



**T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (ARAPÇA)**

**DAVA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF'UN İMAM EBU HANİFE'YE
MUHALEFETİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ABDULHADI HUSEYİN

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ: SOHAİB ABDULRAHEEM HAMEED

**YALOVA
NİSAN 2022**



T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (ARAPÇA)

DAVA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF'UN İMAM EBU HANİFE'YE
MUHALEFETİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ABDULHADI HUSEYİN
(187239010)

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ: SOHAİB ABDULRAHEEM HAMEED

YALOVA
NİSAN 2022

ETİK BEYAN

Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tez Yazım Kuralları'na uygun olarak hazırladığım “**DAVA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF'UN İMAM EBU HANİFE'YE MUHALEFETİ**” başlıklı bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir, aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi taahhüt ve beyan ederim.

Abdulhadi HUSEYİN

أتعهد وأصرح بأني قد جهزت رسالتي هذه بعنوان: "مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب الدعوى" وفقاً لقواعد كتابة الرسالة الخاصة بمعهد الدراسات العليا في جامعة يالوفا، وأني قد حصلت على البيانات والمعلومات والوثائق الموجودة فيها في إطار القواعد الأكاديمية والأخلاقية، وقد قدمت جميع المعلومات والوثائق والتقييمات والنتائج وفقاً للقواعد العلمية والأخلاقيات التي أشرت إليها، وعزوت كل ما نقلته فيها إلى مصادره ومراجعته المستفاد منها خلال دراسة الرسالة، دون القيام بإجراء أي تغيير في البيانات المنقولة، وأصرح بأن العمل الذي قدمته في هذه الرسالة أصلي، وأتحمل كامل المسؤولية القانونية التي قد تنشأ في حالة ثبوت عكس ما صرحت به.

عبد الهادي حسين



ÖNSÖZ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وعلينا معهم آمين.

أما بعد فلقد أنعم الله عليّ بإتمام هذا البحث؛ الذي أسميته مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب الدعوى، وكان باكورة كتاباتي، أسأل الله التسديد والتأييد، ولقد أمضيت أثناء كتابته الأيام الطوال في مطالعة كتب الفقه والأصول واللغة والحديث والتراجم؛ فاكسبت الكثير من المهارات في البحث والتصنيف، ونسأل الله المزيد.

وأحب أن أتقدم بالشكر للأستاذ المشرف الدكتور صهيب عبد الرحيم؛ على ما تكرم به من الإشراف والإرشاد والمتابعة والحث الدائم كي يتم هذا البحث، كما أتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، كما أشكر جامعة يالوفا لإدارة ومدرسين، وأشكر جميع مشايخي وأساتذتي وأصدقائي.

وأهدي هذا البحث لوالدي الحبيبين الدّين وجهاني لطلب العلم الشرعي، جزاهم الله عني الجنة، وأهدي هذا البحث لزوجتي العزيزة التي كانت نعم العون لي على متابعة دراستي، وإلى الأهل والأقارب أجمعين، والحمد لله بدءاً واختتاماً.

عبد الهادي حسين

آيار-2022



İÇİNDEKİLER

ETİK BEYAN	i
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
ÖZET	ix
ABSTRACT	xi
xii	ملخص الرسالة
1.....	1. المقدمة
1.....	1.1. أهمية البحث:
2.....	1.2. أسباب الاختيار:
2.....	1.3. الدراسات السابقة:
4.....	1.4. خطة البحث:
7.....	1.5. منهج البحث:
9.....	2. تمهيد
9.....	2.1. أولاً: ترجمة الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى.
12.....	2.2. ثانياً: ترجمة القاضي أبو يوسف - رحمه الله تعالى -.
16.....	2.3. ثالثاً: مقدمات عن الدعوى.
27.....	3. المطلب الأول: الاستحلاف في الدعوى.
27.....	3.1. المسألة الأولى: حكم النكول عن اليمين.
32.....	3.1.1. سكوت المدعى عليه عن الجواب عند توجه اليمين إليه.
34.....	3.1.2. قول المدعى عليه عند توجه اليمين إليه: لا أقر ولا أنكر.
34.....	3.2. المسألة الثانية: الاستحلاف في الأشياء السبعة.
38.....	3.2.1. الاستحلاف في القصاص:
40.....	3.3. المسألة الثالثة: هل الاستحلاف على الحكم الحاصل أم على السبب؟
43.....	3.4. المسألة الرابعة: طلب المدعي تخليف الخصم مع قدرته على البينة.
47.....	3.4.1. التحليف بدون طلب من المدعي.

49.....	4. المطلب الثاني: التحالف في الدعوى.
49	4.1. المسألة الأولى: تحالف المتبايعين بسبب الاختلاف في الثمن بعد هلاك بعض المبيع.
56	4.2. المسألة الثانية: تحالف المولى والعبد المكاتب.
58	4.3. المسألة الثالثة: تحالف الزوجين بسبب الاختلاف في المهر.
61	4.3.1. الاختلاف بعد وفاة أحد الزوجين مع ورثة الآخر:
61	4.3.2. الاختلاف بين الورثة بعد وفاة كل من الزوجين في أصل التسمية:
61	4.3.3. اختلاف ورثة كل من الزوجين في مقدار المهر:
62	4.4. المسألة الرابعة: تحالف الزوجين بسبب الاختلاف في متاع البيت عند عدم البينة (مسبعة الدعوى).
66	4.4.1. اختلاف أحد الزوجين مع ورثة الزوج الآخر:
69.....	5. المطلب الثالث: التوكيل في الدعوى.
70	5.1. المسألة الأولى: التوكيل في الدعوى بإثبات الحدود.
73	5.2. المسألة الثانية: التوكيل في الدعوى في حقوق العباد من غير رضا الخصم.
77	5.2.1. رفض المدعى عليه الحضور:
77	5.2.2. اشتراط رضا المدينين لملازمة الدائن له:
78	5.3. المسألة الثالثة: هل الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه؟
81	5.4. المسألة الرابعة: إقرار الوكيل على موكله عند غير القاضي.
84	5.4.1. التوكيل في الخصومة بعدم الإقرار على الموكل:
85.....	6. المطلب الرابع: تعارض الدعاوي (ما يدعيه الرجلان).
85	6.1. المسألة الأولى: تعارض البينة المؤرخة والبينة غير المؤرخة في الملك المطلق.
88	6.2. المسألة الثانية: تعارض دعوتين في قدر الملك (التنازع في الدار).
93	6.3. المسألة الثالثة: التنازع في الحائط المشترك.
96	6.3.1. مسألة الخص والقمط:
98	6.3.2. التنازع على الباب المشترك:
98	6.4. المسألة الرابعة: مسألة السفلى والعلو.
101.....	7. المطلب الخامس: دعوى الميراث.

7.1. المسألة الأولى: اشتراط الجر في دعوى الميراث.	101
7.1.1. مسألة التَّلَوُّم:	105
7.2. المسألة الثانية: اشتراط اشتغال دعوى أحد الزوجين أنه لا وارث للزوج الآخر سواء كي يعطى أو فر النصيين.	106
7.3. المسألة الثالثة: أخذ كفيل من الورثة أن لا وارث للميت سواهم.	108
7.4. المسألة الرابعة: ميراث الغائب على يد من سيترك؟	110
8. المطلب السادس: دعوى النسب.	113
8.1. المسألة الأولى: ادعاء النسب من أكثر من واحد.	114
8.1.1. ادعاء نسب الولد من أكثر من رجل:	114
8.1.2. ادعاء النسب من أكثر من امرأة:	115
8.1.3. نسب الخنثى:	117
8.2. المسألة الثانية: ادعاء الملاعن ولد البنت المنفية بعد وفاتها.	118
8.2.1. هل يجوز للسيد أن ينفي ولد أمته ديانة بعد أن وطئها؟	120
8.3. المسألة الثالثة: ادعاء المولى النسب بعد أن أقرَّ به للغير.	122
8.3.1. ادعاء النسب بعد الشهادة به للغير:	124
8.3.2. ثبوت نسب ولد الزوجة الصغيرة إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر:	124
8.4. المسألة الرابعة: أخبرت بوفاة زوجها فتزوجت، ثم عاد الأول وادَّعى الزوجة والولد.	126
9. المطلب السابع: دعوى العقار وخمسة كتاب الدعوى.	131
9.1. المسألة الأولى: دعوى العقار.	131
9.1.1. أولاً: اشتراط تحديد العقار المشهور.	132
9.1.2. ثانياً: ترك المدعي أو الشهود ذكرَ حدٍّ واحد أو حدين.	133
9.1.3. ثالثاً: اشتراط ذكر اسم صاحب الحد واسم أبيه وجده.	134
9.2. المسألة الثانية: خمسة كتاب الدعوى.	136
10. الخاتمة	141
المصادر	145

ÖZGEÇMİŞ	153
----------------	-----



DAVA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF'UN İMAM EBU HANİFE'YE MUHALEFETİ

ÖZET

Bu çalışmamda Hanefî mezhebi bağlamında dava bahsiyle ilgili bazı önemli hükümleri İmam Ebû Hanîfe ve İmam Ebû Yûsuf arasındaki tartışmalı meseleleri merkeze alarak inceledim. Çalışmama, Ebu Hanîfe ve İmam Ebû Yûsuf'un hayatlarının kısa özetlerine yer vererek başladım ve araştırmam için önemli olan noktalara temas ettim. Daha sonra Hanefî mezhebindeki muteber kitaplardaki ihtilaflı meseleleri anlattım ve alimlerin sınıflandırma metodunu dikkate alarak mezkûr meseleleri aralarındaki benzerlikler üzerinden yedi kısma ayırdım. Öncelikle çalışmanın zeminini oluşturmak için meselelerin ittifak ve ihtilaf edilen noktalarını içerek şekilde meselelerin sunumunu yapıp ardından ihtilaf mahallini, iki imamın görüşlerini ve delillerini zikrettim. Ardından delilleri karşılaştırıp doğru olduğunu düşündüğüm görüşleri tercih ettim. Devamında mezhep imamlarının tercihleri varsa onları zikrettim ve yer yer Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin tercihlerine maddelerini işaret ederek yer verdim. Son olarak konuyu çalışanlar için önemli olduğunu düşündüğüm konuyla ilgili olan bazı meselelere ve değerlendirmelere yer verdim ve araştırmam neticesinde ulaştığım sonuçları zikrederek bazı önerilerde bulundum.

Anahtar Kelimeler: İmam Ebû Hanîfe, Kâdî Ebû Yûsuf, Da'vâ, Müddeî, Müddeâ.



THE DISAGREEMENTS OF JUDGE ABI YUSUF WITH IMAM ABI HANIFA IN THE COMMUNIQUÉ (BAB-I DA'WA)

ABSTRACT

In this research, I have analyzed some important provisions regarding the communiqué (bab-1 da'wa) in the Hanafi madhhabs. I carefully studied the caliphate issues between Imam Abu Hanifa and Imam Abu Yusuf. I started my research by writing brief summaries of the lives of Imam Abu Hanifa and Imam Abu Yusuf. In this research, I touched on the points that I needed the most. Then I explained the controversial issues in the reliable books of the Hanafi school. Then I divided the issues into seven parts. Then I divided it into seven parts according to the Imams' method of separating the issues and stated that there were similarities between these parts. Later, while describing the issues, I explained the points of agreement and disagreement between both Imams. I have separated the controversial points of many similar issues. Then I gave the opinion of both Imams. Then I added the proofs of both Imams. Then I discuss that evidence. Then I determine my preferred subject. Then I wrote down the preferences of Imams in other madhhabs, if found. Then I wrote down the issues and considerations that are important to those who research these issues. Then I gave this research to my hat by writing the most important conclusions and recommendations.

Keywords: Imam Abu Hanifa, Imam Abu Yusuf, Da'wa, Muddei, Alleged.

مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب الدعوى

ملخص الرسالة

لقد درست في هذا البحث أحكاماً مهمة متعلقة بباب الدعوى ضمن المذهب الحنفي، مركزاً على المسائل الخلافية بين الإمام أبي حنيفة والقاضي أبي يوسف في هذا الباب، ابتدأت البحث بذكر ترجمة موجزة عن الإمام أبي حنيفة والقاضي أبي يوسف، أبرزت فيها أهم النقاط التي أحتاج إليها في هذا البحث، ثم بدأت بعرض المسائل الخلافية التي وردت في الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي، وقسمت المسائل على سبعة مطالب، يجمعها نوع من التشابه، متأسياً بالعلماء في طريقة التقسيم، فكنت أعرض المسائل، وأذكر بين يدي المسائل المدروسة تمهيداً يشتمل على نقاط الاتفاق والاختلاف بين الإمامين، ثم أحرر محل الاختلاف، ثم رأي كل من الإمامين، وأتبع ذلك بدليل كل من الإمامين، وبعد ذلك أناقش تلك الأدلة، وأرجح الرأي الذي أميل إليه، وأعقب بذكر ترجيح أئمة المذهب إن وجد، وأحياناً أذكر اختيارات مجلة الأحكام العدلية مقرونة برقم المادة، ثم أختتم بذكر المسائل الملحقة والملاحظات التي تهم الدارس لهذه المسائل، ثم ختمت البحث بأهم النتائج والتوصيات.

كلمات مفتاحية: الإمام أبو حنيفة، القاضي أبو يوسف، الدعوى، المدعى، المدعى عليه.



1. المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الحكيم العدل، ذي القول الفصل، الذي أنزل الكتاب مشتملاً على الحكمة وفصل الخطاب، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد النبي الأواب، الناطق بالصواب، وأترضى عن سائر الآل والأصحاب، وعن تابعيهم إلى يوم المآب.

أما بعد فإن من تمام رحمة الله تعالى بالإنسان أن لم يدعه هَملاً بعد أن استخلفه في الأرض، بل جعل لكل أمة شرعة ومنهاجا يحقق لهم السعادة في الدنيا والنجاة في الآخرة، وإننا -أمة محمد ﷺ- كنا في خاتمة تلك الأمم، وأرسل الله إلينا خاتم الرسل ﷺ، فأخرجنا من ظلمات الجهل والظلم إلى نور العدل والعلم، وأيده الله بالقرآن الذي فيه حكم ما بيننا، فبين الحلال والحرام، وقَعَد أصول الأحكام التي تحكم على الفروع مهما امتدت الأزمان؛ لذلك أوجب الله تعالى على الأمة الرجوع إلى القرآن وإلى أهل الاجتهاد والعرفان في كل ما يطرأ من الحداث كي يهتدوا إلى سبل السلام. ولما كان الإنسان متصفاً بحب الذات والنسيان، كان لا بد له في معاشه مع من حوله من الاصطدام، ولما كان حفظ مصالح الناس وحقوقهم من أعظم مقاصد الإسلام، شرع الله جل جلاله أحكام الدعوى لفض كل خصام، ونص على جزئيات أحكامها الأئمة الأعلام، فشرحوها على التمام، فكانت دستور الحكام في دولة الإسلام، نسأل الله تعالى أن يجعل جزاءهم الإحسان، وكان ممن قيضهم الله تعالى لهذه المهمة أبو حنيفة النعمان، وتلاميذه وخصوصاً الصاحبين؛ أبا يوسف ومحمداً مولى بني شيبان. وإني عمدت إلى باب الدعوى فاستخرجت المسائل التي اختلف فيها الشيخان، وعرضت رأيي ودليل كل إمام، ووقفت على طريقة انقذاح الحجة في الأذهان، فرأيت فيما مكنهم الله منه من الفقه وحضور البديهة ما يبهز الأفهام، فكتبت في هذا البحث ما فتح به علي الله المنان، فما كان من توفيق فمن الرحمن، وما كان من قصور فمن نفسي ومن الشيطان، وسأشرع في مقدمات البحث والله المستعان وعليه التكلان.

1.1. أهمية البحث:

بعد البحث في باب الدعوى عموماً مهما جداً؛ لأن الدعوى هي مقدمة القضاء، فكل قضية يجب أن تتقدمها الدعوى ثم يتبعها القضاء الذي يحسم الموقف، أما أهمية تخصيص المسائل الخلافية بين الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف فبسبب

مكانة الإمام أبي يوسف بين أصحاب أبي حنيفة، فهو على أقل ما قيل فيه: إنه مجتهد ضمن المذهب، زد على ذلك الممارسة العملية الطويلة للقضاء التي أكسبته المكنة، كل ذلك جعل دراسة اجتهادات أبي يوسف وإبرازها من الأهمية بمكان، ولم يكتب قديما في هذا الباب، ذلك لأن مما جرت عليه عادة الأئمة قديما أن يذكروا المسائل ويعرضوا الأقوال والأدلة الواردة في المذهب بطريقة السرد المسهب، هذه الطريقة التي لم يعتد عليها أكثر أهل زماننا، ونَدَر أن تجد كتابا يعرض كل المسائل الخلافية في هذا الباب على نسق واحد - مع اشتغال الكتب لأصول تلك المسائل - فتجد بعض الكتب يستطرد في مسألة بينما يوجز في مسألة أخرى، أو يدلل على مسألة ويذكر أخرى من دون دليل، من أجل ذلك كان القيام بجمع هذه المسائل والأدلة المنثورة واستخراجها من بطون الكتب وتدوينها على نسق واحد يعين ويغني مبتغيها عن البحث الطويل.

1.2. أسباب الاختيار:

اخترت البحث لإظهار اجتهادات القاضي أبي يوسف ولا سيما تلك التي رجح أئمة المذهب أن الفتوى عليها، وللوقوف على طريقة فحول العلماء في الاستدلال على المسائل، وللإطلاع على اختلاف اجتهاداتهم؛ وذلك بسبب اعتبارات مختلفة، نتج عنها أحكام مختلفة، مما يفيد دارسي الفقه الإسلامي عموما والحنفي خصوصا في فهم آلية الاستنباط والاجتهاد عند نموذجين من الطراز العالي من فقهاء المسلمين؛ هما أبو حنيفة وأبو يوسف -رحمهما الله تعالى-.

