استأجر أو أقر أو فعل كذا مما يلزمه به ضمان أو قصاص مثلاً في المكان الفلاني في اليوم الفلاني من السنة الفلانية، فأقام المدعى عليه بيئة شهدت أنه لم يفعل ذلك في ذلك اليوم

لا تقبل، أو أقام بينة شهدت بأنه في اليوم المذكور لم يكن في ذلك المكان لا تقبل.

نعم، إذا كان عدم وجوده في ذلك المكان أمراً مستفيضاً متواتراً عند الناس لا تسمع الدعوى به، لثلا يلزم تكذيب الثابت بالضرورة (كما في رد المحتار، قبيل باب الاختلاف في الشهادة).

ولم يقبلوا الشهادة على النفي إلا في الشروط (كما في رد المحتار، من باب اليمين في البيع والشراء، من كتاب الأيمان، نقلاً عن المبسوط).

ثم الشروط على قسمين:

#### القسم الأول - الشروط المعلق عليها:

كما لو علق طلاق زوجته على عدم فعل الشيء الفلاني في وقت معين، ثم اختصما بعد مضي الوقت المعين، فادعى أنه فعله، وادعت أنه لم يفعله، فإن القول قوله بيمينه أنه فعله، لأنه بدعواه الفعل ينكر وقوع الطلاق، والبينة بيئتها. فلو أقامت بينة شهدت أنه لم يفعله في ذلك الوقت تقبل ويقضى بوقوع الطلاق.

وكذا لو قال الآخر: إن لم أوافك بمديونك فلان في اليوم الفلاني فأنا كفيلاً بما لكّ عليه، ثم اختلفا بعد مضي اليوم المذكور فقال: وافيتك به، وأنكر الدائن، فالبينة بينة الدائن على أنه لم يوافه به والقول قول الآخر بيمينه لأنه ينكر الكفالة. وانظر ما نقلناه في كلامنا على المادة التاسعة، عن الباب السابع من الكفالة من كتاب الذخيرة، فإنه ضروري.

#### القسم الثاني - الشروط التي تتوقف عليها الصحة في العقود:

فإذا اختلف المتعاقدان في صحة عقد وفساده، فالقول قول مدعي الصحة، والبينة بينة مدعي الفساد (كما هو معلوم) حتى لو كان الفساد لفقد شرط من شروط الصحة فالبينة بينة مدعي الفساد على نفي وجوده. فقد قال في الفصل الثاني عشر من جامع الفصولين: ادعى المسلم إليه أن السلم فاسد لأنه لم يذكر الأجل تقبل بينته، لأن الأجل شرط لصحة السلم، فتقبل البينة عليه ولو كان نفيًا.

لكن قولهم البيّنة تقبل على النفي في هذه المسائل مقيد بما إذا لم تظهر في شهادة الشاهد مجازفة، بأن كان النفي مما يحيط به علمه. أما إذا كان النفي مما لا يحيط به علم الشاهد كما لو حلف إن لم يأكل الطعام الفلاني في السنة الفلانية فامرأته طالق، ثم مضت السنة واختلف هو والزوجة فادعى أنه أكله، وأقامت البيّنة على أنه لم يأكل، فالظاهر أن هذه البيّنة لا تقبل، لظهور المجازفة فيها لاستحالة إحاطتهم به عادة.

\*\*\*

القاعدة السابعة والسبعون (المادة / ٧٨)  
**«البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة»**

**أولاً - الشرح**

«البينة حجة متعدية» أي متجاوزة إلى غير من قامت عليه، وملزمة له «والإقرار حجة قاصرة» على نفس المقر لا تتجاوزه إلى غيره، لأن كونه حجة يبتنى على زعمه، وزعمه ليس بحجة على غيره (انظر ما نقل عن جامع الفصولين تحت القاعدة التالية).