1.3. الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسات خصصت الخلافات الواردة في هذا الباب بالبحث والدراسة عند العلماء المتقدمين، حيث كان المتقدمون في مؤلفاتهم يدرسون كل الأبواب الفقهية، ومنها باب الدعوى، علما أن باب الدعوى في كل مصنف يتناسب إيجازا وإسهاباً مع حجم كل كتاب، فقد بلغ في المبسوط أكثر من مائة وخمسين صفحة، وكذلك العدد في الفتاوى الهندية، أما في كتاب الفتاوى التتارخانية فقد استوفى باب الدعوى مجلدا كاملا، فبلغ مع فهرسه أكثر من ستمائة صفحة، وفقهاؤنا الحنفية في كتبهم يذكرون رأي الإمام أبي حنيفة ورأي القاضي أبي يوسف أثناء عرض أبواب الفقه من دون أفراد تلك الخلافات بالتصنيف، ولكن هناك دراسات حديثة ومعاصرة عرضت لهذا الموضوع، وقد أفدت منها في

بعض المسائل وأقدم على ذلك ثلاثة نماذج:

النموذج الأول: بحوث خصصت باب الدعوى بالدراسة منها: كتاب "نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية" للدكتور محمد نعيم ياسين، اشتمل هذا الكتاب على تمهيد وبابين وخاتمة، فجعل التمهيد على ثلاثة فصول تكلم في الفصل الأول عن القضاء، وفي الفصل الثاني عن تعريف الدعوى، وفي الفصل الثالث عن مسألة الظفر، أما الأبواب فقد تكلم في الباب الأول عن عناصر الدعوى في فصلين، وفي الباب الثاني تكلم عن الآثار المترتبة على الدعوى في ثلاثة فصول، ثم ختم الكتاب بخاتمة اشتملت على فصلين: تكلم في الأول عن الحكم القضائي؛ وفي الثاني عن العوارض التي تنهي الخصومة قبل صدور حكم فيها. وكتابه رسالة ضخمة بلغت أكثر من سبعمائة صفحة، قرأتها قبل أن أبدأ ببحثي فأفدت منها، كان في كل ذلك يعرض المسائل مبينا آراء المذاهب الفقهية الأربعة وغيرها، كما عرض لموقف أهل القانون قاصدا استكمال بحث الدعوى بذكر كل من تعرض له، لا على سبيل المقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

النموذج الثاني: بحوث درست مخالقات أبي يوسف في عدة أبواب فقهية من ضمنها باب الدعوى منها:

1- "مخالقات أبي يوسف للإمام أبي حنيفة النعمان من خلال كتاب متن القدوري": وهي رسالة دكتوراه مقدمة في كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية في بغداد، كتبها سعد محمود عبد الجبار عبد الجليل، سنة 1430هـ، 2009م جاءت رسالته على ثمانية فصول، وتكلم في الفصل السابع عن الدعاوي والبيانات وما شاكلها، فتحدث عن مسألتين فقط من باب الدعوى، هما مسألة اختلاف المتداعيين في مقدار الدعوى، ومسألة اختلاف المتبايعين في الثمن، وكان عرضه لهما مقارنا مختصرا جدا، ويكاد يكون بطريقة البتر لتلك المسائل، فلم يمهّد لها ولم يربطها بأصلها، ولعله سلك سبيل الاختصار ليتسنى له المجيء على كل مسائل الخلاف الواردة في القدوري، وعلى كل فباب الدعوى هو جزء من هذه الرسالة، كما أنه يعرض للمسائل التي ضمها مختصر القدوري فقط، فهو درس كل الخلافات بين الإمامين ملتزما بمصدر واحد، فعَمَّ الموضوع وخصص المرجع، بينما أنا في بحثي خصصت الموضوع وعممت المراجع، وذكرت المسائل متسلسلة عن أصولها بحيث يسهل فهمها وربطها بباب الدعوى ضمن المذهب الحنفي.

2- "اختيارات القاضي أبو يوسف في باب القضاء جمعًا ودراسة": وهي رسالة ماجستير تقدم بها الطالب سمير رحيم

إلى كلية العلوم الإسلامية في جامعة المدينة العالمية ماليزيا سنة 1436هـ، 2016، حيث اشتمل الفصل الثامن من رسالته على باب الدعاوى، جاء تحته سبع مسائل، يشترك مع بحثي في أربعة منها، وهي مسائل التوكيل في الدعوى، ومسألة النكول، ذكرها مقارنة مع المذاهب الأخرى بشكل مختصر، ولقد استفدت من بعض الأدلة التي ذكرها، وذكر ثلاث مسائل أخرى في هذا الفصل، لم أتعرض لها في بحثي لخلوها عن مخالفة الإمام أبي حنيفة، وذلك لأن بحثي موجه إلى الخلافات بين أبي حنيفة وأبي يوسف فقط، كما أنه أغفل ذكر كثير من المسائل التي يصدق عليه اسم اختيارات أبي يوسف، بينما كان بحثي أكثر استقصاء من بحث الأستاذ سمير رحيم، حيث ذكرت أغلب المسائل التي خالف فيها أبو يوسف أبا حنيفة في باب الدعاوى والتزمت بالمذهب الحنفي ولم أقارنه بالمذاهب الأخرى.

- النموذج الثالث: بحوث مخصصة لأبواب فقهية أخرى باسم مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة، وقد تناولت بعض المسائل الواردة في بحثي، بحكم كون تلك المسائل مشتركة بين عدة أبواب، وكل باحث يتناولها من حيث تعلقها ببحثه ووجهته، من هذه البحوث:

1- "مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب الشهادة" وهي رسالة ماجستير تقدم بها الزميل حسين موسى أوغلو إلى قسم العلوم الإسلامية في جامعة يالوا سنة 2021م، وقد ذكر في المبحث الثاني مسألة الدار المشهورة ومسألة الجِرِّ في الميراث، وقد درسهما وفق ما تمليه حيثيات باب الشهادة، أما أنا فقد درستهما من ناحية الدعوى، ولا غرو في ذلك فالمسائل الفقهية تشترك أحيانا بين عدة أبواب يدرسها كل باحث من حيث تعلقها ببحثه.

2- رسالة بعنوان "مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب القضاء بحث مقارن": تقدم بها الزميل محمد يوسف معّاز إلى قسم العلوم الإسلامية في جامعة يالوا سنة 2021م، عرض لمسألة العلو والسفل التي بحثتها، ولقد أفدت منه في تنسيقه وصوّه لبحثه.

ولقد كانت كل الرسائل الآتية الذكر تعرّج على ذكر آراء المذاهب الأخرى بيد أن رسالتي هي ضمن المذهب الحنفي فقط.

1.4. خطة البحث:

مقدمة

أهمية البحث

أسباب الاختيار

الدراسات السابقة

خطة البحث

منهج البحث

تمهيد

أولاً: ترجمة الإمام أبي حنيفة.

ثانياً: ترجمة القاضي أبي يوسف.

ثالثاً: مقدمات عن الدعوى: تعريف الدعوى، تعريف المدعي والمدعى عليه، سبب الدعوى، ركن الدعوى، مشروعية

الدعوى، الحكمة من مشروعية الدعوى، شروط الدعوى، أقسام الدعوى.

المطلب الأول: الاستحلاف في الدعوى.

المسألة الأولى: حكم النكول عن اليمين.

المسألة الثانية: الاستحلاف في الأشياء السبعة.

المسألة الثالثة: هل الاستحلاف على الحكم أم على الحاصل؟

المسألة الرابعة: طلب المدعي بيمين الخصم مع قدرته على البينة.

المطلب الثاني: التحالف في الدعوى.

المسألة الأولى: تحالف المتبايعين بسبب الاختلاف في الثمن بعد هلاك بعض المبيع.

المسألة الثانية: تحالف المولى والعبد المكاتب.

المسألة الثالثة: تحالف الزوجين بسبب الاختلاف في المهر.

المسألة الرابعة: تحالف الزوجين بسبب الاختلاف في متاع البيت عند عدم البينة.

المطلب الثالث: التوكيل في الدعوى.

المسألة الأولى: التوكيل في الدعوى بإثبات الحدود.

المسألة الثانية: التوكيل في الدعوى في حقوق العباد من غير رضا الخصم.

المسألة الثالثة: هل الوكيل يقبض الدين وكيل بالخصومة فيه؟

المسألة الرابعة: إقرار الوكيل على موكله عند غير القاضي.

المطلب الرابع: التعارض في الدعوى (ما يدعيه الرجلان).

المسألة الأولى: تعارض البينة المؤرخة والبينة غير المؤرخة في الملك المطلق.

المسألة الثانية: تعارض دعوتين في قدر الملك (التنازع في الدار).

المسألة الثالثة: التنازع في الحائط المشترك.

المسألة الرابعة: مسألة السفلى والعلو.

المطلب الخامس: دعوى الميراث.

المسألة الأولى: اشتراط الجبر في دعوى الميراث.

المسألة الثانية: اشتراط اشتغال دعوى أحد الزوجين أنه لا وارث للزوج الآخر سواء

المسألة الثالثة: أخذ كفيل من الورثة أن لا وارث للميت سواهم.

المسألة الرابعة: ميراث الغائب على يد من يترك؟

المطلب السادس: دعوى النسب.

المسألة الأولى: ادعاء النسب من أكثر من واحد.

المسألة الثانية: ادعاء الملاحن ولد البنت المنفية بعد وفاتها.

المسألة الثالثة: ادعاء المولى النسب بعد أن أقرّ به للغير.

المسألة الرابعة: أخبرت ب وفاة زوجها فتزوجت ثم عاد الأول وأدعى الزوجة والولد.

المطلب السابع: دعاوي متفرقة.

المسألة الأولى: دعوى تحديد العقار.

المسألة الثانية: خمسة كتاب الدعوى.

1.5. منهج البحث:

لقد اتبعت المنهج الوصفي التحليلي، حيث تتبعت مسائل الخلاف في باب الدعوى في مظانها من المراجع، وبعد ذلك

عملت على تحليل المسائل سيراً على الخطوات التالية:

1- ضمنت المسائل المشتركة إلى مطلب واحد وجعلت المطلب الأخير للمتفرقات.

2- ذكرت عنوان المسألة بصيغة تعبر عن محل الخلاف فيها.

3- مهدت لكل مطلب بتعريفات مستخرجة من القواميس وكتب الفقهاء.

4- جعلت بين يدي المسائل تمهيدا فيه بيان أصل المسألة ومواضع الاتفاق، ثم أصل من خلاله إلى محل الخلاف.

5- اذكر رأي الإمام أبي حنيفة ورأي القاضي أبي يوسف.

6- اذكر دليل أبي حنيفة ثم دليل أبي يوسف إذا استدلا بدليل، أما إذا عللا لرأيهما تعليلا فاذكره باسم وجه قول الإمام

أبي حنيفة أو وجه قول القاضي أبي يوسف، وقد أضفت بعض الأدلة التي يمكن أن يستدل بها، وقسمت الأدلة بغية

تبسيطها.

7- أناقش رأي كل من الإمامين، وأذكر الرأي الذي أميل إليه ثم اذكر ترجيح الأئمة المتأخرين على الأغلب وترجيح مجلة الأحكام العدلية إن وجد.

8- أذكر بعض المسائل الملحقه بالمسألة المدروسة بشكل مختصر.

9- اذكر التنبيهات التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار وأحيانا اختلاف الكتب في نقل المعلومات.

10- استعملت بعض الاختصارات في الحواشي منها ط: اختصار طبعة، هـ: للتاريخ الهجري، م: للتاريخ الميلادي.

11- أعزو الآيات لمواضعها والأحاديث والآثار لمصادرها.

12- استعمل قوسين بهذا الشكل [] للآيات، وقوسين بهذا الشكل « » للأحاديث، واستعمل إشارة التنصيص " " للاقتباسات والآثار، واستعملت أقواس بهذا الشكل () للأرقام.

13- ترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم في ثنايا البحث بشكل مختصر معتمدا على كتب الطبقات والتراجم، باستثناء من ورد ذكره في التمهيد.

14- ذكرت النتائج والتوصيات في نهاية البحث.

15- استعملت الأرقام لتقسيم البحث ابتداء من المطلب الأول بهذا الشكل 1، 1، 1 فالرقم الأول يشير إلى المطلب والثاني يشير إلى المسألة، والثالث يشير إلى ما يتفرع عن المسألة.

2. تمهيد

2.1. أولاً: ترجمة الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

الإمام أبو حنيفة هو الإمام الأعظم والفقير المتفنن البارع النعمان بن ثابت بن زوطى بن ماه، وقيل هو النعمان بن ثابت بن النعمان بن المرزبان، من أبناء فارس الأحرار، مولى بني تميم الله، قيل كان جده رقيقاً فأعتق.¹

ولد الإمام أبو حنيفة سنة ثمانين للهجرة، وأدرك عدداً من الصحابة الكرام رضوان الله تعالى عليهم، منهم سيدنا أنس بن مالك.²

صفاته وأخلاقه:

كان - رحمه الله تعالى - جميل الوجه حسن المجلس كريماً مواسياً لإخوانه، وكان رُعةً³ من القوم وقيل كان طوالاً.⁴ كان - رحمه الله تعالى - عالماً ورعاً زاهداً تقياً، مكثراً من قراءة القرآن ومن البكاء والتضرع حتى يرحمه جيرانه لما يرون من بكائه ليلاً، وقد وصفه تلميذه أبو يوسف بين يدي الخليفة هارون الرشيد فقال: "كان والله شديد الذب عن حرام الله، مجانباً لأهل الدنيا، وطويل الصمت دائم الفكر، لم يكن مهذاراً ولا ثرثاراً، إن سئل عن مسألة عنده منها علم أجاب فيها، ما علمته يا أمير المؤمنين إلا صائناً لنفسه ولدينه، مشغولاً بنفسه عن الناس، لا يذكر أحداً إلا بخير. فقال الرشيد: هذه أخلاق الصالحين.⁵

1 ينظر: الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي، تاريخ بغداد وذيوله، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط: 1/ 1417هـ: (326/13)، ينظر: ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر/ بيروت، ط: 1/ 1994م: (405/5)، ينظر: محيي الدين القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر الله، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة / كراتشي: (26/1).

2 ينظر: اليافعي، أبو محمد عفيف الدين عبد الله بن أسعد، مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1 / 1417 هـ - 1997 م: (243، 242/1).

3 هو ما ليس بالطويل البائن ولا القصير المتردد ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط: 1/ 1414هـ: (405/7).

4 ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (408/5).

5 ينظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد الدكن بالهند، ط: 3/ 1408 هـ: (17).

طلبه للعلم:

بدأ الإمام أبو حنيفة أولاً في علم الكلام، ثم انتقل إلى علم الفقه، فروى زفر¹ عن أبي حنيفة أنه قال: كنت أنظر في الكلام حتى بلغت فيه مبلغاً يشار إليّ فيه بالأصابع، ثم قلت لا حاجة لي في الكلام، فجلست إلى حماد فصحبته وكنت أحفظ أقواله فلم أفارقه حتى مات.²

ولقد أخذ الفقه عن حماد بن أبي سليمان، وسمع من عطاء بن أبي رباح ومخارب بن دثار وأبي إسحاق السبيعي وابن حبيب الصواف ونافع مولى عبد الله بن عمر ومحمد بن المنكدر وعروة وهشام، وتفقه به أبو يوسف ومحمد بن الحسن³ وزفر بن الهذيل وروى عنه عبد الله ابن المبارك ووكيع بن الجراح.⁴

أراد الخليفة أبو جعفر المنصور أن يقلده القضاء فأبى، وأراد ابن هبيرة⁵ أن يجبره على القضاء فأبى فضربه بالسياط.⁶

أقوال الفقهاء والمحدثين فيه:

قال عنه الإمام مالك عندما سئل عنه: "رأيت رجلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقام بحجته".⁷

1 هو زفر بن الهذيل العنبري أبو الهذيل مولده في سنة 110 هـ ووفاته سنة 158 هـ عن عمر قدره 48 سنة وكان من أصحاب الأثر والحديث ثم انتقل إلى مدرسة أهل الرأي وهو أقيس أصحاب أبي حنيفة وهو ممن جمع بين العبادة والعلم. ينظر: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، ط: 1 / 1970: (135).

2 ينظر: المزي، أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1 / 1400 هـ - 1980 م (426/29).

3 هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولاهم أبو عبد الله ولد في مدينة واسط في العراق سنة 132 هـ ولكن أصل أهله من دمشق من بلدة حرستا هاجروا إلى العراق إلى واسط ثم إلى الكوفة فنشأ الإمام محمد في الكوفة لزم أبا حنيفة سنتين ثم لزم أبا يوسف بعدها كما قرأ الموطأ على الإمام مالك وله رواية للموطأ وسمع من سفيان الثوري ومسعر بن كدام ومن الأوزاعي وهو الذي ألّف الكتب في المذهب الحنفي ودوّّن أراء أبي حنيفة وأبي يوسف استوطن بغداد وحُدث فيها ولّاه هارون الرشيد قضاء الرقة روى عنه الشافعي وقال فيه: "حملت من علم محمد وقر بعير" توفي في الري وفيها دفن سنة 189 هـ. ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء: (135)، الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله: (169/2).

4 ينظر: ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (406/5).

5 أبو المثنى عمر بن هبيرة بن سعد بن عديّ الفزاري، الأمير، داهية شجاع. كان رجل أهل الشام، أظهر بسالة في غزو الروم، ولي الجزيرة لعمر بن عبد العزيز وعزله هشام ووفاته سنة 110 هـ. ينظر خير الدين الزركلي، الأعلام: (68 / 5).

6 ينظر: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله: (329/13).

7 ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (408/5).