**ثانياً - التطبيق**

- ولذا صح الإقرار بلا وجود منازع ولا مواجهة خصم.
- واقتصر إقرار الوارث بدين على التركة.
- واقتصر إقرار المستحق عليه بالعين المستحقة على أنفسهما، فينفذ إقرار الوارث على نفسه بقدر حصته، ولا يرجع المستحق عليه على بائعه بالثمن، وتسمع دعوى بائعه الملك المطلق على المستحق.
- وبطل إقرار الوصي والمتولي على التركة والوقف.
- وكان الإقرار يعتمد الأهلية بالبلوغ والعقل فقط، ولا يعتمد الولاية على غير المقر، بخلاف الشهادة، فإنها حجة متعدية، ولذا كانت تعتمد الولاية، فلا تقبل شهادة من لا ولاية له أصلاً، كالصغير، أو لا ولاية له على المشهود عليه كغير المسلم إذا كان المشهود عليه مسلماً، فحيث كانت البينة متعدية وتعتمد

الولاية تكون حجة على من قامت بمواجهته وعلى غيره، ويشترط لها حضور الخصم واتصال القضاء بها، فإذا ثبت الدين على التركة بالبينه يثبت في حق جميع الورثة، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي أو بمواجهة أحد الورثة. وكذا إذا ثبت الاستحقاق بالبينه فإنه يثبت في حق ذي اليد وفي حق من تلقى ذو اليد الملك منه، فلا تسمع دعوى بائعه الملك على المستحق (إلا دعوى التنازع أو دعوى تلقي الملك منه مباشرة أو بالواسطة) لأنه صار مقضياً عليه، لكن بشرط أن يكون المستحق عليه قد ادعى حين الخصومة قبل الحكم بالاستحقاق الملك بالتلقي منه.

#### تنبيه:

المسائل التي تقام فيها البينة مع إقرار المدعى عليه، وذلك لأجل تعدي الثبوت إلى غير المقر:

ومن جملة هذه المسائل:

ما لو ادعى رجل على آخر حقاً لأبي المدعي، وهو مقر به أولاً، فله إثبات نسبه عند القاضي بحضرة المدعى عليه (ر: باب دعوى النسب من الدر المختار).

ومنها: ما لو كان المدعى عليه مقراً في دعوى الدين على التركة بمواجهة أحد الورثة، ودعوى الاستحقاق المذكورتين في هذه المادة، فإن للمدعي إقامة البينة مع إقرارهم، ليتعدى الثبوت إلى بقية الورثة وإلى البائع الأصلي.

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل يتعدى فيها الإقرار على غير المقر: منها: ما لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا ببيع العين المأجورة، فإن الإجارة تفسخ ويباع المأجور لوفاء الدين.

ومنها ما لو كان شيء في يد رجل فادعاه اثنان بالشراء منه، كل على حدة، أو ادعى كل منهما أنه رهنه منه وسلمه إياه، أو ادعى أحدهما الشراء

والآخر الرهن، أو ادعى أحدهما الإجارة والآخر الشراء، أو أحدهما الصدقة مع القبض والآخر الشراء، أو ادعى كل منهما الإجارة، ولا بينة في جميع ذلك، فأقر ذو اليد لأحدهما يمنع الآخر بمجرد إقراره للأول ولا يستحلف له (ر: الدر، آخر كتاب الوقف، والمادة / ١٧٤٢ / من المجلة).

ومنها: ما لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها، فإنه حجة عليها، وتبرأ به ذمة الزوج<sup>(١)</sup>.

ومنها: ما لو أقر اثنان من الورثة بولد للمتوفى فإنه يثبت نسبه في حق غيرهم من الورثة، وفي حق الناس كافة، ولا يحتاج في ذلك للفظ الشهادة ولا لمجلس القضاء على الأصح (ر: الدر وحاشيته، دعوى النسب).

ومنها: ما في الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين (صفحة / ٢٠٢ من المجلد الأول): لو ادعى عيناً على آخر وأراد تحليفه فأقر به لابنه الصغير تندفع عنه اليمين، لأنه بعد أن أقر به لابنه الصغير لا يصح إقراره به لغيره، فلا يفيد تحليفه، لأن التحليف رجاء النكول، وهو كالإقرار. انتهى بالمعنى.

فقد يتعدى الإقرار في هذه الصورة، لكن تقدم (آخر الكلام عن المادة / ٧٦) نقلاً عن الباب السابع والثلاثين في القضاء بدعوى الوقف من معين الحكام أن المفتي به قول محمد من أنه لو أراد تحليف الأب ليأخذ القيمة منه لو نكل فإنه يحلف، ولو أراد تحليفه ليأخذ العين لا يحلف. وعليه فيحمل ما في الفصولين على ما إذا طلب تحليفه ليأخذ العين لو نكل. (انظر ما سيأتي تحت المادة / ٧٩ / نقلاً عن الفصل الثالث والفصل الخامس عشر من جامع الفصولين).

#### تنبيه:

إذا اجتمعت البيّنة مع الإقرار ثم وقع القضاء فإنه يعتبر القضاء واقعاً

(١) هذا مبني على أن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وأن من ملك حق القبض ملك الإقرار به. (مصطفى).