وقال عنه الإمام الشافعي: "الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة".¹

وكان الإمام أحمد بن حنبل أيام محنته يذكر أبا حنيفة كثيراً، ويتسلى عن محنته بضرب أبي حنيفة على القضاء.²

وروى محمد بن سعد العوفي عن يحيى بن معين أنه قال: "كان أبو حنيفة ثقة لا يحدث بالحديث إلا بما حفظه، ولا يحدث بما لا يحفظ".³

ولقد قُبل كلام الإمام أبي حنيفة في الجرح والتعديل، وذكر صاحب الجواهر المضنية في طبقات الحنفية شواهد لقبول أئمة هذا الشأن كلام أبي حنيفة في الجرح والتعديل فلتراجع.⁴

ولقد نُقل في بعض كتب التراجم والتواريخ بعض الأقوال التي تنتقص من أبي حنيفة وتنال من دينه، ولكن يجب أن يُعلم أن مَرَدَّ ذلك إلى الحسد، وهذا الشأن في المبدعين فإنهم يُعادون ويحسدون، وأنيَّ يصدق ذلك على إمام شهد بإمامته القاصي والداني ولا يُشك في دينه.⁵

وكما قال أبو الأسود الدؤلي:⁶

حسدوا الفتى إذ لم ينالوا سعيه فالقوم أعداء له وخصوم⁷

1 المرجع السابق: (409/5)

2 ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (29/1).

3 الميرزى، تهذيب الكمال في أسماء الرجال: (424/29).

4 ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (30/1). محمد عبد الحي اللكنوي، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية-حلب، ط: 3/ 1407هـ: (127).

ولم يقبل جرح الخطيب البغدادي فيه وفي متبعيه بعد قول ابن حجر في الخيرات الحسان نقلاً عن ابن عبد البر راس علماء الشأن الذين رووا عن أبي حنيفة وثقوه وأثنوا عليه أكثر من الذين تكلموا فيه والذين تكلموا فيه من أهل الحديث أكثر ما عابوا عليه الإغراق في الرأي والقياس أي وقد مر أن ذلك ليس بعيب وقال الإمام علي بن المديني أبو حنيفة روى عنه الثوري وابن المبارك وحماد بن زيد وهشام ووكيع وعباد بن العوام وجعفر بن عون وهو ثقة لا بأس به وكان شعبة حسن الرأي فيه

5 ينظر: ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (413/5).

6 هو ظالم بن عمرو بن سفيان بن جندل الدؤلي الكناني: واضح علم النحو. كان معدوداً من الفقهاء والأعيان والأمراء والشعراء والفرسان والحاضري الجواب، من التابعين. 69 هـ ينظر: الزركلي، الأعلام: (3/ 236).

7 أبو سعيد السكري، ديوان أبو الأسود الدؤلي، تحقيق: محمد حسن آل ياسين، دار ومكتبة الهلال - بيروت، لبنان ط: 2/ - 1418 هـ، 1998 م: (403)

قال ابن المبارك - رحمه الله تعالى -:¹

رأيت	أبا	حنيفة	كل	يوم	يزيد	نبالة	ويزيد	خيرا
رأيت	أبا	حنيفة	حين	يؤتى	ويطلب	علمه	بحراً	غزيراً
إذا	ما	المشكلات	تدافعتها	رجال	العلم	كان	بها	بصيراً

توفي - رحمه الله تعالى - في رجب، وقيل في شعبان سنة مئة وخمسين للهجرة، عن عمر يناهز السبعين سنة، ودفن في مقبرة الخيزران،² وقبره معروف هناك.³

2.2. ثانياً: ترجمة القاضي أبو يوسف - رحمه الله تعالى -.

هو الإمام المجتهد المحدث العلامة قاضي القضاة يعقوب بن إبراهيم القاضي الأنصاري أبو يوسف، قال ابن عبد البر لا يختلفون أن أبا يوسف القاضي هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حبة الأنصاري، وسعد هذا هو سعد بن عوف بن بجير بن معاوية، فبجير أبوه، وأمه حبة، له صحبة عرض على النبي ﷺ يوم أحد فاستصغره، شهد الخندق وغيرها،⁴ وهو بجلي وأمه حبة بنت مالك من بني عمرو بن عوف جاءت به إلى رسول الله ﷺ فدعا له وبرك عليه ومسح على رأسه.⁵

ولد سنة ثلاث عشرة ومائة،⁶ وهو من أهل الكوفة وسكن بغداد، حدث عن هشام بن عروة ويحيى بن سعيد الأنصاري وعطاء بن السائب ويزيد بن أبي زياد وأبي إسحاق الشيباني وعبيد الله بن عمر والأعمش وحجاج بن أرطاة وأبي حنيفة،

1 الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله: (349/13).

2 هي في بغداد وحالياً تعرف بمقبرة الأعظمية، وهي تحيط بمسجد الإمام أبو حنيفة النعمان، وهذه المقبرة قديمة العهد وهي أصل مدينة الأعظمية، ينظر: وليد الأعظمي، أعيان الزمان وجيران النعمان في مقبرة الخيزران، مطبعة الإخوان، بغداد.

3 ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضوية في طبقات الحنفية: (27/1)، الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله: (331/13).

4 ينظر: ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي، البداية والنهاية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: 1/ ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م: (193/10).

5 ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضوية في طبقات الحنفية: (220/2).

6 ينظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 3، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م: (535/8).

وتخرج به أئمة كمحمد بن الحسن ومعلی بن منصور وهلال الرأي وابن سماعة¹ وعدة.²

أخذ الفقه عن الإمام أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وهو المقدم من أصحابه، وهو أنبل تلامذته وأعلمهم³، ولزمه مدة طويلة، فعن أبي يوسف أنه قال: صحبت أبا حنيفة سبع عشرة سنة⁴، وجالس عبد الرحمن ابن أبي ليلى⁵، وولي القضاء لثلاثة من الخلفاء العباسيين، المهدي والهادي والرشيد، وكان الرشيد يكرمه ويحمله وكان عنده حظاً مكيناً، قال ابن عبد البر: لا أعلم قاضياً كان إليه تولية القضاة في الآفاق من الشرق إلى الغرب إلا أبا يوسف هذا وأحمد بن أبي داود في زمانه⁶، وهو أول من دعي بقاضي القضاة، ويقال إنه أول من غيّر لباس العلماء، وكان لباس الناس شيئاً واحداً لا يتميز أحد عن أحد بلباسه.⁷

وعن هلال الرأي قال: "كان أبو يوسف يحفظ التفسير، ويحفظ المغازي وأيام العرب، وكان أحد علومه الفقه".⁸
قال الإمام أحمد وابن معين وابن المديني: "ثقة".⁹

وكان يحضر مجلسه العلماء على اختلاف طبقاتهم، فيتناظرون ويتباحثون، حتى أن الأمام أحمد بن حنبل كان شاباً، وكان يحضر مجلسه مع الناس.¹⁰

وروي عن محمد بن الحسن أنه مرض أبو يوسف في زمن أبي حنيفة مرضاً خيف عليه منه، قال: فعاده أبو حنيفة ونحن

1 محمد بن سماعة: تفقه على أبي يوسف ومحمد وهو الذي كتب كتاب النوادر ولاء المأمون قضاء بغداد. ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء: (138).

2 ينظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء: (535/8).

3 ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (378/6).

4 ينظر: المرجع السابق: (535/8).

5 محمد ابن عبد الرحمن بن أبي ليلى الكوفي ولد سنة أربع وسبعين هجرية وتوفي في السنة مائة وثمان وأربعين للهجرة تولى قضاء الكوفة ثلاثاً وثلاثين سنة كان فقيهاً بارعاً تعلم الفقه من الشعبي وتفقه به سفيان الثوري وتوفي في السنة مائة وثمان وأربعين للهجرة ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (179/4).

6 ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (220/2).

7 ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (378/6).

8 المرجع السابق: (535/8).

9 محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (220/2).

10 ينظر: ابن كثير، البداية والنهاية: (193/10).

معه، فلما خرج من عنده وضع يده على عتبة الباب وقال: إن يمت هذا الفتى فإنه أعلم من عليها، وأوماً إلى الأرض. وهو أول من وضع الكتب في الفقه على مذهب أبي حنيفة وأملى المسائل ونشرها، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض.¹

توفي رحمه الله ببغداد يوم الخميس وقت الظهر لخمس خلون من ربيع الأول سنة إحدى أو اثنتين وثمانين ومائة.² وقال النخعي: "حدثنا أبو عمرو القزويني حدثنا القاسم بن الحكم العربي قال: سمعت أبا يوسف عند موته يقول: ياليتني مت على ما كنت عليه من الفقر وأني لم أدخل في القضاء، على أني ما تعمدت بحمد الله ونعمته جوراً، ولا حابيت³ خصماً على خصم من سلطان ولا سوقاً".⁴

وعن محمد بن سماعة أنه قال: سمعت أبا يوسف يقول في اليوم الذي مات فيه: "اللهم لقد اجتهدت في الحكم بما وافق كتابك وسنة نبيك ﷺ، وكل ما أشكل علي جعلت أبا حنيفة بيني وبينك، وكان عندي والله ممن يعرف أمرك ولا يخرج عن الحق وهو يعلمه".⁵

آثاره العلمية:

إن مما وصل إلينا من كتب الإمام أبي يوسف "كتاب الخراج"، وهو كتاب في أحكام الأموال، ألّفه بناء على طلب الخليفة هارون الرشيد، وهو كتاب فريد في بابه عظيم النفع، و"كتاب الآثار"، وهو كتاب جمع فيه الأدلة الفقهية، وأغلبها من روايته عن شيخه أبي حنيفة، وكتاب "اختلاف ابن أبي ليلى وأبي حنيفة" وهو كتاب ذكر فيه بعض المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وكان يذكر فيه الرأي الذي يرجحه أحياناً، وله كتاب "الرد على سير الأوزاعي".⁶

هذا بالإضافة إلى كتب كثيرة ألفها القاضي أبو يوسف ولكن لم تصل إلينا، إما بسبب الحروب التي غيّبت كثيراً من تراث

1 ينظر: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله: (345/14).

2 ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (220/2).

3 وحابي الرجل حباء: اختصه ونصره ومال إليه ينظر: ابن منظور، لسان العرب: (163 / 14).

4 الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله: (345/14).

5 المرجع السابق: (345/14).

6 ينظر: محمد زاهد الكوثري، حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي، دار الأنوار، مصر، 1368هـ / 1948م (31).

الأمة، أو بسبب ضخامة تلك الكتب مما أدى إلى قلة نُسخها، ومن ذلك كتاب "الأُمالي"، وكتاب "الرد على مالك بن أنس"، وكتاب "الجوامع"، وغير ذلك.¹

مكانته العلمية:

إن أقل ما قيل في أبي يوسف أنه من الطبقة الثانية من طبقات المجتهدين، وهي طبقة المجتهدين في المذهب، وهم القادرون على استخراج الأحكام من الأدلة ضمن الأصول والقواعد التي قرَّرها إمام المذهب.²

ولقد نُسبت أقوال أبي يوسف للمذهب الحنفي إما لأنها روايات عن أبي حنيفة، أو أنها أقوال ناقشها أبو حنيفة في المسائل ورجح غيرها، إذ كان من عادته أنه يطرح المسألة ويذكر الأقوال فيها، ثم يرجح واحداً من تلك الأقوال، فلربما رجح رأياً لم يوافقه عليه بعض تلامذته، أو لأن أبا يوسف كان يستنبط الأقوال بحسب أصول وقواعد أبي حنيفة.³

علماً أن شمس الأئمة الكردي والإمام اللكنوي والشيخ محمد زاهد الكوثري ومفتي الديار المصرية الشيخ محمد بخيت المطيعي⁴ ذكروا أن القاضي أبا يوسف وصل إلى درجة الاجتهاد المطلق، ولكن لم يخرج عن مذهب شيخه، وقد أيد الكوثري ما ذكره بشهادة العلماء الذين عاصروا أبا يوسف وعلى رأسهم شيخه أبو حنيفة، حيث شهد له بغزارة علمه وتفوقه على أقرانه، مع ذكاء فطري وملكة حافظة قوية وقوة حجاج، إضافة إلى ملازمة طويلة لشيخه أبي حنيفة دامت أكثر من سبعة عشر عاماً، صقلت مواهبه وأكسبته سجية فقهية نادرة، وعلى رأي الشيخ الكوثري أن موافقة رأي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة هو بسبب أنه اجتهد وكانت نتيجة اجتهاده مثل نتيجة اجتهاد أبي حنيفة، وليس ذلك تقليداً منه؛ لأن المجتهد لا يحل له تقليد غيره، ولكن قد يوافق اجتهاده اجتهاد غيره، والدليل على ذلك أنه خالف أبا حنيفة

1 ينظر: المرجع السابق: (32).

2 ينظر: يعقوب البا حسين، التخریج عند الفقهاء والأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، 1414 هـ، بدون طبعة (301).

3 ينظر:

Arş. Gör. Seyit Mehmet UĞUR, ABDÜLGANÎ B. İSMAİL en-NABLUSÎ'NİN "el-CEVÂBÜ'Ş-SERÎF Lİ'L-HAZRETİ'Ş-SERÎFE fî ENNE MEZHEBE EBÎ YÛSUF ve MUHAMMED HÛVE MEZHEBÜ EBÎ HANÎFE" İSİMLİ RİSALESİNİN TAHKİK VE TAHLİLİ, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 29, 2017, s. (630.)

تحقيق وتحليل رسالة الجواب الشريف للحضرة الشريفة في أن قول أبي يوسف ومحمد هو قول أبي حنيفة (630).

4 ينظر: محمد تقي العثماني، أصول الإفتاء وآدابه، دار القلم-دمشق، ط: 1435/1 هـ-2014 م: (112)، محمد أمين بن عابدين، شرح عقود رسم المفتي، تحقيق أبو لبابة، مكتبة الخليج: (41).

في كثير من المسائل ومنها مسائل في الأصول.¹

وفي ختام الترجمتين أقول: إن اجتماع الفضائل في الشيخين الجليلين أبي حنيفة وأبي يوسف هي التي ميزتهما وجعلت الناس يقبلون عليهما ويأخذون عنهما، فقد اجتمع لأبي حنيفة الذكاء الخارق مع الأدب مع طول ملازمة الشيوخ، أضف إلى ذلك استغناؤه عن دنيا الناس، وزهده في المناصب الدنيوية، ولكن أبرز صفة فيه هي الفقه والتفقيه، فقد كان يتعهد تلامذته في كل احتياجاتهم، وكان يثني على المجدين منهم، فهو الذي سهل على أبي يوسف سلوك طريق العلم، وأنفق عليه، فقال عن أبي يوسف عندما عاده في مرضه: إن يمت هذا الفتى فهو أعلم من عليها، ولما صح أبو يوسف وأراد أن يترك حلقة شيخه ردّه إليه بالحكمة، فأعظم بشيخ يعامل تلميذه معاملة الأب الشفيق، ثم مما لا ينتهي منه العجب كيف أثرت تلك التربية العظيمة في نفس ذلك التلميذ النجيب، فكان لا ينسى فضل شيخه أبداً، فقد ورد عنه أنه قال " ما صليت صلاة قط إلا دعوت الله لأبي حنيفة واستغفرت له".²

2.3. ثالثاً: مقدمات عن الدعوى.

هذا ولا بد من تبين بعض المقدمات التي تعوز القارئ في مبحث الدعوى، حتى يكون من فهم مدارك الخلاف على بينة وهي: تعريف الدعوى، وتعريف المدّعي والمدّعى عليه والمدّعى، وسبب الدعوى، وركن الدعوى، ومشروعية الدعوى، والحكمة من مشروعيتها، وشروطها، وحكمها، وأقسامها.

1-تعريف الدعوى:

الدعوى لغة: اسم لما يدّعيه الإنسان ومنه ادّعى زيد كذا يدعي ادعاء.³

وتستعمل بمعنى الدعاء، وهو الطلب،⁴ كما لو قلت اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين جاز،

1 ينظر: محمد زاهد الكوثري، حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي: (23،24).

2 الحسين بن علي الصيمري أخبار أبي حنيفة وأصحابه، عالم الكتب، بيروت، ط: 1405/2هـ-1985م: (100)، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم دار الكتب العلمية، بيروت: (173).

3 ينظر: المرتضى الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية: (48/38).

4 ينظر: الشريف الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1/ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م: (104).

حكى ذلك سيبويه قال الله تعالى: ﴿وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾¹ ومعنى الدعوى هنا: الدعاء، والدعاء:

هو الرغبة إلى الله عز وجل، يقال: دعاه دعاء ودعوى، والدعوة الواحدة من الدعاء، والدعاء واحد من الأدعية.²

وتستعمل الدعوى بمعنى الزعم فيقال ادّعى أن الشيء له بمعنى زعم أن الشيء له، حقا كان أو باطلا، والادّعاء: التمني

وبه فسر قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾³ أي ما يتمنون، وقد يتضمن الادّعاء معنى الإخبار فتدخل الباء جوازا، يقال:

يدّعي فلان بكرم فعالة، أي يخبر بذلك عن نفسه.⁴

والدعوة: الدعاء إلى الطعام والشراب، والدعوة بالكسر الادّعاء في النسب، هذا كلام أكثر العرب إلا عدي الرباب

فإنهم يفتحون الدال في النسب ويكسرونها في الطعام.⁵

والاسم الدعوى وجمع الدعوى الدعاوى والدعاوي بفتح الواو وكسرها.⁶

فمما سبق يتبين أن من معانيها اللغوية، الطلب والتمني، والدعوة إلى الطعام، وزعم الإنسان أن الشيء له حقا كان أو

باطلا، وهذا الأخير هو المعنى المتصل ببحثنا.

الدعوى اصطلاحا: عرفت بتعريفات كثيرة نذكر ثلاثة منها:

التعريف الأول: الدعوى "هي قول مقبول يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه".⁷

يلاحظ على هذا التعريف أنه خص الدعوى بالقول، فلم يدخل فيه الإخبار بالكتابة مثلا أو بالإشارة عند الضرورة، ولم

يخصص الدعوى بمجلس القضاء، مما أدى إلى دخول المعنى اللغوي في المعنى الشرعي؛ إذ الدعوى لغة لا تختص بمكان

معين.

1 سورة يونس، الآية: 10.

2 ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (260/14).

3 سورة يس، الآية: 57.