بسبب الإقرار، إلا في مسائل تقدمت في الكلام على المادة التاسعة عشرة يعتبر فيها القضاء واقعاً بالبينه، لئلا يتضرر المدعى عليه إذا اعتبر واقعاً بسبب الإقرار فلتراجع. انتهى.

مما خرج عن هذه القاعدة أيضاً ما في الرابع والثلاثين من جامع الفصولين (صفحة / ٢٠٢) برمز الجامع الكبير: وكيل البيع أقر بقبض موكله الثمن يبرأ المشتري، كما لو أقر بقبض نفسه. انتهى.

ونقل صاحب جامع الفصولين بعد هذا عن صاحب الذخيرة أنه قال: فعلى قياس هذه المسألة ينبغي أن يصح إقراره بقبض الطالب<sup>(١)</sup> في مسألة الوكيل بقبض الدين. وقال صاحب جامع الفصولين عقبه: «أقول: يمكن الفرق بينهما بأن وكيل البيع أصيل في قبض الثمن تعود الحقوق إليه، كما هو مقرر في محله، فله أن يوكل غيره بقبض ثمنه، كما مر قبيل هذا، فأقر بما له تسليطه فصح، بخلاف وكيل القبض إذ ليس له التوكيل فكان مقراً بما ليس له تسليطه فلغا. والله أعلم».

ونقل هذا الفرق في نور العين واستشكله بأن وكيل الخصومة يصح إقراره على موكله في مجلس القاضي لا في غير مجلس القاضي وإن انعزل به. ثم قال: فعلى هذا ينبغي أن يصح إقرار الوكيل بقبض الطالب كما قال صاحب الذخيرة آنفاً.

ثم أيد كلام صاحب الذخيرة بما ذكره محمد في الأصل من أن وكيل الخصومة أو القبض لو أقر في مجلس القضاء بقبض موكله، والموكل قد استثنى إقراره لم يجز. انتهى. ثم قال: ووجه التأيد هو أن المفهوم من قوله: «والموكل قد استثنى إقراره» أنه لو لم يستثنَ جاز إقراره عليه. انتهى كلام نور العين.

ولي فيه نظر، فإن جواب صاحب الفصولين سديد، وما استشكله به في نور العين لا يرد عليه، فإن إقرار وكيل قبض الدين بقبض موكله جنس، وإقرار

(١) أي الدائن.

وكيل البيع بقبض موكله الثمن جنس آخر لا تشابه بينها فيما يظهر حتى يصح تخريج أحدهما على الآخر وقياسه عليه. وذلك أن وكيل البيع أصيل في حقوق العقد، ومن جملتها قبض الثمن، لا وكيل فيها، ولذا لا يملك الموكل عزله عنها، ولا يجبر المشتري على دفع الثمن للموكل المالك وإن كان لودفع له يبرأ، فيكون إقرار الوكيل بقبض موكله الثمن من المشتري إقراراً على نفسه ببراءة ذمة المشتري حيث أقر بدفعه الثمن للمالك، وهو دفع صحيح تبرأ به ذمته. بخلاف وكيل قبض الدين ووكيل الخصومة فإنها ليسا أصليين، ولذا يملك الموكل عزلها أو يجبر المديون على الدفع للموكل لوطالبه، فيكون إقرار الوكيل بالقبض، والحالة هذه، من قبيل إقرار الإنسان على غيره لا إقراره على نفسه. فعلى قول الإمام من أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة يصح إقراره على موكله في مجلس القضاء كوكيل الخصومة، لأن الخصومة إقرار أو إنكار فالتوكيل بها توكيل بالإقرار، وعليه يتمشى مفهوم كلام الأصل الذي تمسك به نور العين لتأييد بحث صاحب الذخيرة. وعلى قولها من أن وكيل القبض لا يملك الخصومة وجرت عليه المجلة في المادة / ١٥٢٠ / - لا يصح إقراره على موكله بالقبض، ولا تبرأ بإقراره هذا ذمة المديون من الدين الموكل بقبضه، ولا يلزم من عدم صحة إقراره على موكله وعدم براءة ذمة المديون أن تسمع دعواه عليه فإن إقراره بقبض موكله الدين يمنعه من سماع دعواه على المديون بالدين لتناقضه، والمتناقض لا تسمع دعواه وإن كان وكيلاً عن غيره. هذا ما ظهر لي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا وقد ذكر هذا الفرع في جامع الفصولين عن فرع الجامع الكبير مطلقاً عن التقييد، ولكن قيده في الفصل الرابع في الوكالة بالبيع من الفتاوى البزازية بأن يكون الموكل سلم المبيع إلى وكيل البيع. وزاد أن الموكل له أن يحلف الوكيل على ما زعم من أنه، أي الموكل، قبض الثمن من المشتري. فإن حلف براءة هو أيضاً، وإن نكل ضمن الثمن للموكل.