4 ينظر: المرتضى الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية: (48/38).

5 ينظر: المرجع السابق: (48/38).

6 ينظر: الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت: (194/1).

7 ابن عابدين، محمد بن أمين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط: 1/1412هـ-1992م: (541/5).

التعريف الثاني: "هي إخبار بحق له على غيره".¹

يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يذكر مجلس القضاء، وهو شرط للدعوى الصحيحة، وخصص الحق بكونه للمدعي، مما أخرج دعوى الوكيل لأنه يطلب الحق لغيره.

التعريف الثالث: "هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي".²

هذا تعريف الدعوى في مجلة الأحكام العدلية، وهو من أكمل التعريفات؛ لاشتماله على القيود التي تجعله جامعا مانعا، لكن يؤخذ عليه أنه يدخل فيه الفضولي، وهو الذي يطالب بحق لغيره من دون توكيل.³

ومن مجموع التعريفات السابقة نلاحظ أنها تشترك في أنها تعرف الدعوى بأنها طلب الحق أو إخبار بالحق، ويكون ذلك من المدعي أو من وكيله، وأنها عممت الحق فجعلته يشمل كل حق للإنسان يحق له أن يدعى به، وأنها جعلت مكان الادعاء هو مكان القضاء.

وقد عرفها الدكتور نعيم ياسين بقوله: "الدعوى قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته".⁴

وميزة هذا التعريف أنه ينص بالتصريح على كل القيود، ولا يكتفي بالتلميح المستفاد من عموم الألفاظ الذي ورد أحيانا في التعريفات السابقة، فهو مثلا نص على "ما يقوم مقامه" أي ما يقوم مقام القول من الكتابة والإشارة، ويصرح بكلمة "يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله" فأخرج بذلك الشهادة والإقرار؛ لأنهما يظهران الحق للغير في مجلس القاضي بدون ادعاء الملك، ونص على كون هذا القول مقبولا، فخرجت به الدعوى الفاسدة، ونص بقوله "أو لمن يمثله" على جواز الدعوى من نائب المدعي ووكيله، ونص بقوله "أو حمايته" على دخول دعوى منع التعرض وهي: قول يقصد به

1 شيخه زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ: (249/2).

2 لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، نور محمد كارخانه تجارت كتب آرام باغ كراتشي، المادة: 1613: (320).

3 ينظر: محمد نعيم ياسين، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، دار عالم الكتب، الرياض، ط: خاصة/ 1423هـ - 2003م: (79).

4 المرجع السابق: (ص: 83).

الإنسان حماية حق نفسه¹؛ وذلك لأن الحق إما أن يكون وجوديا، كأن يقول، لي على فلان مبلغ من المال، أو أن يكون الحق عدميا -وهو المسمى بدعوى دفع التعرض- كأن يدعي رجل أن فلانا يتعرض له في شيء ما بدون حق، ويطلب من القاضي دفع تعرضه، فإذا لم يثبت المدعى عليه وجه أحقيته في التعرض بمنعه القاضي من التعرض، وهذه الدعوى تسمى دعوى دفع التعرض، وهي تختلف عن دعوى طلب قطع النزاع التي يطلب فيها المدعي من القاضي أن يجبر الخصم على الادعاء إن كان له حق، أو يبرأ الخصم من الحق، فإنها لا تسمع؛ لأن الإنسان مخير فلا يجبر على الوقت الذي يدعي فيه.²

وقد سبقه الشيخ علي حيدر³ في درر الحكم بتعريف قريب جدا من هذا التعريف فقال: "هي طلب أحد حقه من آخر قولاً أو كتابة في حضور القاضي حال المنازعة، بلفظ يدل على الجزم بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه".⁴

وزاد الشيخ علي حيدر على الدكتور نعيم ياسين بحصر الدعوى في حال المنازعة، ومراده من المنازعة هو وجود مدع ومدعى عليه، إذ إنه لو نفى عن نفسه ملك شيء ما ولم يكن هناك مدع لهذا الشيء لا يصح نفيه، أي لا يسقط ملكه لذلك الشيء بإقراره هذا، لعدم وجود منازع، أما لو أقر بنفي ملكه عن ذلك الشيء حال وجود منازع فإن إقراره يعتبر فينتفي عنه الملك.⁵

2- المدعي والمدعى عليه والمدعى:

1 ينظر: المرجع السابق: (84).

2 ينظر: علي حيدر، حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ط: 1/ 1411هـ - 1991م: (173، 174/4).

3 علي حيدر خواجه أمين أفندي فقيه حنفي تركي كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية والمدرس لمجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة توفي سنة 1353هـ له: درر الحكم شرح مجلة الأحكام. ينظر: فهمي الحسيني، مقدمة كتاب درر الحكم في شرح مجلة الأحكام: (3/1).

4 المرجع السابق: (173/4).

5 ينظر: ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي ط: 2 بدون تاريخ: (191/7).

المدعي: "من إذا ترك ترك، والمدعى عليه بخلافه"¹، وقيل: "المدعي من لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه من يجبر عليها"².

وقيل "المدعي: من لا يستحق إلا بحجة، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذدي اليد، وقيل المدعي: من يلتزم خلاف الظاهر، والمدعى عليه: من يتمسك بالظاهر"³.

أما المدعى: فهو "الشيء الذي ادّعه المدعي، ويقال له المدعى به أيضا"⁴.

وقد قيل يجب أن يقال المدعى، وإن تسميته بالمدعى به خطأ، وإن نطق به بعض المتفقهة⁵، إلا أن المعتمد أنه لا حرج في تداول هذا اللفظ.⁶

وتكمن أهمية التفريق بين المدعي والمدعى عليه في باب الدعوى بأننا من خلاله سنعرف من سيطالب بالبيئة ومن سيطالب باليمين.⁷ ولا عبرة في التفريق بينهما للصور، إنما العبرة للمعاني والفهم، فقد يكون أحد المتنازعين مدع صورة ولكنه مدعى عليه معنى، وذلك مثل ادعاء المستعير أنه رد العارية، فإنه وإن كان مدع صورة إلا أنه منكر للضمان معنى؛ لذلك حجته اليمين وليست الإشهاد.⁸

3- سبب الدعوى:

سببها هو تعلق بقاء النوع الإنساني بتعاطي المعاملات؛ وذلك لأن الإنسان لا بد له من أجل استمرار حياته أن يتعامل

1 شيخ زاده، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر: (250/2).

2 المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان: (154/3). *لكن اللكنوي، عبد الحي بن عبد الحليم، عمدة الرعاية على شرح الوقاية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 2009/1م: (89/6) ذكر "أن القاضي يجبر وصي اليتيم على الدعوى رعاية لحق اليتامى".

3 شيخ زاده، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر: (250/2).

4 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1614: (320).

5 ينظر: نجم الدين النسفي، أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، بدون طبعة/ ١٣١١ هـ: (134).

6 ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار: (544/5).

7 ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (175/4).

8 ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي: (154/3).

مع غيره من أبناء جنسه، ويبرم العقود والتصرفات، فكان لا بد من الدعوى لحماية نفسه ونسله، أو لحماية الحق العام؛ لأن المدعى به إما أن يرجع إلى حق عام، كدعوى بأن هذا المحل طريق عائد للعمامة، وإما أن يرجع إلى شخص، كدعوى أن هذه الأرض لي.¹

علما أن هذه الأسباب هي أسباب مشروعية الدعوى ويمكن تسميتها بالأسباب غير المباشرة، أما الأسباب المباشرة فهي إرادة المدعي تحصيل حقه من خلال التقدم إلى القضاء بدعوى مستجمعة شروط الصحة.²

4- ركن الدعوى:

هو إضافة الحق وقت الخصومة للمدعي؛ وذلك بأن يضيف المدعي الحق وقت الخصومة إلى نفسه إذا كان أصيلا، أو إلى من ينوب عنه إذا كان وكيلًا للمدعي أو وليا له أو وصيا عليه، كأن يقول الأصيل هذا المال لي وأنا أطلبه أو يقول الوكيل هذا مال موكلي وأنا أطلبه له.³

5- مشروعية الدعوى:

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَاتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابَ﴾.⁴

موضع الاستشهاد فصل الخطاب، فسرها سيدنا عليّ -رضي الله عنه- بقوله: "البينة على المدعي واليمين على من

1 ينظر: الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (544/5)، البابي، العناية شرح الهداية: (153/8)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (153/8)، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (171/4).

2 ينظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية: (166).

3 ينظر: الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الفكر، بيروت، ط: 1/1412هـ-1992م، طبع مع حاشية ابن عابدين: (543/5)، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (171/4).

4 سورة ص، الآية: 20.

أنكر"،¹ وكذلك روي هذا التفسير عن شريح² القاضي.³

ومن السنة:

عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»،⁴ وفي رواية البيهقي «البيئة على المدعي، واليمين على من أنكر»،⁵ وعن ابن أبي مليكة قال: كتب ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه».⁶

الإجماع: أجمعت الأمة على مشروعية الدعوى من غير نكير من أحد، ومن نقل الإجماع ابن نجيم في البحر الرائق، والشيخ زاده في مجمع الأنهر، والشيخ علي حيدر في درر الحكام.⁷

ونقل ابن المنذر كذلك أن مما أجمعوا عليه أن البيئة على المدعي وأن اليمين على من أنكر، وأنه يجب استحلاف المدعى عليه في الأموال.⁸

6-الحكمة من مشروعية الدعوى:

- 1 الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 3/ 1407 هـ (80/4)، ينظر: بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني، **البنية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: 1/ 1420 هـ، 2000 م: (213/9).
- 2 أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، من أشهر قضاة وفقهاء المسلمين. أصله من اليمن. ولي قضاء الكوفة، في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية مات سنة 78 هـ. ينظر: الزركلي **الأعلام**: (3/ 161).
- 3 ينظر: الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، دار التريّة والتراث، مكة المكرمة، بدون تاريخ: (173/21).
- 4 مسلم بن الحجاج، أبو الحسين مسلم القشيري النيسابوري، **الصحيح**، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، وصورته دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1374 هـ - 1955 م: كتاب الأقضية، باب 30 حديث (1711).
- 5 أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُشْرُوجَرْدِي الخراساني، **السنن الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط: 3، 1424 هـ/2003 م: (427/10). وقال ابن حجر العسقلاني في **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض -المملكة العربية السعودية، ط: 1/ 1435 هـ - 2014: (ص520): "وللبيهقي بإسناد صحيح".
- 6 أبو عبد الله البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، **الجامع الصحيح**، المحقق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق، ط: 5/ 1414 هـ - 1993 م، كتاب الشهادة، باب 20 حديث (2524).
- 7 ينظر: شيخه زاده، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**: (2/ 249)، ابن نجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**: (7/ 193)، علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**: (4/ 171).
- 8 ينظر: ابن المنذر النيسابوري، محمد بن إبراهيم، **الإجماع**، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط 1/ 1424 هـ/2004: (65).

لما كانت مصالح الناس متداخلة وهم مضطرون لبعضهم البعض فيما بينهم، كان لا بد من قيام معاملات فيما بينهم من بيع وشراء وإجارة وغيرها، وكان لا بد من حصول الاختلاف بينهم، إما بسبب النفوس التي تؤثر جلب المصلحة ولو على حساب ضرر الآخرين، أو بسبب خفاء الحق أحيانا، ونظرا للضرر الحاصل بسبب الخلاف، فإن الشرع الحنيف شرع الدعوى التي يتمكن من خلالها أن يدافع كل ذي حق عن حقه بين يدي القاضي، إذ الدعوى هي الباب الأول للقضاء، فشرعية الدعوى ليست لذاتها، بل لكونها باب القضاء الذي يحسم المنازعات، ويفض المخالفات، ويحمي الحقوق، ولولا الدعوى لما عُرض الأمر للقضاء ولا امتد النزاع وتطور.¹

7- شروط الدعوى:

شروط الدعوى تسعة وهي:

- 1- أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلا، أما الصغير والمجنون فينبوب عنهما ولئيهما.²
- 2- أن يكون الشيء المدعى معلوما، والعلم في كل شيء بحسبه.³
- 3- أن يذكر المدعي أن المدعى في يد المدعى عليه إذا كان عينا، وأن يذكر المدعي في نص الدعوى أنه يطالب المدعى عليه بأداء الحق.⁴
- 4- أن تكون الدعوى بمباشرة المدعي إلا من عذر، أو برضى الخصم حال عدم العذر عند الإمام أبي حنيفة، وأجاز صاحبان التوكيل ولو من دون رضا الخصم.⁵

1 ينظر: البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي، العناية شرح الهداية، مطبوع بهامش: فتح القدير للكمال ابن الهمام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، وصوّرتها دار الفكر، لبنان، ط: 1 ١٣٨٩هـ، ١٩٧٠م: (153/8).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (222/6).

3 ينظر: المرجع السابق: (222/6).

4 ينظر: المرجع السابق: (222/6).

5 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (192/7).

5- أن يكون الخصم حاضراً، أو وكيله أو نائبه (وصي أو وارث) إلا حال التماس المدعي ذلك بالكتاب الحكمي¹ للقضاء.²

6- ألا يتخذ الإقرار سبباً للملك.³

7- إمكان إلزام المدعى عليه بشيء إذا ثبتت الدعوى، وعليه فلا يصح أن يدعي أنه وكيل عن موكل حاضر؛ لأنه يحق للموكل أن يعزله للحال.⁴

8- أن تكون الدعوى في مجلس القضاء.⁵

9- ألا تكون الدعوى متناقضة، إلا في دعوى النسب والعق فالتناقض فيهما غير معتبر.⁶

10- أن تكون الدعوى محتملة الثبوت، أما لو ادعى ما لا يحتمل الثبوت عقلاً أو عادة فتكون دعواه كاذبة مردودة، علماً أن دعوى المستحيل عادة ظاهرة الكذب، كأن يدعي فقير معروف بالفقر ويدفع إليه الناس صدقاتهم مبلغاً كبيراً أنه أقرضه لغيره دُفعة واحدة، فهذه الدعوى ظاهرة الكذب لا يلتفت القاضي إليها⁷، وجاء في مجلة الأحكام العدلية أنه لا تصح دعوى المستحيل عقلاً أو عادة.⁸

8- حكم الدعوى:

حكمها وجوب الجواب على المدعى عليه، وهذا الجواب إما إقراره بصدق المدعي فيثبت الحق للمدعي، أو إنكاره

1 هو أن يشهد الشهود عند القاضي أن لهذا المدعي على فلان الغائب كذا فيكتب القاضي الذي رفعت إليه الدعوى إلى القاضي الذي الخصم في بلده، وهو نقل الشهادة، وهو السجل. ينظر: لموصلي، الاختيار (354/2).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (222/6).

3 ينظر: علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام: (4: 179).

4 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (192/7).

5 ينظر: المرجع السابق: (192/7).

6 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (223/6).

7 ينظر: ابن عابدين، محمد بن أمين الدمشقي الحنفي، منحة الخالق حاشية على البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط: 2/ بدون تاريخ: (192/7).

8 ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1629: (324)، حيث ورد فيها: "يشترط أن يكون المدعى به محتمل الثبوت بناء عليه لا يصح الادعاء بشيء وجوده محال عقلاً أو عادة".

للدعوى فيطالب المدعي بالبينة، ويطالب المدعى عليه باليمين إذا عجز المدعي عن البينة؛ لأن قطع المنازعات واجب في الشرع درءا للمفسدة المقدرة حال استمرارها، ولما كان ذلك لا يتأتى إلا من خلال جواب المدعى عليه كان جوابه واجبا، ويترتب الحكم بموجب هذا الجواب، إلا إذا كان المدعى عليه أخرسا فتقوم إشارته المفهمة مقام جوابه.¹

وزاد بعضهم² أن من حكم الدعوى وجوب حضور المدعى عليه بمجرد الدعوى، والحاصل أنه إذا كان منزل المدعى عليه قريبا بحيث يستطيع أن يجيب دعوة القاضي ويدرك المبيت في منزله، فيجب حضوره، أما إذا كان منزله بعيدا فلا يُحضره القاضي حتى يقيم المدعي البينة، ولكن المعتمد أن حضور المدعى عليه من شروط الدعوى المتقدمة عليها لا من حكم الدعوى المتأخر عنها.³

9- أقسام الدعوى:

وأقسام الدعوى ثلاثة:

- 1- الدعوى الصحيحة: وهي الدعوى اشتملت على شروط الدعوى كاملة وترتبت عليها أحكامها، كإحضار الخصم، ومطالبة الخصم بالجواب، ومطالبة المدعي بالبينة إن وجدت، ومطالبة المدعى عليه باليمين حال الإنكار.⁴
- 2- الدعوى الفاسدة: وهي الدعوى التي اشتملت على الشروط الأساسية، ولكنها مختلة في بعض أوصافها بصورة يمكن

1 ينظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 2 1406/هـ-1986م: (224/6)، الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (545/5)، علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام: (171/4).

2 ذكر ابن عابدين في حاشية البحر الرائق المسماة منحة الخالق (192/7) عند قول ابن نجيم "الخامس في حكمها، وهو وجوب الجواب على المدعى عليه واقتصر عليه في الكافي وزاد الشارح وجوب الحضور على الخصم" أن المراد بالبعض هو الزيلعي في التبيين وذكر أن عبارة الزيلعي لا توحى بهذا الشرط (وجوب الحضور).

ولكن لا يبعد أن يكون المراد بالشارح هو الإمام السرخسي شارح الكافي للحاكم الشهيد فقد نص السرخسي في المبسوط على وجوب الحضور ينظر: شمس الأئمة السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م: (31،30/17).

3 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (192/7).

4 ينظر: علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام: (175/4). ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، فتح القدير على الهداية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، وصورتها دار الفكر، لبنان، ط: 1 ١٣٨٩هـ، ١٩٧٠م: (153/8).