ومما خرج عنها أيضاً ما في جامع الفصولين (الفصل / ٣٤

صفحة / ٢٢٤): لو أنفق أجنبي على بعض الورثة فقال: أنفقت بأمر الوصي، وأقر به الوصي، ولا يعلم ذلك إلا بقول الوصي بعد ما أنفق يقبل قول الوصي لو كان المنفق عليه صغيراً (انتهى) فقد تعدى إقرار الوصي على الصغير.

\*\*\*

## القاعدة الثامنة والسبعون (المادة / ٧٩)

### «المرء مؤاخذ بإقراره»

#### الشرح، مع التطبيق

المرء مؤاخذ بإقراره إذا كان بالغاً عاقلاً طائعاً فيه، ولم يصبر مكذباً فيه بحكم الحاكم، ولم يكن محالاً من كل وجه عقلاً أو شرعاً، ولم يكن مجبوراً عليه، وأن لا يكون مما يكذبه ظاهر الحال، وأن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة (ر: المادة / ١٥٧٣ و ١٥٧٥ و ١٥٧٧ و ١٥٧٨ من المجلة).

فلو أقر صغيراً أو معتوهاً أو مكرهاً لا يعتبر إقراره إلا في السارق إذا أقر مكرهاً، فأفتى بعضهم بصحته ورجحه في البزازية وغيرها، كما في التكملة.

وكذا إذا صار مكذباً بحكم الحاكم بطل إقراره (ر: المادة / ١٥٨٧ و ١٦٥٤) كما إذا ادعى مشتري العقار أنه اشتراه بألف مثلاً، وأثبت البائع أن الشراء كان بألفين وقضى له، فإن الشفيع يأخذه بألفين وإن كان المشتري أقر بالشراء بألف، لأنه لما قضى عليه بالبينة صار مكذباً بحكم الحاكم وبطل إقراره.

وكذا إذا كان المقر به محالاً من كل وجه، عقلاً، أو شرعاً:

فالأول: كما إذا أقر له بأرث يده التي قطعها وهي قائمة.

والثاني: كما إذا أقر لوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية كان باطلاً.

وكما لو أقر بالدين بعد أن قبل إبراء الدائن منه كان باطلاً (كما في فصل الاستشراء من دعوى الدرر).

وكما لو أقرت المرأة أن المهر الذي لها على زوجها هو لفلان أو لوالدها فإنه لا يصح (كما في مداينات الأشباه).

وكما لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية كانت فيها ناشزة، فإنه لا يصح إقراره (كما في الحموي على الأشباه، من الإقرار).

وبقية التمثيل للمحترزات يعلم من مراجعة بقية المواد.

أما إذا كان المقر به ليس محالاً من كل وجه، بأن كان يمكن ثبوته في الجملة، كما إذا أقر لصغير بقرض، أو ثمن مبيع باعه إياه أو أقرضه، صح وإن كان لا يتصور صدوره من الصغير، لأن المقر محل لثبوت الدين عليه للصغير في الجملة (ر: الأشباه).

#### تنبيه:

يعلم مما هنا حكم حادثة شرعية، وهي أن رجلاً في عهده جهة إمامة بمعلومها الشهري المعين لها من غلة الوقف، فأقر لغيره بأن فلاناً يستحق نصف معلوم تلك الجهة دوني، ولا شك في بطلان هذا الإقرار، لأنه لا يمكن شرعاً أن تكون الجهة في عهدة زيد أصالة والقيام بها مستحقاً عليه، ويكون شيء من معلومها مستحقاً لعمرو، إذ يستحيل شرعاً أن يكون ما يستحقه الإنسان الحر لقاء عمله حقاً لغيره دونه، وفي تصحيح هذا الإقرار تغيير للمشروع، وهو ليس في وسع المقر.