إصلاحها، فإذا تم تدارك النقص عادت صحيحة مقبولة، مثل أن يكون المدعى به مجهولاً، كأن يدعي على غيره شيئاً غير معلوم الجنس والقدر، فهي والحالة هذه فاسدة، فإذا أزال الجهالة عن المدعى به صحت، وترتبت عليها الأحكام.¹

3- الدعوى الباطلة: وهي الدعوى التي افتقدت أحد شروطها الأساسية وهي غير صحيحة أصلاً، وهذه الدعوى غير قابلة للتصحيح، ولا يترتب عليها أحكام، حتى ولو ثبتت الدعوى لا يترتب على الخصم شيء، مثلاً لو ادعى أحد قاتلاً: إن جاري فلاناً غني وهو لا يعطيني صدقة مع كوني فقيراً فليعطيني صدقة، فدعواه غير صحيحة لأنها ادعاء بما لا يصح الادعاء به، أو أن يدعي على آخر أنه وكيله وينكر المدعى عليه التوكيل، فهذه دعوى باطلة، ولا تقبل التصحيح لذلك يردها القاضي.²

وبعد هذا التمهيد أشرع مستعيناً بالله تعالى في بيان المسائل التي خالف فيه أبو يوسف شيخه أبا حنيفة في باب الدعوى وقد بلغت تلك المسائل ستاً وعشرين مسألة أساسية، وإليك تفصيلها في مطالبها:

1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (153/8).

2 ينظر: علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام: (176/4).

3. المطلب الأول: الاستحلاف في الدعوى.

معنى الاستحلاف: من الحلف، والحلف والحلف: هو القسم يقال: حلف يحلف حلفاً: أي أقسم، وحلفت الرجل وأحلفته واستحلفته بالله: أي طلبت منه أن يحلف بالله.¹

والتحليف: هو "تكليف اليمين على أحد الخصمين".²

3.1. المسألة الأولى: حكم النكول عن اليمين.

معنى اليمين:

أما اليمين فهي: القوة والقدرة، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا أَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾³، قال الزجاج: أي بالقدرة، واليمين الحلف والقسم، وهي مؤنثة، والجمع أيمان وأيمان.⁴

حكم اليمين:

تجب اليمين على المدعى عليه لضرورة إنهاء الخصومة، حتى أن المدعي لو تمكن من إحضار البينة بعد أن حلف المدعى عليه لم يصح ذلك عند بعض العلماء، لكن الراجح أنه يصح؛ لأن اليمين هي خلف عن البينة، فمتى استطاع المدعي أن يحضر البينة ارتفع حكم اليمين؛ لأنه إذا حضر الأصل يبطل الخلف.⁵

شرائط وجوب اليمين في الدعوى:⁶

1- الإنكار نفاً أو دلالة - كالسكوت من دون عذر - لأن وجوب اليمين لدفع التهمة عن المدعى عليه، وذلك حال الإنكار لا حال الإقرار.

1 ينظر: ابن منظور، لسان العرب: (53/9).

2 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1681: (339).

3 سورة الحاقة، الآية: 45.

4 ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة يمين: (463/13).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (229/6).

6 ينظر: المرجع السابق: (225/6).

2-الطلب من المدعي: لأن اليمين من حقه، وحقه يستوفى بطلبه.

3-عدم البيئة الحاضرة عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى-وعندهما ليس بشرط.

4-ألا يكون المدعى حقا خالصا لله عز وجل.

5-أن يكون المدعى محتملا للإقرار شرعا، فمن ادعى على آخر أنه أخوه لا يصح؛ لأن فيه حملا للنسب على الغير، فلا يحلف المنكر في ذلك.

6-أن يكون المدعى به مما يحتمل البذل، وأن يكون مما يجري فيه النكول، فلا يجوز الاستحلاف في الأشياء السبعة عند أبي حنيفة لا عندهما.

معنى النكول:

النكول لغة: من "نكّل نكولا وهو الجبن والتأخر، ونكل: أراد أن يصنع شيئا فها به، ومنه النكول عن اليمين".¹
قال ابن الأثير²: "النَّكْلُ بالتحريك من التنكيل وهو المنع والتنحية عما يريد، ومنه النكول في اليمين: وهو الامتناع منها، وترك الإقدام عليها".³

النكول اصطلاحا: امتناع من تجب عليه اليمين عنها " الامتناع عن اليمين".⁴

أما المقصود من النكول عند الحنفية في باب الدعوى فهو امتناع المدعى عليه عن الحلف عند توجه اليمين إليه؛ لأنهم لا يرون رد اليمين إلى المدعي، ويكون بالتصريح بالامتناع عن الحلف كقوله لا أحلف أو بسكوته من دون آفة، أو بقوله

1 الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (625).

2 هو المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الواحد الشيباني، الشهير بابن الاثير الجزري، موله سنة 544هـ في جزيرة ابن عمر، طلب العلم في بلده ثم انتقل على الموصل، كان علما فاضلا ذا دين متين وإحسان وبر، جمع علوم العربية والنحو والفقه والحديث، من مؤلفاته: غريب الحديث، والشافي شرح مسند الشافعي، والإنصاف في الجمع بين الكشف والكشاف، وجامع الأصول وغيرها، توفي في الموصل سنة 606هـ ينظر: ابن الاثير مقدمة كتاب جامع الأصول في أحاديث الرسول تحقيق شعيب الأرنؤوط، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان، ط: 1، 1389هـ/1969م: (12/1، 13).

3 ابن منظور، لسان العرب: (678/11).

4 نجم الدين النسفي، طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (٤٣).

لا أقر ولا أنكر.¹

حكم النكول:

اتفق علماء الحنفية على أن النكول حجة، وهو إحدى الطرق التي يقضى بها، وذلك لحديث سالم "أن ابن عمر باع غلاما له بثمانمائة، قال: فوجد به المشتري عيبا فخاصمه إلى عثمان، فسأله عثمان، فقال: بعته بالبراءة، فقال: تحلف بالله لقد بعته وما به من عيب تعلمه؟ فقال: بعته بالبراءة، وأبى أن يحلف. فرده عثمان عليه، فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة".²

وعن مغيرة عن الحارث قال: "نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى شريح، فقال (الرجل): أنا أحلف، فقال شريح: قد مضى قضائي"³، وكانت قضاياه لا تخفى على أصحاب رسول الله ﷺ، وأن المنكر طلب من شريح رد اليمين على الخصم فقال: ليس لك إليه سبيل وقضى شريح بالنكول بين يدي سيدنا عليٍّ وقضى بالنكول ابن عباس كذلك.⁴ وروي عن قتادة وحماد في "متاع وجد بين رجلين يدعيانه جميعا قالوا: يحلفان، فإن نكلا قسم بينهما، وإن حلفا قسم بينهما".⁵

أما الاعتراض بأن النكول لو كان حجة لذكر مع البينة إذ الحديث لم يذكر سوى البينة، فالجواب أنه يحتمل أن المراد لفت أنظار المجتهدين من أجل أن يعرفوا ذلك بالرأي والاستنباط، أما عدم اعتبار النكول حجة لاحتمال أن المدعي تورع عن اليمين الصادقة فهو أمر نادر جدا، فالإنسان لا يترك الإقدام على الأمر المشروع وخصوصا إذا ترتب عليه

1 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (104/6).

2 مالك بن أنس، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م: (2/ 613). وأبو بكر ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي، المصنف، دار كنوز إشبيلية، السعودية، الرياض، ط: 1/ 1436هـ، 2015م: (526/11).

3 المرجع السابق: (173/12).

4 ينظر: جمال الدين الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط 1418/هـ 1997م: (101/4).

5 عبد الرزاق الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف المجلس العلمي-الهند، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي ط: 2/ 1403هـ - 1983م: (281/8).

تضييع للحقوق، وأما ما ورد من أدلة للقائلين بعدم القضاء بالنكول فإنه مؤول.¹

فالنكول حجة عند الحنفية إلا أنهم اختلفوا في معنى النكول، هل هو بذل من المدعى عليه أي أنه ترك الاعتراض على المدعى فيما يدعيه أنه حقا له قطعاً للخصومة، أم أن هذا الامتناع إقرار منه بصدق المدعى وخوف من اليمين الكاذبة، كما اختلفوا في مجال القضاء بالنكول هل يقضى به في الأموال فقط أم أنه يدخل في القصاص والنكاح وغير ذلك؟ ذهب الإمام أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- إلى أن النكول بذل، وذهب أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- إلى أن النكول إقرار.²

وجه قول أبي حنيفة:

1- أننا لو اعتبرنا النكول إقرارا كان المدعى عليه كاذبا في إنكار الدعوى أولاً، لذلك اعتبرناه بذلا لحال المسلم على الصلاح؛ لأن المعلوم من حال المسلم أنه لا يكذب، ولكن المدعى عليه لما لم يقر بالحق للمدعى ابتداء توجب في تفسير الامتناع أحد احتمالين، إما الحذر من الإقدام على الحلف كاذبا، أو التنازل عن الحق وهو الأليق بالمسلم؛ لذلك اعتبر النكول بذلاً.³

2- وأن النكول يخالف الإقرار، فالإقرار لا يجوز إلا في مجلس القضاء؛⁴ إذ هو يمين قاطعة للخصومة وهي التي تجب في مجلس القضاء، ولو كان إقرارا لكان جائزا في كل مكان ولما احتاج إلى القضاء أصلاً.⁵

3- وأنه لو كان النكول إقرارا لوجب المال على الكفيل، وذلك إذا كفّل شخص لآخر بما يقر له به فلان، ثم ادعى المكفول له قبل المكفول مالا بدون بينة، ووجبت اليمين على المكفول فنكل عنها، فلا يجب على الكفيل مال.⁶

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (230/6).

2 ينظر: بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية: (238/9).

3 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (106/6، 111).

4 ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1744: (354). حيث جاء فيها "لا تكون اليمين إلا في حضور القاضي أو نائبه ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرها".

5 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (111/6).

6 ينظر: المرجع السابق: (111/6).

وجه قول أبي يوسف:

1- اعتبار الظاهر؛ فلو لم يكن المدعى عليه مقراً لأقدم على اليمين ولما ترفع عنها، ولا يقال إنه امتنع عن اليمين لأنه ربما اشتبه عليه الأمر، لأن المدعى عليه يمكنه طلب المهلة في هذه الحالة، علماً أنه لا يشترط أن يقضي القاضي بالنكول بعد امتناع المدعى عليه عن الحلف مباشرة، بل يجوز أن يعطيه مهلة قد تمتد إلى ثلاثة أيام إذا طلب الخصم ذلك رجاء التوصل إلى الصلح مع الأقارب مثلاً، أو إذا ارتاب القاضي في أمر الشهود.¹

2- وأن أداء اليمين واجب على المدعى عليه فيتعين أحد أمرين، إما أنه صادق ولكنه تورع عن اليمين فترك الحلف بذلاً للحق، أو أنه كان كاذباً في إنكاره ولما توجهت اليمين عليه خاف الحلف، فهو إذا مقرر، ولا يحمل على البذل لأنه لو اعتبر بذلاً لما صح من العبد المكاتب ولا من المأذون له في التجارة، لأنهما ليسا أهلاً للبذل، ومع ذلك يصح منهما النكول مع عدم أهليتهما للبذل.²

3- وأن المدعى عليه لو كان صادقاً في إنكاره لأقدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن نفسه، لقول النبي ﷺ: «واليمين على من أنكر»³ وكلمة على للوجوب، فيرجح كون النكول إقراراً.⁴

4- وأن اليمين الصادقة واجبة على المدعى عليه بعد الدعوى الصحيحة، وفي أدائها على الشكل المطلوب من التعظيم لله تعالى والبر بها وعدم جعلها عرضة مزيد من المثوبة من الله عز وجل، فكان شأن المؤمن أن يقدم عليها.⁵

5- ولأن المدعى عليه إذا امتنع عن الحلف وهو صادق فإنه يضيع ماله وعرضه في الدنيا، والعاقلة يميل لتحصيل تلك المنافع، وإذا أنكر أو أقدم على الحلف كاذباً فقد عرض نفسه لعذاب الآخرة بسبب اليمين الغموس التي اقتطع بها حق غيره؛ لذلك يتعين عليه الحلف، فإن امتنع دل على أنه مقرر.⁶

1 ينظر: المرجع السابق: (106/6).

2 ينظر: المرجع السابق: (110/6).

3 سبق تخريجه في ص: (22).

4 ينظر: بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية: (328/9)، الغنيمي الميداني، عبد الغني بن طالب بن حمادة الدمشقي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان: (30/4).

5 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (110/6).

6 ينظر: المرجع السابق: (110/6، 111).

ويمكن الاستدلال له بأنه لو كان النكول بذلاً لما صح إيجابه في الذمة ابتداءً، ولو كان الواجب حمله من وقت البذل، ولكنه يجب في الذمة ابتداءً، مثل الحوالة والكفالة مما يدل على أنه ليس بذلاً.¹

الترجيح:

من خلال استعراض أدلة الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف يتبين رجحان رأي أبي يوسف؛ لقوة ما استدلل به وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المنكر، فأداء اليمين واجب شرعي على المدعى عليه أداؤه يجب عليه أداؤه دفعاً للتهمة عن نفسه، وأن الإمام أبا يوسف أخذ بالظاهر وهو كون النكول إقراراً، حيث أنكر المدعى عليه الدعوى، ولما وجهت إليه اليمين أعظم أن يحلف كاذباً، فتراجع عن اليمين، ولو كان محققاً في إنكاره لحلف، كما أن شأن المؤمن أن يحلف وهو معظم لليمين؛ حفظاً لحقه ولعرضه، فليس في الإقدام على اليمين الواجبة منقصة للمسلم، بينما أخذ الإمام أبو حنيفة بالمؤول، وهو الميل للقول المرجوح لا الراجح للاحتمال، ومعلوم أن الظاهر مقدم على المؤول، ولأن النكول لو كان بذلاً لما صح المكاتب ولا من المأذون له في التجارة، ومع ذلك يقضى عليهما بالنكول، مما يدل على ترجيح كون النكول إقراراً، ولما صح عند الفقهاء من إيجاب الحق بسبب النكول ابتداءً، ولو كان بذلاً لكان وجوبه من وقت البذل، وبسبب كثرة الفساد في المجتمع، حيث صارت اليمين من أسهل الخيارات، حتى ندر وجود أناس يتركون اليمين تورعاً عن الحلف، أو يفدون أيمانهم بالتنازل عن حقوقهم فهم كما أخبر رسول الله ﷺ: «ثم يجيء أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينه شهادته»² فواقعنا يختلف عن البيئة التي عايشها الإمام أبو حنيفة، حيث كانت بيئة إيمانية غلب عليها الصلاح، فتورعوا عن اليمين حتى ولو كانوا صادقين. وقد ذكر أئمة المذهب أن الفتوى في مسألة النكول على قول أبي يوسف ومحمد.³

ومما يلحق بهذه المسألة:

3.1.1. سكوت المدعى عليه عن الجواب عند توجه اليمين إليه.

1 ينظر: المرجع السابق: (112/6).

2 أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، باب 9 (2652).

3 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (203/7).

قال الإمام أبو حنيفة ومحمد إذا سكّت المدعى عليه عن الجواب عند توجه اليمين إليه يعتبر منكراً.¹

الدليل: لأنه لما عجز المدعي عن إقامة البينة استحق له أن يطلب يمين خصمه، فإذا طلب استحلاف الخصم وجب على المدعى عليه أن يجيبه؛ وذلك لأن النبي ﷺ أوجب عليه اليمين بقوله: «واليمين على من أنكر»² والجواب إما إقرار وإما إنكار، فلا بد من حمل السكوت على أحدهما، والحمل على الإنكار أولى؛ لأن العاقل المتدين لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه، وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه، فكان حمل السكوت على الإنكار أولى، فسكوته عن الجواب إنكاراً دلالة.³ وبرأي الإمام أبي حنيفة أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1751) "إذا كلف القاضي من توجه إليه اليمين في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات ونكل عنها صراحة أو دلالة

بالسكوت بلا عذر فيحكم القاضي بنكوله".⁴

وقال أبو يوسف: يجبس حتى يقر أو ينكر.⁵

وجه قوله إن اليمين إنما تتوجه على المنكر صريحاً، وهو لم ينكر صراحة، فلا ينزل أنه منكر، ويجبس لأنه ظالم ممتنع عن أداء حق المدعي.⁶

ورأي أبي حنيفة أقيس؛ لأن السكوت في موضع الحاجة بيان⁷، ولكن العمل برأي أبي يوسف أحوط، وذكر ابن نجيم⁸ أن الفتوى على قول أبي يوسف لذلك أفتى بأنه يجبس إلى أن يقر أو ينكر.⁹

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (225/6).

2 سبق تخريجه في ص: (22).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (225/6).

4 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1751: (355).

5 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (203/7).

6 ينظر: المرجع السابق: (203/7).

7 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 67: (24). * وفي المادة: 1752 (355): أما بالنسبة للأخرس فإن يمينه ونكوله عن اليمين يكون بإشارته المعهودة.

8 هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، مصري من فقهاء الحنفية صاحب الأشباه والنظائر والبحر الرائق والرسائل الزينية والفتاوى الزينية، توفي سنة 970هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام: (64/3).

9 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (203/7).

3.1.2. قول المدعى عليه عند توجه اليمين إليه: لا أقر ولا أنكر.

قال الإمام أبو حنيفة إذا قال المدعى عليه عند توجه اليمين إليه: لا أقر ولا أنكر فليس بمنكر، ولكن يجب حتى يقر فيقضى عليه أو ينكر فيستحلف.¹

وجهه: أن اليمين إنما تتوجه على المنكر صريحاً، والمدعى عليه قال: لا أقر ولا أنكر، فهو نفى أن يكون منكراً، فلا ينزل أنه منكر، أما القول بحبسه؛ لأنه لما امتنع عن الجواب كان ظالماً فوجب حبسه.²

وقال أبو يوسف ومحمد: هو منكر فيستحلف، ويقضى عليه بالنكول.³

وجهه: أنه لما نفى الإقرار والإنكار تعارض وتساقط كلاماه، فصار كأنه سكت عن الجواب، ولقد علمنا أن السكوت من دون آفة إنكار؛ لذلك يستحلفه القاضي، ويقضى عليه بالنكول⁴، وقد رجح الإمام الكاساني⁵ في البدائع قول أبي يوسف ومحمد، وقال وهو الأشبه⁶، وهو ما أميل إليه؛ لأن قوله لا أقر ولا أنكر بمنزلة امتناعه عن الجواب، فكأنه سكت، وقلنا إن الأرجح في الساكت أنه منكر.