#### تنبيه آخر:

يشترط لاعتبار الإقرار شرعاً والعمل بموجبه أن لا يكون اعتباره والعمل بموجبه مضراً بالغير ومفوتاً عليه حقاً، فإن كان مفوتاً عليه حقاً بطل، فقد قال في أواخر الفصل الثالث من جامع الفصولين: «ولو أقر (أي المدعى عليه دار) بالدار لغيره بعدما أقام المدعي شاهداً واحداً أو شاهدين قبل الحكم بطل إقراره ولا تندفع به الدعوى. فلو جاء المدعي بالشاهد الآخر أو ظهرت عدالة الشاهدين والدار في يد المقر بعد فالقاضي يحكم على المقر. انتهى».

ومثل إقامة الشاهد أو الشاهدين في الحكم ما لو أراد المدعي تحليف المدعى عليه فأقر بالعين المدعى بها لغيره فإنه لا تندفع عنه اليمين (كما في الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين، أوص ٢٠٢).

والظاهر أن هذا مقيد بما إذا كان المقر له، والحالة هذه، غير صغير أو وقف، بدليل ما تقدم تحت المادة / ٧٨ / عن الفصل الخامس من جامع الفصولين فانظره. فقد بطل الإقرار لما كان تصحيحه والعمل بموجبه مضراً بالغير، وهو المدعي، ومفوتاً عليه حقاً.

وليس بمستنكر تفريع هذا على الفقرة الثانية من القاعدة السابقة وهي: «الإقرار حجة قاصرة» ثم لينظر ما لو كانت الدار المدعى بها في الصورة المذكورة عند ظهور عدالة الشاهدين ليست في يد المقر، بل كان سلمها للمقر له. والظاهر أن الحاكم ينزعها من يده ويسلمها للمدعي. وإذا كان غائباً يخير الحاكم المشتري: إن شاء أخذ من المقر القيمة، وإن شاء انتظر، حتى يقدم الغائب.

فقد نقل في جامع الفصولين، من المحل المذكور، عن الأصل بعيداً ما تقدم ما لفظه: «فلو برهن (أي المدعي) ثم باعه (أي باع المدعى عليه المدعى) فلو قدرت على المشتري أبطلت البيع ولو لم أقدر عليه وعدلت البينة خيرت المدعي: لو شاء أخذ من البائع قيمته، ولو شاء وقف الأمر حتى يقدم المشتري» (انتهى).

والظاهر أن ما قيل في صورة التسليم بحكم البيع يقال في التسليم بحكم الإقرار، بل هو أولى.

### تنبيه آخر:

لو أقر ثم ادعى الخطأ لا يصدق (ر: الدر المختار، قبيل كتاب الصلح). ولو أقر فلما استند خصمه إلى إقراره ادعى أنه كان كاذباً فيه وطلب من الحاكم تحليف اليمين على أنه لم يكن كاذباً في إقراره فإن الحاكم يحلفه (ر: المادة / ١٥٨٩ من المجلة) إلا في مسألة واحدة لو طلب فيها تحليف الخصم

على ذلك فإنه لا يحلف، وهي: ما إذا أقر ثم مات فادعى ورثته أنه كان أقر كاذباً وطلبوا تحليف المدعي اليمين على أنه لم يكن كاذباً في إقراره لا يحلف، لأنهم حين أقر لم يكن تعلق حقهم في ماله، وحين تعلق حقهم في ماله صار المال حقاً للمقر له<sup>(١)</sup>.

ولو ادعوا أنه كان أقر له تلجئة وطلبوا تحليفه على أنه لم يكن إقراره تلجئة يحلف المقر له: بالله لقد أقر لك إقراراً صحيحاً (ر: نور العين، وجامع الفصولين، في الفصل الخامس عشر).

وقال في نور العين بعده: يقول الحقيز: وكان ينبغي أن يتحد حكم المسألتين إذ الإقرار كاذباً موجود في التلجئة أيضاً. ولعل وجه الفرق هو أنه في دعوى التلجئة يدعي الورثة على المقر له فعلاً وهو تواضعه مع المقر في السر، فلذا يحلفه بخلاف دعوى الإقرار كاذباً. انتهى ببعض توضيح.

بقي ما لو أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار، هل يحلف الخصم على عدم كون المقر مخطئاً كما يحلف لو ادعى الكذب في الإقرار على عدم كونه كاذباً في إقراره؟ الظاهر أنه يحلف (ر: المادة / ١٥٨٩ من المجلة). إذ معنى كونه مخطئاً أن إقراره له ليس بصواب ولا موافقاً للحقيقة وهو معنى كونه كاذباً فيه، وهو أولى فيه، لأن دعوى الكذب تعتمد للإقرار بإقدامه عليه مع علمه بعدم وجوب شيء عليه، أحق بأن يؤخذ فيه فلم يؤخذ، فكان عدم مؤاخذته في الخطأ أولى.