3.2. المسألة الثانية: الاستحلاف في الأشياء السبعة.

المقصود بالأشياء السبعة في باب الدعوى: النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء.⁷ وإذا

1 ينظر: الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط: 1 / 1322 هـ: (211/2).

2 ينظر: المرجع السابق: (211/2).

3 ينظر: المرجع السابق: (211/2).

4 ينظر: نجل ابن عابدين محمد علاء الدين أفندي، قرة عيون الأخبار تكملة رد المختار على الدر المختار دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ١٤١٥ هـ = ١٩٩٥ م، مطبوع بآخر حاشية ابن عابدين: (40/8).

5 هو أبو بكر مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني، أو الكاشاني، وكاسان بلد وراء الشاس، أخذ الفقه عن علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، ثم شرح كتابه التحفة لشيخه فزوجه ابنته فاطمة العاملة الفقيهة من مؤلفاته: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ والسلطان المبين في أصول الدين، توفي في رجب سنة 587 هـ، ودفن في حلب في مقبرة الصالحين بجانب زوجته فاطمة رحمهما الله تعالى. ينظر: الزركلي، الأعلام: (70 / 2)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: (246، 245/2).

6 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (226/6).

7 ينظر: المرجع السابق: (227/6)، ابن مودود الموصل، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1356 هـ - 1937 م: (212 / 2)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (181/8).

أضفنا إليها الحدود واللعان تصبح تسعاً؛ لذلك ذكرت في بعض المراجع بالأشياء التسعة.¹

وصورة الاستحلاف في هذه الأشياء أن يدعي الرجل مثلاً نكاح المرأة فتنكر، أو تدعي امرأة على رجل أنه زوجها وهو ينكر، أو يدعي الرجل بعد الطلاق وانتهاء العدة أنه كان قد راجعها ضمن العدة وهي تنكر، أو تدعي عليه أنه راجعها وهو ينكر، أو يدعي الرجل المولي بعد مضي أربعة أشهر من الإيلاء أنه فاء إليها قبل انتهاء مدة الإيلاء وهي تنكر أو العكس، أو يدعي على شخص أنه ابنه أو عبده ويدعي ولاءه وذاك ينكر أو العكس، أو تدعي أمة على مولاهما أنها أم ولد له وقد ادعاه، وهنا لا يتصور العكس لأن المولى لو أقر بذلك تكون أم ولد ولا ينظر إلى قولها.²

فهل يستحلف المدعى عليه إذا كان موضوع الدعوى أحد هذه الأمور السبعة، أم لا؟

اتفق الأئمة على عدم الاستحلاف في الحدود واللعان، إلا في حد القذف، فمنهم من قال لا يستحلف فيه، ومنهم من قال يستحلف فيه ويقضى فيه بالحد قياساً على الاستحلاف في دعوى القصاص فيما دون النفس، فهو بمنزلة الأطراف عند الإمام وبمنزلة التعزير عند أبي يوسف ومحمد، أما باقي الحدود فلا يجري فيها الاستحلاف؛ لأن فائدة الاستحلاف هي النكول، والنكول دليل اجتهادي، ففيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، أما اللعان فهو في معنى الحد لأنه يقوم مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنى في حق المرأة، كما اتفقوا على جريان الاستحلاف في الأشياء السبعة إذا اقترنت بدعوى المال، أما الأشياء السبعة إذا كانت غير مقترنة بدعوى المال فاختلّفوا فيها على قولين³، قال الإمام أبو حنيفة -رحمه الله تعالى-: لا يستحلف المدعى عليه إذا كان موضوع الدعوى أحد هذه الأشياء السبعة، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى-: يستحلف المدعى عليه في هذه الأشياء.⁴

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن الاستحلاف شرع في الدعوى لأجل النكول، ولكن هذه الأشياء السبعة لا يحكم فيها بالنكول؛ لأنها لا تحتل

1 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (108/6) * وذكرها باسم الاستحلاف في الأشياء التسعة.

2 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (108/6).

3 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (181/8)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (231/6).

4 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (212/ 2).

البذل، فلا يجري الاستحلاف في هذه الأشياء عنده، كما أنه لا يجري في كل موضع لا يمكن القضاء فيه بالنكول.¹

2- وأن النكول عنده بذل، والبذل ترك الاعتراض على المدعي فيما يدعيه أنه حقا له، وهذا البذل يجري فيما يحتمل ذلك، أما ما لا يحتمل البذل كالحرية كأن يسمح لغيره أن يسترقه أو أن يدعي نسبه فلا يجوز، ومثلها بقية الأشياء السبعة.²

دليل أبي يوسف:

1- حديث نافع بن عجير بن عبد يزيد "أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة، ثم أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني طلقتم امرأتني سهيمة البتة، والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ لركانة: «والله ما أردت إلا واحدة؟» فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله ﷺ، فطلقها الثانية في زمن عمر، والثالثة في زمن عثمان".³ موضع الاستشهاد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلفه في الطلاق.

2- وأن امتناع المدعى عليه عن اليمين محمول عندهما على أنه إقرار بالحق وتصديق لكلام المدعى؛ لأنه رفض الحلف امتناعا عن اليمين الكاذبة، فيصير مقرا بالحق المدعى دلالة، إلا أنه إقرار فيه شبهة، وهو يجري في النكاح والطلاق وباقي الأمور السبعة.⁴

الترجيح:

إن الخلاف في هذه المسألة متفرع عن الخلاف في تفسير النكول، فهو عند الإمام أبي حنيفة بذل، وبما أن البذل لا يجري في النكاح ولا في الطلاق ولا في سائر الأشياء السبعة، فلذلك منع الإمام أبو حنيفة الاستحلاف فيها، فمستنده

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (227/6)، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (213/2).

2 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (111/6).

3 أبو داود السجستاني، سليمان بن الأشعث الأزدي، السنن، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط: 1/ ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م: (529/3). وقال أبو الحسن الدار قطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدار قطني، السنن، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط: 1/ ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م (5/60): قال أبو داود: وهذا حديث صحيح وهذا اللفظ عند أبي بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، السنن الصغير المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، نشر جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي. باكستان، ط: 1/ ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م: (119/3).

4 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (112/2)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (110/6).

اجتهادي، ولقد تبين لنا في المسألة السابقة-كون النكول إقراراً- رجحان رأي أبي يوسف، وكذلك هنا في هذه المسألة يتضح لنا رجحان قول أبي يوسف ومحمد لأنه مستند إلى دليل قوي من السنة لذلك أميل إليه ، ويضاف إليه ما ذكره الأمام الموصلي¹ في الاختيار أن الفقيه أبا الليث² اختار الفتوى على قولهما لعموم البلوى، كما نقل ذلك ابن الهمام³ في فتح القدير.⁴

ولقد أخذ بهذا القول كثر من أئمة المذهب الحنفي، كما ذكر ابن قطلوبغا⁵ في التصحيح نقلاً عن قاضيخان⁶ وعن كثير من الأئمة، واختار المتأخرون أن الأمر مفوض إلى القاضي فإن رأى تعنت المدعى عليه حلفه، أخذاً بقول أبي يوسف ومحمد، أما إذا رآه مظلوماً لم يحلفه، أخذاً بقول أبي حنيفة رحمه الله، وهذا الاختيار يشبه اختيار شمس الأئمة السرخسي⁷ في التوكيل بالخصومة من دون رضا الخصم.⁸

1 هو عبد الله بن محمود بن مودود، مجد الدين الموصلي، ولد في الموصل سنة 599هـ، سمع من عمر بن طبرزد، كان عالماً فاضلاً وفقهياً حنفياً عارفاً بالمذهب، من مصنفاته: المختار اللغوي؛ الاختيار لتعليل المختار؛ المشتمل على مسائل المختصر، تولى قضاء الكوفة، ثم رجع إلى بغداد وبقي يدرس ويفتي فيها حتى وافته المنية سنة 683هـ. ينظر: محيي الدين القرشي الجواهر المضية في طبقات الحنفية: (291/1).
2 هو أحمد بن عمر بن محمد أبو الليث السمرقندي يعرف باسم المجد مولد سنة 507هـ من أشياخ المرغيناني وكان حسن السمعة فقيهاً فاضلاً من كتبه: النوازل، وكتاب العيون بقي يدرس إلى سنة 552هـ. ينظر: تقي الدين الغزي، الطبقات السنية: (12).
3 هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين الشهير بابن الهمام السيواسي، علم بالفقه واللغة والمنطق واصل الديانات والحساب، ولد في الإسكندرية سنة 790هـ، وأقام مدة في حلب، ثم عاد إلى مصر، كان ذا مكانة عند الملوك، ألف فتح القدير والتحرير والمسايرة في العقائد المنجية في الآخرة وزاد الفقير، توفي رحمه الله سنة 861هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام: (255/6).
4 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (181/8)، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/112).
5 هو زين الدين، أبو العدل السوداني، قاسم بن قطلوبغا، فقيه حنفي، وباحث ومؤرخ، ولد في القاهرة سنة 802هـ، وصفه الإمام السخاوي بأنه علامة طلق اللسان، من مؤلفاته: تاج التراجع؛ وغريب القرآن؛ ونزهة الرائي في أدلة الفرائض؛ وتلخيص دولة الترك؛ ورسالة في القراءات العشر؛ وشرح مختصر المنار وغيرها، توفي -رحمه الله تعالى- في القاهرة سنة 879هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام: (180/5).
6 هو الحسن بن منصور بن محمود بن عبد العزيز فخر الدين قاضي خان الأوزجندي مفتي الشرق الإمام الكبير وهو من المجتهدين في المسائل التي لا نقل فيها عن أئمة المذهب وهي الطبقة الثالثة على حسب تصنيف ابن كمال باشا وهو من مشايخه المرغيناني والصغار ومن كتبه شرح الجامع الصغير وفتاوى قاضي خان كانت وفاته في رمضان سنة 592هـ. ينظر: ابن العماد الحنبلي، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير، دمشق -بيروت، ط: 1/ 1406 هـ - 1986 م: (505/6)، تقي الدين الغزي، الطبقات السنية في تراجم الحنفية: (243).

7 هو محمد بن أحمد بن أبي سهيل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي الإمام العلامة الكبير الفقيه الحجة الأصولي المتكلم الأصولي أحد فحول العلماء شيخه شمس الأئمة الحلواني من كتبه المبسوط أملاه في خمسة عشر مجلداً في الفترة التي سجن فيها مظلوماً بأوزجند وفاته في حدود سنة 490هـ. ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: (29/2).

8 قاسم بن قطلوبغا المصري الحنفي، مختصر القدوري وبهامشه التزجيج والتصحيح على مختصر القدوري، تحقيق: عبد الله نذير أحمد مزي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 1/ 1426 هـ - 2005 م: (522)، ينظر: الغنيمي الميداني، اللباب: (31/4).

ويلحق بهذه المسألة:

3.2.1. الاستحلاف في القصاص:

اتفق فقهاء الحنفية على جريان الاستحلاف في القصاص، سواء أكان قصاصاً في النفس أم فيما دون النفس؛ لأنه خالص حق العبد، قياساً على القسامة؛¹ لورود الحديث فيها، فقد روى البخاري عن بشير بن يسار: "زعم أن رجلاً من الأنصار يقال له سهل بن أبي حثمة أخبره: أن نفراً من قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها ووجدوا أحدهم قتيلاً، وقالوا للذي وجد فيه: قد قتلتم صاحبنا، قالوا: ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً، فانطلقوا إلى النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله انطلقنا إلى خيبر فوجدنا أحداً قتيلاً، فقال: «أَكْبَرُ الْكَبِيرِ» فقال لهم: «تأتون بالبينة على من قتله» قالوا: ما لنا ببينة، قال: «فيحلفون» قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فوداه مائة من إبل الصدقة".² موضع الاستشهاد قوله "فيحلفون" حيث استحلفهم في القصاص.

واتفق الفقهاء على أنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين في دعوى القتل على عدم القصاص بقتل النفس، ولكنهم اختلفوا في الواجب على المدعى عليه عند النكول عن اليمين في دعوى القصاص في النفس، وفيما دون النفس،³ فذهب أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- أنه إذا نكل في دعوى قصاص النفس فلا يقضى عليه لا بالقصاص ولا بالدية، ولكنه يحبس حتى يحلف أو يقر، أما إذا نكل عن اليمين في دعوى القصاص فيما دون النفس فيحكم عليه بالقصاص إذا ثبت تعمدته في الجناية، أما إذا ثبت خطؤه فتجب الدية، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى-: النكول في دعوى القصاص في النفس أو فيما دون النفس موجب للدية أو للأرش.⁴

وجه قول أبي حنيفة:

1- أن النكول بذل، إلا أن البذل لا يجري في النفس، فلا يجري في القصاص، ولكن لا يترك المدعى عليه؛ لأن اليمين

1 ينظر: ابن الممام، فتح القدير على الهداية: (181/8).

2 أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات باب 21 رقم الحديث (6898)، مسلم بن الحجاج، الصحيح، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب 1 رقم الحديث (1669).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (230/6).

4 ينظر: المرجع السابق: (230/6).

مستحقة عليه وهو ممتنع عنها؛ لذلك يحبس بأمر القاضي حتى يحلف أنه لم يفعل، أو يقر بفعله فيقتص منه،¹ أما إذا كانت الدعوى قصاصا في الأطراف ونكل المدعى عليه يقتص منه إذا ثبت تعمده؛ لأن الأطراف بمنزلة الوقاية والحلف عن النفس، فيجري فيها ما يجري في المال من البذل، حتى لو قال لغيره: اقطع يدي فقطعها لا قصاص ولا ضمان عليه، إلا أنه لا يجوز ديانة إلا بأمر صاحبها وقت الحاجة، بخلاف بذل النفس فلا يجوز، وإن سمح لغيره أن يقتله يجب القصاص على القاتل.

2- وأن في بذل الأطراف فائدة، وهي انقطاع الخصومة؛ لذلك يستحلف، ولكنه يحبس قياسا على القسامة؛ لأن اليمين واجبة عليه، وهو ممتنع عنها.²

وجه قول أبي يوسف:

1- أن تفسير النكول بأنه إقرار اجتهد، ففيه شبهة، وهي عدم التنصيص على كون النكول إقرارا، فلا يثبت به القصاص، ولكن يثبت به المال.³

2- قياس النكول على إقرار القاتل بالخطأ؛ وذلك أن القاتل لو ادعى الخطأ فكذبه ولي المقتول وادعى العمد فإنه لا يجب القصاص ويكتفى بالدية؛ لأن إقرار المدعى عليه بالخطأ أوثق شبهة درأت الحد عنه، بل إن نكوله يجعل الشبهة أبين وأوضح؛ لأنه لم يصرح بالإقرار.⁴

3- وأن الشبهة إذا حصلت من طرف من له القصاص فإنه لا يثبت الحد أبدا، مثل الاستشهاد بالنساء في الحدود، فإنها شبهة من طرف من له الحد وهو المدعي؛ لنقصان بينته إذ الواجب شهادة الذكور، فلا يثبت الحد بشهادتهن، أما إذا حصلت الشبهة في طرف من عليه القصاص فإنها تدرأ الحد، والشبهة في النكول في طرف من عليه الحد، فلا يثبت القصاص فيما دون النفس.⁵

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (230/6).

2 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (213/ 2).

3 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (213/ 2).

4 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (117/6).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (231/6).

ولا يخفى أن قول أبي يوسف في المسألة هو الأرفق، وإليه أميل؛ لأن نكول المدعى عليه أوث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، لكن ابن قطلوبغا نقل في التصحيح: أن الأئمة المصححين مشوا على رأي أبي حنيفة.¹

وقد نظم أحدهم مسألة الاستحلاف في القصاص قائلًا:²

يقتص	بالنكول	في	الأطراف	وفي	النفوس	الحكم	بالخلاف
يجس	كي	يقر	أو	كي	يقسما	وبالنكول	المال
						قالا	فيهما

3.3. المسألة الثالثة: هل الاستحلاف على الحكم الحاصل أم على السبب؟

الحاصل لغة: هو ما بقي وثبت وذهب ما سواه، وقد يكون من الحساب، أو من الأعمال ونحوها، وحاصل الشيء بقيته.³ والحاصل اصطلاحاً: هو صورة إنكار المنكر.⁴

والحلف على الحاصل في الاصطلاح: هو اليمين على بقاء خصوص إلى الآن أو عدم بقاءه، مثل اليمين ببقاء العقد إلى الآن أو عدم بقاءه، كأن يقول في دعوى البيع: والله ما بيننا بيع قائم.⁵

أما الحلف على السبب: هو اليمين بوقوع خصوص أو عدم وقوعه، كأن يحلف في دعوى البيع والله ما بعته.⁶

ولا بد لفهم هذه النقطة من تفصيل أسباب ثبوت الدعوى وهي:⁷

1- سبب لا يرتفع برافع: وفي هذه الحال يحلف المدعى عليه على السبب، كما لو ادعى عليه أنه وضع خشبة على جداره فيحلف على السبب.

2- سبب يرتفع برافع وهو قسمان:

1 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على مختصر القدوري: (526).

2 الحدادي، الجوهرة النيرة: (213/2).

3 ينظر: ابن منظور، لسان العرب: (153/11).

4 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (127/6).

5 ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1749: (355).

6 ينظر: المرجع السابق: (355).

7 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (198/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (127/6).