#### تنبيه آخر:

إن مؤاخذة المرء بإقراره تجري على إطلاقها في القضاء لا في الديانة، لأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه. أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافاً لأبي يوسف (ر: رد المحتار، من البيع الفاسد، عن النهر، قبيل قول المتن: بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً).

\* \* \*

(١) الأصح: التحليف، كما في الدر وحاشيته، قبيل باب الاستثناء.

## القاعدة التاسعة والسبعون (المادة / ٨٠)

«لا حجة مع التناقض  
ولكن لا يختل معه حكم الحاكم»

### الشرح، مع التطبيق

«لا حجة مع التناقض» أي لا تعتبر الحجة ولا يعمل بها مع قيام التناقض فيها، أو في دعوى المدعي «ولكن» إذا وقع التناقض في الحجة، أي الشهادة، بعدما حكم بها «لا يختل معه حكم الحاكم».

مثلاً: لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة، لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولاً لا ينتقض حكم ذلك الحاكم، وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به.

إن التناقض إما أن يكون في الدعوى فقط، أو في الشهادة فقط، أو بين الدعوى والشهادة.

(أ) فإن كان في الدعوى ترد ابتداءً، فلا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها؛ إلا فيما إذا كان التناقض في محلات الخفاء الآتية، أو فيما إذا وفق المدعي بين تناقضه. كما لو أقر أحد بأنه استأجر داراً ثم ادعى أنها ملكه، فإن دعواه لا تسمع، ولكن إذا وفق - كأن قال: كنت مستأجراً ثم اشتريتها - تسمع دعواه (ر: المادتين / ١٦٥٥ و ١٦٥٧ من المجلة).

(ب) وإن كان التناقض في الشهادة، بأن رجع الشهود - كما في مثال المادة السابقة - فإنه يشترط أولاً أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم، أي حاكم

كان، فلورجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت إلى رجوعهم مطلقاً، سواء كان قبل الحكم أو بعده (ر: المادة / ١٧٣١ من المجلة).

وأما لو رجعوا في حضوره: فإن كان قبل الحكم بشهادتهم ترد لأنه لا يقضى بكلام متناقض ويعزرون، ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئاً. وإن كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع، لأن كلامهم الثاني مثل الأول في احتمال الصدق، فينظر حينئذ فيما يرجح أحد الكلامين على الآخر، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، والقضاء يضان عن الإلغاء ما أمكن، فلا ينقض برجعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف، والإتلاف سبب للضمان. وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، كما لو أنكر الخصم ثم أقر فإنه يعمل بإقراره، لأنه ليس بمتهم فيه (ر: المرأة، والدر المختار، من باب الفضولي).

وكما يضمن الشهود بالرجوع بعد القضاء يضمنون إذا ذكروا في شهادتهم شيئاً لازماً للقضاء وقضي بها، ثم ظهر الأمر بخلافه. كما لو شهدوا لمن يجب بغيره من الوراثة أنه وارث، ثم ظهر أنه غير وارث وأن الوارث غيره، فإن الوارث مخير بين تضمين الشهود أو المشهود له. وكذلك لو شهدوا أن له عليه كذا، فقضي عليه، ثم برهن على إبراء الدائن، فإن المقضي عليه مخير في تضمين الشهود أو المشهود له، بخلاف ما لو شهدوا بقرض فقط فقضي عليه، ثم برهن على الإبراء، فإنه لا سبيل له على الشهود وإنما يضمن المشهود له. (ر: جامع الفصولين، آخر الفصل الرابع عشر).

وإن كان التناقض في دعوى المدعي والشهادة، كما لو ادعى على آخر ألفاً ثمن مبيع فشهد الشهود بأنه قرض، أو ادعى ملك الشيء بالإرث من والده فشهدوا أنه ملكه بالإرث من أمه، أو ادعى بألف قرش ذهباً فوافق أحد الشهود وخالف الآخر فشهد أنها فضة ونحو ذلك، فإن البيئة في جميع ذلك لا تعتبر (ر: المادتين / ١٧١١ و١٧١٢ من المجلة).

تنبيه:

علل في الهداية اشتراط مجلس القضاء في الرجوع عن الشهادة بأن الرجوع فسخ للشهادة، فيختص بما يختص أداؤها به، وهو مجلس القضاء، وبأن الرجوع توبة، وهي على حسب الجناية، فالسر بالسر والإعلان بالإعلان.

واعترض الشراخ الأول بأن التلازم ممنوع فيه، فلا يلزم من اختصاص ابتداء أداء الشهادة بمجلس الحكم أن يختص الرجوع عنها به، لأن الرجوع ليس شهادة، وإنما هو إقرار بالكذب الذي يترتب عليه ضمان المال، فينبغي أن تقبل البينة عليه.

واعترض الثاني في تكملة فتح القدير بأن الإعلان لا يجب أن يكون في مجلس الحكم، بل يتحقق في مجاهرة الناس به والإشهاد عليه. ولم يأت أحد بجواب فيه مفتح.

والذي يظهر في توجيه اشتراط مجلس القضاء أن مدعي الرجوع لو أراد أن يثبت رجوعهم بالبينة، فإما أن يثبته بغيتهم أو بمواجهتهم، ولا سبيل إلى إثباته بغيتهم ولو سراً، لأنه يترتب عليه تضمينهم، فيكون قضاء على الغائب بدون نائب عنه، وهو لا يمكن. ولا سبيل إلى إثباته بمواجهتهم، لأنه جرح مجرد علي، فلا تقبل دعواه به، لأنه تفسيق قصدي، فلم يبق سبيل إلى ثبوت الرجوع إلا الإقرار في مجلس القضاء.

ولا يقال: «إن دعوى رجوع الشهود ليست جرحاً مجرداً، بل هي جرح مركب لما يترتب عليه من تضمينهم فينبغي أن يقبل علناً» لأن الجرح المركب يثبت فيه التفسيق تبعاً لدعوى المال المحضة، كما لو ادعى الشهود عليه بأن المدعي استأجر الشهود ودفع لهم الأجرة من مال الشهود عليه فيطلب استرداده، فأخذ المال هنا موجب بنفسه للرد، ويثبت تفسيق الشهود المستأجرين تبعاً، أما في مسألتنا فإن تضمين الشهود المال إنما هو فرع تفسيقهم بإثبات الرجوع عليهم، فتكون دعوى الرجوع عليهم - والحالة هذه - جرحاً مجرداً فلا تسمع.

تنبيه آخر:

من محلات الخفاء ما لو استأجر أحد داراً، ثم بعد الاستئجار علم أنها منتقلة إليه بالإرث، وادعى بذلك فإن دعواه تسمع (ر: المجلة، المادة / ١٦٥٥).

ومنها ما ذكره الرملي (في حاشيته على جامع الفصولين، من الفصل العاشر، ص ١٢٧ من المجلد الأول) نقلاً عن القاعدي: غاب له ثوب من المَقْصرة، فادعاه على أحد تلاميذ القصار، ثم ادعاه على آخر تسمع، ولا تناقض بينهما لما ذكرنا، أن الحال متى كان مما يشبهه يعفى. انتهى.

وهذا يدل على أن كل ما كان فعل غيره مستقلاً عنه فهو من محلات الخفاء، لأنه مما يشبهه، كما هنا، بخلاف ما لو كان فعل نفسه، فإنه لا يعفى، لأنه ليس مما يشبهه. فقد نقل الرملي، في المحل المذكور قبل ما تقدم، عن البرازية: ادعى على زيد أنه دفع له مالاً ليدفعه إلى غريمه وحلفه، ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كانت ظناً لا تقبل، لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد. انتهى.

ومثل هذا جاء في المادة / ١٦٥١ / من المجلة، وهو واضح لأن الدافع هو المدعي فكيف يشبهه عليه فعل نفسه؟ أو كان فعل غيره ولكن كان غير مستقل ذلك الغير به. كما لو ادعى أن فلاناً غصب منه الشيء الفلاني واستهلكه وعجز عن إثباته، ثم ادعى على آخر أنه غصبه منه، فالظاهر أن دعواه الثانية لا تسمع، لأنه وإن كان فعل غيره لكنه غير مستقل، إذ إنه يدعي أنه غصبه منه وأزال يده عنه فهو غير مجهول لديه فلا يعفى.

أما فرع القاعدة المذكور فليس فيه هذا المعنى، بل ادعى الأخذ من محل القصار، وهذا فعل مستقل ومنقطع عنه لا اتصال له به حتى يكون معلوماً له الأخذ، فكان مما يشبهه، فعفي فيه عن التناقض.