القسم الأول: سبب يرتفع برافع ويتضرر به المدعي، فيكون التحليف فيه على السبب، كأن يدعي الشفعة بالجوار، أو نفقة المبتوتة، والمدعى عليه لا يراها؛ لأنه إذا حلف على الحاصل فهو يعتقد صدق يمينه بناء على اعتقاده، فيبطل حق المدعي؛ لذلك يحلف بالله ما اشتريت هذه الدار بكذا، وفي المبتوتة ماهي معتدة منه.

القسم الثاني: سبب يرتفع برافع ويكون مما لا يتضرر به المدعى، وهنا تختلف الأئمة هل يحلف على السبب، أم على الحكم الحاصل؟

ومن خلال هذا العرض يتبين لنا أن الذي يضبط المسألة أن السبب إما أن يكون مما لا يقبل الارتفاع فالتحليف فيه يكون على السبب اتفاقاً عند أئمتنا، أو يكون السبب مما يقبل الارتفاع فهو كذلك على ضربين، إما أن يكون التحليف على الحكم الحاصل يلحق الضرر بالمدعي فيكون التحليف على السبب كذلك، وإما أن يكون مما لا يتضرر به المدعي فقال أبو حنيفة ومحمد: يحلف المدعى عليه على الحكم الحاصل، وقال القاضي أبو يوسف: يحلف على السبب.¹

وصورة المسألة أنه لو ادعى مدع أنه اشترى من آخر عيناً، فأنكر المدعى عليه قائلاً: ما بعته هذه العين، فهل يُحلف المدعى عليه -على السبب - بالله ما باعه هذه العين، أم أنه يحلف بالله -على الحكم الحاصل - ما بينهما بيع قائم؟

قال الإمام أبو حنيفة ومحمد: يحلف على الحكم الحاصل ما بينهما بيع قائم، وقال أبو يوسف -رحمه الله تعالى -: يحلف على السبب، إلا إذا عرّض المدعى عليه برفع السبب، كأن يقول: إن الإنسان قد يبيع شيئاً ما ثم يقيّل فيه، فإنه يحلف على الحكم الحاصل حينئذ.²

وجه قول الإمام أبي حنيفة:

أن العقد قد يوجد بين اثنين ثم يرتفع برافع، كما لو كان بيعاً فإنه قد يرتفع بالإقالة، فلا يستحلف على السبب الذي هو البيع؛ لأنه ارتفع بالإقالة، ولكن يستحلف على الحكم؛ لأنه لا يمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال، فكان

1 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 115)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (6/ 229، 228)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/ 198).

2 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 115).

التحليف على الحكم أولى.¹

دليل الإمام أبي يوسف:

1- ما روي أن رسول الله ﷺ حلف اليهود بالله في باب القسامة على السبب فيجب الاقتداء به²، والحديث رواه الكلبي، عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «وجد رجل من الأنصار قتيلا في دالية ناس من اليهود، فذكروا ذلك للنبي ﷺ، فبعث إليهم فأخذ منهم خمسين رجلا من خيارهم فاستحلف كل واحد منهم بالله ما قتل ولا علمت قاتلا، ثم جعل الدية عليهم قالوا: لقد قضى بما في ناموس موسى».³

وروى عمر بن صبيح عن مقاتل بن حيان عن صفوان بن سليم عن سعيد بن المسيب أنه قال: "لما حج عمر حجته الأخيرة التي لم يحج غيرها، غودر رجل من المسلمين قتيلا في بني وادعة، فبعث إليهم عمر، وذلك بعد ما قضى النسك فقال لهم: هل علمتم لهذا القتل قاتلا منكم؟ قال القوم: لا، فاستخرج منهم خمسين شيخاً فأدخلهم الحطيم، فاستحلفهم بالله رب هذا البيت الحرام ورب هذا البلد الحرام ورب هذا الشهر الحرام أنكم لم تقتلوه ولا علمتم له قاتلا، فحلفوا بذلك".⁴

2- وأن الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى، والداخل في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه إن أمكنه، وإن لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم الحاصل.⁵

الترجيح:

من خلال تأمل القولين السابقين يتبين لنا أن قول الإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وجيه؛ وذلك لأن في الحلف على الحاصل تفويهاً لإمكان احتيال المدعى عليه، سواء كان معروفاً بالاحتياط أم لا، وحفظاً لحق المدعي من أن يندرس بحلف المدعى عليه على السبب، فيفوت نظر القاضي في الدعوى، بينما في رأي أبي يوسف -أن التحليف يكون على

1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (198/8).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (228/6).

3 أبو الحسن الدار قطني، السنن: (392/5). وقال الكلبي متروك.

4 المرجع السابق: (219/4). وقال عمر بن صبيح متروك الحديث.

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (228/6).

السبب إلا إذا عرض المدعى عليه فيحلف على الحكم - احتياط لاحتيال المدعى عليه إن كان معروفا بالحيلة فقط؛ لذلك تظهر لي قوة رأي الإمام أبي حنيفة حيث أنه يحسم القضية من أولها، وفيه مصلحة المدعي، بخلاف رأي أبي يوسف حيث أنه لا يحلف المدعى عليه على الحكم إلا إذا كان معروفا بالاحتيال، علما أن الإنسان قد يصدر منه حيلة وهو لم يشتهر بذلك أي بالاحتيال، فلو حلف المدعى عليه على السبب لقوّت على المدعي النظر في الدعوى.

وهناك رأي ثالث ذكره ابن الهمام في فتح القدير نقلا عن فتاوى قاضي خان أنه إذا أنكر المدعى عليه الحكم يحلف عليه، وإن أنكر السبب يحلف عليه، وقال عنه: "هذا الرأي قال فيه شمس الأئمة: هذا أحسن الأقاويل عندي، وعليه أكثر القضاة"¹، إلا أن رأي شمس الأئمة لا يضبط القضية لأنه ربما علم الخصم بمذهب القاضي في ذلك، فأنكر ما هو صادق في الحلف عليه، فيحلفه القاضي عليه، فيحلف حينئذ وهو صادق حسب اعتقاده، وفي ذلك إضرار بالمدعي كذلك بتفويت النظر في الدعوى.

3.4. المسألة الرابعة: طلب المدعي تحليف الخصم مع قدرته على البينة.

مرّ معنا في أول المطلب أن التحليف: "هو تكليف اليمين على أحد الخصمين"².

اتفق أئمة الحنفية أنه إذا كان شهود المدعي حاضرين في مجلس القضاء لم يكن له أن يطلب يمين خصمه، واتفقوا كذلك على أنه لو كان الشهود غائبين عن المصّر وطلب المدعي يمين خصمه أنه يجاب إلى طلبه،³ وقدروا الغيبة بمسيرة السفر،⁴ فمن كان أبعد من مسيرة السفر اعتبر غائبا، ولكن تعددت مذاهب الأئمة فيما لو قال المدعي: لي على دعواي شهود في المصّر ولكن لم استدعهم بعد، وأطلب من المدعى عليه أن يحلف أنه لا حق لي في المدعى، فهل يجاب إلى دعواه مع

1 ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (200/8).

2 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1681: (339).

3 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 112)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (171/8). الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (226/6).

4 ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1664: (334): حيث جاء فيها "مدة السفر هي ثلاثة أيام أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل".

قدرته على البينة؟ قال الإمام أبو حنيفة ومحمد فيما ذكره الطحاوي: ¹ لا يجاب إلى دعواه، وقال أبو يوسف ومحمد فيما ذكره الخفاف ² والزبيعي: ³ يجاب المدعي إلى طلبه فيستحلف المدعى عليه. ⁴

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- ما روي عن علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي عن أبيه، قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، قال: فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه» قال: يا رسول الله، إنه فاجر ليس بيالي ما حلف عليه، ليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذاك» فانطلق ليحلف له، فلما أدبر قال رسول الله ﷺ: «أما لئن حلف على مال ليأكله ظالما ليلقين الله عز وجل وهو عنه معرض». ⁵

وجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ رتب اليمين على عدم وجود البينة، فإذا وجدت البينة فلا يصار إلى اليمين، وبما أن المدعي اعترف أن له بينة على دعواه فلا يجيبه القاضي إلى طلب يمين خصمه. ⁶

2- واستدل الإمام كذلك بالقياس: أي كما أنه لو طلب المدعي اليمين بحضرة البينة في مجلس القضاء لا يجاب، فكذلك عندما يطلبها حال كونها حاضرة في المصر لا يجاب، وكما لو طلب المدعي يمين خصمه بعد أن أقام عليه البينة لا

1 هو أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي مصنف مختصر الطحاوي ومعاني الآثار ومن مصنفاته: اختلاف العلماء وأحكام القرآن كان مولده سنة 238هـ ووفاته سنة 321هـ ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء: (142).

2 هو أحمد بن عمرو الخفاف المحدث العلامة كان شيخ الحنفية في زمانه كان صالحا زاهدا ورعا فاضلا حاسبا فارضا من أصحاب الرأي وكان الخليفة المهتدي بالله يقدمه وألف له كتابا سماه الخراج ومن كتبه: الرضاع والشروط الكبرى وأحكام الوقوف كانت وفاته سنة 261هـ ينظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء: (123/13).

3 هو عثمان بن علي بن محجن أبو عمرو الزبيعي فخر الدين قدم إلى القاهرة ونشر فيه الفقه ونفع به الناس تدرسا وإفتاء وتصنيفا وفاته في سنة 743هـ. ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: (345/1).

4 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (170/8).

5 مسلم بن الحجاج، الصحيح، كتاب الإيمان، باب 61 باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة رقم الحديث (231). وأبو داود السجستاني، سليمان بن الأشعث الأزدي، السنن، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط: 1/1430 هـ - 2009 م: 150/5).

6 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (171/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (103/6).

يجاب، فكذلك لو طلب المدعي اليمين مع قدرته على البينة لا يجاب.¹

3- وأن في استحلاف المدعى عليه مع كون شهود المدعي حاضرين في المصر هتك حرمة المدعى عليه، وذلك إذا أقام المدعي البينة بعدما حلف المدعى عليه، فيجب أن يتوقاه.²

4- وأن البينة بمثابة الأصل؛ لأنها شهادة من ليس بخصم، أما اليمين فهي خلف عنها؛ لأنها كلام المدعى عليه وهو خصم، وعلى ذلك لو قدر المدعي على الأصل وهي البينة، لا يمكنه أن يطلب الخلف وهو اليمين.³

دليل القاضي أبي يوسف:

1- أن اليمين حق المدعي، ولا يبطل حقه إلا بإقامة البينة، ولأن المدعي إنما اعترف بأن له بينة على دعواه ولكنه لم يعترف بأنه أسقط حقه أي اليمين التي هي حقه⁴، وذلك لقول النبي ﷺ: حين سأل المدعي فقال: «ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه، فقال: يحلف ولا يبالى، فقال ﷺ: ليس لك إلا هذا، شاهدك أو يمينه».⁵

موضع الاستدلال: "لك يمينه" حيث جعل اليمين حقا للمدعي؛ لإضافته إليه بلام التملك، فإذا طالبه به يجيبه، أما مجرد قول المدعي أن له بينة على دعواه بدون إحضارها لا يسقط حقه في طلب استحلاف خصمه؛ لأن الاستحلاف حقه كذلك، وللمدعي استيفاء أيهما شاء، أما لو أقام البينة لم يستحلف الخصم بعد ذلك؛ لعدم الحاجة إليها، ولشبهت الدعوى بالبينة.⁶

2- وأن المدعي قد يكون له مصلحة في طلب اليمين، وهي ألا يتكلف مؤنة إحضار الشهود، ولأن البينة فيها احتمال

1 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (112/2).

2 ينظر: فخر الدين الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارع الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط: 1/ 1313هـ: (300/4).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (226/6).

4 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (112/2).

5 مسلم بن الحجاج، الصحيح، كتاب الإيمان، باب 61 باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة رقم الحديث (231).

6 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (38/8، 40)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (226/6).

عدم القبول، كأن لا تكون مستوفية شروط الشهادة فتزد حينئذ، بخلاف اليمين فإنه مثبتة للحق قطعاً.¹

تنبيه: من الأئمة من ذكر قول محمد مع أبي يوسف كالزيلي والخصاف، ومنهم من ذكره مع الإمام أبي حنيفة كالطحاوي، ولكن رواية الطحاوي كون محمد مع أبي حنيفة مطعون فيها، فقد نقل القدوري² في كتابه "التقريب" أن الطحاوي قال: لم توجد هذه الرواية عن محمد؛ لذلك ناقش صاحب الغاية نقل صاحب الهداية مثل هذه الرواية عن الطحاوي، والطحاوي نفسه ينكر مثل هذه الرواية، ومن خلال ذلك يتبين أن رواية الخصاف والزيلي كون الإمام محمد مع أبي يوسف هي الراجحة؛ لسلامتها عن الطعن.³

الترجيح:

بعد أن استعرضنا أدلة كل من الإمامين يتضح لنا أن الإمام أبا حنيفة قاس عدم إجابة المدعي هنا -عندما قال لي بينة في المصر- على عدم إجابته حال حضور الشهود مجلس الحكم بجامع القدرة على إقامة البينة، لكن استدلال الإمام أبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة -فيما رواه من الحديث الشريف- لا يتم إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس حجة عند الحنفية، فكيف يستدل به هاهنا؟ ثم هل يقوى مفهوم المخالفة هاهنا على مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»⁴.⁵

ويمكن أن يناقش قياس الإمام أبي حنيفة البينة الحاضرة في المصر على البينة الحاضرة في مجلس القضاء بأنه قياس مع الفارق؛ لأن استحلاف المدعى عليه حال غيبة الشهود فيه غرض صحيح للمدعي، وهو قصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه، أو بنكوله عن اليمين، فيتوصل إلى حقه في الحال، فكان له حق اليمين، بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فإنه يتوصل إلى حقه بإقامة البينة، فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل إقامتها، فلم يكن له

1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (172/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (117/6).

2 هو أحمد بن محمد بن أحمد أبو الحسين القدوري البغدادي مولده سنة 362هـ كان في زمانه مرجع الحنفية في بغداد كان حسن العبارة فصنف المختصر المعروف توفي سنة 428هـ. ينظر: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: (131/5، 132).

3 ينظر: الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (29/4)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (172/8).

4 سبق تخريجه في ص: (22).

5 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (171/8).

حق اليمين قبلها.¹

ولكن جوانب القوة في رأي أبي حنيفة أن البيئة على المدعي واليمين على المنكر، فالواجب على المدعي أولاً إقامة البيئة، فإن عجز عنها يحق له عندئذ أن ينتقل إلى اليمين، فهو لا يملك البيئة واليمين في آن واحد.

لذلك أرى توجيه القولين، فإذا كان الحق المدعى به حقيراً بحيث تكون مؤنة إحضار البيئة تساويه أو تفوقه أن نعمل برأي الإمام أبي يوسف في إجابته إلى طلبه، وتحليف خصمه، أما إذا كانت مؤنة إحضار البيئة أقل من الحق المدعى فنأخذ برأي الإمام أبي حنيفة بعدم تحليف الخصم. علماً أن الغنيمي² نقل في الباب أن جمال الإسلام³ قال: الصحيح هو قول أبي حنيفة وعليه مشى الإمام المحبوبي⁴ والنسفي⁵ وغيرهما.⁶

ومما يلحق بهذه المسألة:

3.4.1. التحليف بدون طلب من المدعي.

سبق أن بينا أن الواجب على المدعى عليه هو اليمين حال الإنكار، إلا أن اليمين لا تجب إلا بطلب المدعي من القاضي أن يحلف الخصم، لكن أجمع علماؤنا في المذهب على استحلاف المدعى عليه في دعوى الدين على الميت -أي

1 هو عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد المحبوبي وهو من سلالة الصحابي الجليل عبادة بن الصامت رضي الله عنه مولده سنة 546هـ ووفاته سنة 630هـ ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (336/1).

2 هو عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الميداني، دمشقي من الميدان (محلة في دمشق)، ولد سنة 1222هـ الموافقة سنة 1807م، صنف كتاب اللباب في شرح الكتاب، وكتاب كشف الالتباس في شرح البخاري، وله شروح ورسائل في الصرف والتوحيد منها شرح العقيدة الطحاوية، كان من أفاضل فقهاء الحنفية، توفي -رحمه الله تعالى- سنة 1298هـ الموافقة سنة 1881م. ينظر: الزركلي، الأعلام: (33/4).

3 هو اسعد بن محمد بن الحسين جمال الإسلام الكرابيسي النيسابوري له كتاب الفروق وكتاب الموجز في الفقه ينظر: محيي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (143/1).

4 هو عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد المحبوبي وهو من سلالة الصحابي الجليل عبادة بن الصامت رضي الله عنه مولده سنة 546هـ ووفاته سنة 630هـ. ينظر: محي الدين القرشي، الجواهر المضنية في طبقات الحنفية: (336/1).

5 هو عبد الله بن أحمد بن محمود، حافظ الدين أبو البركات النسفي ينسب إلى (نسف) من بلاد السند وهو فقيه حنفي ألف "كنز الدقائق"، ومفسر ألف "مدارك التنزيل" وأصولي ألف "المنار" و"كشف الأسرار" والمصنف في شرح منظومة أبي حفص في الخلاف وغير ذلك، توفي في (إبذج من كور أصفهان) سنة 710 للهجرة. ينظر: الزركلي، الأعلام: (67/4).

6 ينظر: الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (29/4).

الاستحقاق من التركة-بلا طلب من الوارث أو الوصي، أما فيما وراء ذلك فلا تحليف إلا بطلب من المدعي،¹ إلا عند

الإمام أبي يوسف فيستحلف المدعى عليه في أربعة مواضع وهي:²

1- في الرد بالعيب: فيستحلف المشتري إذا أراد الرد بسبب عيب في المبيع أنه لم يرض بالعيب.

2- في عدم إبطال الشفعة: يستحلف الشفيع أنه لم يبطل شفيعته.

3- في طلب فرض النفقة الزوجية على الزوج الغائب: تستحلف المرأة أن زوجها لم يطلقها، ولم يعطها نفقة، ولا ترك لها شيئاً.