ومنها: ما لو اختلعت من زوجها على بدل دفعته له، ثم ادعت أن كان

طلقها قبل الخلع ثلاثاً مثلاً، فبرهنت على ذلك، تقبل بينتها وتسترد البذل (ر: الدر وحاشيته، من آخر باب الاستحقاق).

وهذا بخلاف ما لو ادعى نكاحها فأنكرت فصالحها على بدلٍ على أن تقر بالنكاح، ثم وجد بينة على النكاح الأول المدعى، لا يرجع بالبدل لأنه كزيادة في المهر (ر: جامع الفصولين، الفصل المكمل العشرين، ص ٢٥٨).

### تنبيه آخر:

من المعلوم أن المتناقض إذا صار مكذباً شرعاً بتكذيب الحاكم له يرتفع تناقضه، فلو ادعى عيناً في يد آخر أنها ملكه، فأجاب المدعى عليه بقوله: إن العين كانت ملك فلان وأنا اشتريتها منه، وأقام المدعى البينة على دعواه وحكم له بالعين، رجع المدعى عليه على بائعه بالثمن، لأن التناقض الذي وقع بين إقراره بكون العين للبائع وبين رجوعه بالثمن بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب الحاكم له في إقراره (ر: المادة / ١٦٥٤).

وأمثلة هذا كثيرة.

ولكن هذا مقيد بما إذا كان المتناقض يجري في رجوعه عن تناقضه على ما قامت عليه البينة، كالمثال المذكور، أما إذا كان يريد أن يجري على خلاف ما قامت عليه البينة فإنه لا يسمع منه ذلك ولا تقبل:

فلو ادعى على آخر ديناً فأنكر المدعى عليه بقوله: ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك، فبرهن المدعي على الدين، فبرهن المدعى عليه على الإيفاء، أو على الإبراء، لا تقبل.

وكذلك لو ادعى على آخر عيناً بالشراء منه، فأنكر البيع، فبرهن عليه المشتري، ثم وجد بالمبيع عيباً فأراد رده عليه بالعيب، فبرهن البائع أنه برىء إليه من كل عيب لا تقبل بينته مع أنه صار مكذباً بالقضاء عليه، وذلك لأن البينة قامت على قيام الدين في الأول، وعلى بيع مطلق موجب لتسليم المبيع سليماً في الثاني. وبدعواه الإيفاء أو الإبراء في الأول، والبراءة من العيوب في

الثاني يرد ما قامت عليه البيئنة، فلا يقبل وإن صار مكذباً بحكم الحاكم، لأنه والحالة هذه لا يجري على موجب حكم الحاكم.

بخلاف فروع المادة / ١٦٥٤ / المازة، فإن المدعى عليه بعد تكذيب الحاكم له جارٍ على موجب حكم الحاكم وجاعله مبنى لدعواه لا معاكس له؛ كما هو ظاهر، كما يستفاد من أوائل الفصل السادس عشر من نور العين (بعد نجو ورفقين من أول الفصل) وهذا نفيس جداً، فليحفظ.

#### تنبيه آخر:

الشاهد لو انكر شهادته بعد الحكم بها لا يضمن، لأن إنكار الشهادة ليس برجوع، بل الرجوع أن يقول: كنت مبطلاً في الشهادة (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع عشر، صفحة / ١٩١).

### الخلاصة

إن التناقض يعفى عنه في محلات الخفاء، كالنسب والعتق والطلاق. وكذلك يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم.

ويجب أن يضاف إلى أسباب العفو عن التناقض غير محلات الخفاء سبب آخر هو الاضطرار؛ فقد نقل في الدر المختار (أواخر القضاء) أنه لو أقر أحد بدين لآخر ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا تسمع دعواه ويقبل برهانه على ذلك.

ونقل في رد المحتار عن القنية أنه إنما يقبل برهانه، وإن كان متناقضاً في دعواه، لأنه مضطر.

فهذا صريح في أن الاضطرار من أسباب العفو عن التناقض. ووجه الاضطرار في إقراره في الفرع المذكور أنه عندما يحتاج إلى الاستدانة ولا يقبل الدائن أن يدينه إلا بالربا، فإنه لا يعطيه القرض إلا إذا أخذ عليه صكاً مثلاً يتضمن إقراره بأنه مدين بجميع المبلغ الذي هو أصل وربا، أو أشهد على إقراره بذلك.