4- ويستحلف المستحق الذي استحق مالا ما وأثبت استحقاقه بالبينة، يحلف بالله أنه لم يبع هذا المال، ولم يهبه، ولم يخرج من ملكه بوجه ما.

1 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (38/8، 39).

2 ينظر: المرجع السابق: (39/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوفاية: (104/6).

4. المطلب الثاني: التحالف في الدعوى.

التحالف في اللغة: من الحلف بالكسر هو العهد، ومنه التحالف هو التعاهد، وتحالفا أي تعاهدا، فالحلف هو العهد الذي يكون بين القوم.¹

التحالف اصطلاحاً: "حلف المتعاقدين عند الاختلاف"،² وعرفته مجلة الأحكام في المادة (1682) بأن "التحالف هو تحليف كلا الخصمين"³ علماً أن الفقهاء فرّعوا هذا المصطلح الجديد على الحلف بالكسر من العهد، ولم يفرعوا هذا المصطلح على الحلف بالفتح، وليس ذلك غفلة منهم عن نَحْج أهل اللغة، فهم أحياناً يفرعون المزيادات على أصل المادة، وأحياناً يفرعون على المزيد، كما فعلوا في التحالف، فهم فرّعوه على الحلف بالكسر.⁴

4.1. المسألة الأولى: تحالف المتبايعين بسبب الاختلاف في الثمن بعد هلاك بعض المبيع.

إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن، فالاختلاف إما أن يكون قبل هلاك المبيع أو بعده، فإن كان قبل الهلاك سواء اختلفا قبل القبض أم بعده يتحالفاً ويترادان، حتى ولو حصل فيه زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، باتفاق فقهاءنا، لكن اختلفوا فيمن سيبدأ بالحلف⁵ لقوله ﷺ: «البيعان إذا اختلفا، والبيع قائم بعينه، وليس بينهما بينة، فalcول ما قاله البائع، أو يترادان البيع».⁶

1 ينظر: الرازي الحنفي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا ط: 5 / ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م: (ص: 78).

2 نجل ابن عابدين، قرّة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (77/8)، ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (135/6).

3 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1682: (ص: 339).

4 ينظر: نجل ابن عابدين، قرّة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (76/8، 77).

5 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (219/8، 220).

6 الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَرام، السنن، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية ط: 1 / 1412 هـ - 2000 م: (3/1661). وقال محقق الكتاب حسين أسد: "الحديث صحيح". وقال الإمام الزيلعي "والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل، بل هو حديث حسن ينجح به، لكن في لفظه اختلاف، والله أعلم، انتهى. قلت: ويدل على ذلك أن مالكا أخرجه في الموطأ بلاغا" جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية: (4/107).

وقال ابن عبد البر "هو منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة العلماء تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيراً من فروعهم" ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،

هذا وإن التحالف في هذه الحالة يستدل له كذلك بحديث: «واليمين على من أنكر»¹ وذلك لأن كلا من المتبايعين منكر، فيحلف كل منهما على نفي كلام خصمه.²

أما إذا اختلف المتبايعان بعد هلاك المبيع كاملاً، أو بعد ما حصل فيه زيادة متصلة، سواء أكانت متولدة من الأصل، أو لا، أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالريش مثلاً، فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويؤخذ بقول المشتري بيمينه، أما عند محمد فيتحالفان، وكذلك إذا اختلفا في العقد فادعى أحدهما البيع وادعى الآخر الهبة، أو في صفة الثمن فادعى أحدهما أن الثمن الذي ارتضياه دراهم، وادعى الآخر أن الثمن دنانير، أو الأجل، فلا يتحالفان في ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يتحالفان في ذلك كله، لكن إذا اختلف المتبايعان بعد هلاك بعض المبيع فعند أبي حنيفة لا يتحالفان، أما عند أبي يوسف ومحمد فيتحالفان، هذا إذا لم يكن لأحدهما بينة أما إذا لأحدهما بينة حكم له، وإن كان لكليهما بينة تقدم البينة المثبتة للزيادة، فإن تساوت البيئتان، أو لم تكن لكليهما بينة ولم يصطلحا على شيء فيتحالفان ويفسخ العقد، علماً أن هلاك المبيع حكماً - كأن خرج المبيع من يده - مثل هلاكه حقيقة، وكذلك الحكم إذا خرج من ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا في ثمنه.³

فتبين أن موضع الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في موضعين:

الموضع الأول: من الذي يبدأ باليمين إذا كان الاختلاف حال قيام كل المبيع؟

الموضع الثاني: هل يتحالفان أم لا، إذا كان الاختلاف في قدر الثمن بعد هلاك بعض المبيع؟

دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1 / ١٤١٩ هـ - ١٩٨٩ م: (84/3). قال ابن حجر العسقلاني: "وفي رواية "إذا اختلف المتبايعان تحالفاً" وفي رواية أخرى "تحالفاً أو تراداً" أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه المرجع السابق: (84/3). وقال الطحاوي في شرح مشكل الآثار: لقد احتج أهل العلم بهذا الحديث، كما احتجوا بحديث لا وصية لوارث، فعرفنا صحة ذلك عندهم " وإن كان ذلك كله لا يقوم من جهة الإسناد، فغنوا بصحته عن طلب الإسناد له " أبو جعفر الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي المصري، شرح مشكل الآثار، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 1 / ١٤١٥ هـ - ١٤٩٤ م: (161/6).

1 أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى: (427/10). وقال ابن حجر العسقلاني في بلوغ المرام من أدلة الأحكام: (ص520): "وللبيهقي بإسناد صحيح".

2 النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، مع تكملة السبكي ومحمد نجيب المطيعي، دار الفكر: (49/13).

3 ينظر: ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (121/2)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (260/6، 261)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (219/8، 220)، الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (47/4).

الموضع الأول: من الذي يبدأ باليمين؟

اتفق الأئمة على أنه في الحالة الأولى حال قيام السلعة أهما يتحالفان، فإن كان البيع مقايضة، أو كان الاختلاف على المبيع والتمن جميعا فيبدأ القاضي يمين من بدأ الدعوى، فإن ادعوا بنفس الوقت يخير القاضي عندئذ بأيهما شاء، ولكن اختلفوا من الذي سيتقدم في اليمين إذا لم يكن البيع مقايضة على قولين:

القول الأول: وهو قول أبي يوسف أولا، وروي مثله عن الإمام أبي حنيفة، أنه يحلف البائع أولا ثم يحلف المشتري.¹

الدليل:

أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان في البيع والسلعة كما هي لم تستهلك فالقول قول البائع، أو يترادان البيع»² يفيد ذلك تقديم يمينه على يمين المشتري؛ لأن النبي ﷺ لما خص القول للبائع كان لذلك فائدة أفلها أن تقدم يمينه على يمين المشتري، وذلك للإجماع على أن يمين البائع لا يكتفى بها.³

القول الثاني: وهو قول أبي يوسف آخرا، وهو الرواية الثانية عن الإمام أبي حنيفة، وبه قال محمد وزفر، أنه يبدأ يمين المشتري.⁴

وجهه:

1- أن المشتري هو الذي ينكر الثمن فهو المنكر أولا، واليمين على المنكر؛ لأنه عندما تقدم في الإنكار يقدم فيما يترتب عليه من الأحكام.⁵

2- وأن السلعة قائمة بيد المشتري، ففي تحليفه أولا تعجيل فائدة اليمين؛ وذلك أننا إذا قدمناه في اليمين فنكل عنها يعتبر مقرا أو باذلا فيطالب بالثمن مباشرة، أما تحليف البائع فهو يؤخر فائدة اليمين؛ لأن البائع يطلب من المشتري أن

1 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (120/2).

2 أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط: 1/ ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م: (7/ 441). واللفظ لأبي الحسن الدارقطني، السنن: (412/3). وقال محقق مسند أحمد: "حسن بمجموع طرقه".

3 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (138/6).

4 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (305/4).

5 ينظر: المرجع السابق: (305/4).

يدفع الثمن كي يسلمه المبيع، فتقديم ما يعجل الفائدة أولى.¹

الترجيح:

بعد أن عرضنا القولين وأدلتهم يتبين لنا أن قول أبي يوسف آخر - أن البدأ يمين المشتري هو الأولى - هو الأرجح؛ لأن فائدة اليمين هي النكول، ولما كان حصول هذه الفائدة من قبل المشتري أسرع، كان تقديم يمينه أولى، هذا بالإضافة إلى كونه هو السابق بالإنكار، واليمين إنما هي حجة المنكر.

وقد رجح هذا القول طائفة من الأئمة المصححين كما ذكر الغنيمي ذلك في الباب نقلاً عن التصحيح،² ورجحه الإمام المرغيناني في الهداية،³ وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1778) "إذا اختلف البائع والمشتري حلف القاضي كلا منهما على دعوى الآخر، وبدأ بالمشتري"،⁴ أما دليل القول الأول أن تخصيص القول للبائع في الحديث - فالقول قول البائع - له فائدة أقلها تقديم يمينه، ففيه احتمال أن يكون بسبب سبق البيان بأن اليمين على المنكر، فاكتمل بما سبق من كون اليمين على المنكر وهو المشتري، وخصص هنا القول للبائع لعدم تقدم بيانه، فهذا الدليل طرقه الاحتمال فيبطل به الاستدلال.

الموضع الثاني: الاختلاف في الثمن بعد هلاك بعض المبيع.

إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد هلاك بعض المبيع، مثلاً لو اشترى أحدهما من الآخر ثوبين أو عشرين فمات أحد العبدین أو فني أحد الثوبين، فاختلف المتبايعان في ثمن ذلك، فعند أبي حنيفة لا يتحالفان، والقول قول المشتري، إلا إذا رضي البائع أن يترك حصة الذي تلف، فعندئذ يعتبر الثمن كله بدلاً عن الباقي منهما فيتحالفان، وقال أبو يوسف: يجري التحالف بين المتبايعين في الجزء الباقي من المبيع، وينفسخ البيع بينهما، ثم في الجزء التالف من المبيع يعتبر قول المشتري.⁵

1 ينظر: المرجع السابق: (305/4).

2 ينظر: الغنيمي الميداني، الباب في شرح الكتاب: (46/4)، قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على مختصر القدوري: (531).

3 ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي: (160/3).

4 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1778: (ص: 362).

5 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (84/8).

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان في البيع والسلعة كما هي لم تستهلك فالقول قول البائع، أو يترادان البيع»¹ فالنبي ﷺ حصر التحالف حال قيام كل السلعة، وقيام السلعة يكون بقيام كل أجزائها، فلو تلف جزء منها انتفى قيام كلها، ولا يقاس قيام بعض السلعة على قيام كلها، فلا يجري التحالف؛ لأنه خارج عن مدلول الحديث.²

2- أن حديث الرد ورد على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس.³

3- أن قدر الثمن الذي قابل الباقي سيكون مجهولا لا يمكن الوصول إليه، وما سيتم تعيينه سيكون بطريق الحزر والتخمين، فلا يجوز، اللهم إذا رضي البائع أن يحط حصة الجزء الهالك من الثمن فعندئذ يصح التحالف؛ لأن كل الثمن سيعتبر عندئذ ثمن الجزء الباقي فقط، وكأن الجزء الهالك لم يكن في العقد فيتحالفان، ومن المشايخ من خرج على قول الإمام أن للبائع أن يأخذ ما اعترف به المشتري من ثمن الهالك.⁴

لكن الاستثناء في رأي الإمام على ماذا يعود؟ ذهب بعض المشايخ إلى أن الاستثناء يعود إلى يمين المشتري، ويكون التقدير على رأيهم إلا إذا رضي البائع بأخذ الباقي فقط، فيحنث لا يجب الحلف على المشتري إلا إذا أراد البائع التحليف، ومن المشايخ من جعل التقدير إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي، ولا يأخذ من الهالك زيادة على ما أقر به المشتري، فلم يبق داع إلى يمين المشتري إلا أراد البائع، ومن المشايخ من اعتبر أن الاستثناء يعود إلى نفس التحالف، وهو الأظهر، فيكون التقدير أن المتبايعين لا يتحالفان إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا، فحينئذ يتحالفان؛ لأن الذي منع من التحالف على رأي الإمام أبي حنيفة هو هلاك بعض المبيع، وهذا الهالك كأنه قد خرج من العقد بهلاكه، فصار المبيع كأنه هو الباقي فقط، فإذا رضي البائع بترك حصة الهالك يتحالفان.⁵

1 أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط: 1/ ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م: (7/ 441). واللفظ لأبي الحسن الدارقطني، السنن: (412/3). وقال محقق مسند أحمد: "حسن مجموع طرقه".

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (260/6).

3 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 121).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (260/6، 261).

5 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأختيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (84/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (149/6، 150).

دليل أبي يوسف:

1- أن التحالف حال قيام السلعة ثبت بالنص وهو «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا»¹ والذي منع من التحالف ضرورة هلاك السلعة، فتقدر الضرورة بقدرها، ففي الجزء الهالك يبطل التحالف، أما في الجزء القائم يبقى النص معمولاً به.²

2- وأن التحالف يجري فيما لو كان المبيع كله قائماً باتفاق جميع الأئمة، أما إذا هلك المبيع كله فلا يجري عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لذلك يأخذ كل نصف من المبيع حكم كله لو كان قائماً.³

فيتحالفان ويفسخ البيع في الجزء الباقي، ويدفع المشتري حصة الهالك من المبيع للبائع، فإذا اختلفا في القيمة يوم قبض المبيع فالقول قول البائع؛ لأنهما اتفقا على وجوب الثمن، ثم ادعى المشتري زيادة في السقوط فأنكرها البائع فاليمين عليه والقول قوله، أما في تحديد حصة الهالك من الثمن، فالقول يكون للمشتري.⁴

وقال محمد: إذا هلك كل المبيع يجري التحالف، فعند هلاك بعضه يجري من باب أولى، فيتحالفان ويرد المشتري القائم وقيمة الهالك؛ لأن المسألة يتجاوزها دليلان، أحدهما مطلق وهو قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا»،⁵ والحديث الآخر وهو قوله ﷺ: «والسلعة قائمة»⁶ وهو مقيد، والمطلق لا يحمل على المقيد؛ لذلك يجري المقيد على تقييده والمطلق على إطلاقه، وكذلك إذا اختلفا في صفة الثمن أو الأجل فيتحالفان عند محمد؛ لأن الثمن الذي يجري فيه التحالف لا يعرف إلا من خلال معرفة جنسه أو وصفه؛ لذلك يصح عنده التحالف.⁷

1 قال الخطيب البغدادي عن هذا وعدد من الأحاديث الأخرى "وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد، لكن لما تلقتهما الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها" ينظر: أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي (٤٦٣ هـ)، الفقيه والمتفقه تحقيق: عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي - السعودية، ط: 2 / ١٤٢١ هـ: (1/ 473).

2 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (119/8).

3 ينظر: ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 120، 121).

4 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (119/8)، اللكوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (148/6).

5 ورد الحديث بهذا اللفظ عند الفقهاء كالمبسوط للسرخسي (154/12)، ولكن أخرجه أبو داود في سننه: (371/5) بلفظ: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان». وقال محقق السنن شعيب أرنؤوط: حسن بطرقه.

6 سبق ترجمته في الصفحة السابقة

7 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (260/6، 261)، نجل ابن عابدين، قرة عيون الأختيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (84/8).

الترجيح:

من خلال عرض الأقوال السابقة أرى أن رأي أبي يوسف هو الراجح؛ للقاعدة القائلة أن الضرورة تقدر بقدرها، فامتناع التحالف هنا لضرورة هلاك البعض، فيمتنع في الجزء الهالك فقط، ولا يسري امتناع التحالف إلى الجزء الباقي؛ قياساً على مسألة القصار الذي أنجز بعض العمل في الثوب وبقي بعضه الآخر، فقد اتفق الفقهاء على أن العقد يفسخ ويعتبر قول صاحب الثوب في حصة الجزء الذي عمله القصار من الأجرة، أما في حصة الجزء الذي لم يعمل به فيتحالفان وتفسخ الإجارة، ففي هذه المسألة تم قياس الجزء المتبقي من العمل في القسارة على الكل الذي يجري فيه التحالف في البيع، فالإمام أبو حنيفة قال بالتحالف هنا مع أن قيام القصار ببعض العمل يساوي هلاك بعض المبيع، وإن قيل بأن البيع عقد واحد، أما الإجارة فهي بمنزلة عقود متفرقة يستحق بها من الثمن بقدر ما ينجز فيها من العمل أو يستهلك فيها من المنفعة، فكان بقاء بعض المنافع قائماً مقام كل المنفعة، وكأن العقد قائم مع بقاء أي جزء مقام العقد على كل الأجزاء، فيكون الباقي بمنزلة المعقود عليه غير المقبوض فيجري فيه التحالف، يجاب على ذلك أن الإجارة وإن كانت بمنزلة عقود متفرقة ولكنها بمثابة عقد واحد لأنها أبرمت في صفقة واحدة.¹

ونقل ابن قطلوبغا في التصحيح، والغنيمي في اللباب ترجيح المحبوبي والنسفي وغيرها قول أبي حنيفة.²

وكذلك مجلة الأحكام العدلية رجحت قول الإمام أبي حنيفة، حيث ورد في المادة (1782) "إذا اختلف المتبايعان بعد أن تلف المبيع في يد المشتري أو حدث فيه عيب مانع للرد لا يجري التحالف ويحلف المشتري فقط".³ وقال شارح المجلة الشيخ علي حيدر: "إذا اختلف المتبايعان بعد تلف المبيع في يد المشتري كلاً أو بعضاً بعد حدوث عيب مانع للرد، أو بعد خروج المبيع من ملك المشتري، فإذا لم يكن البيع بيع مقايضة بل كان مقابل ثمن فلا تحالف ويحلف المشتري فقط".⁴

تنبيه: لو قيل إن نتيجة قول أبي حنيفة أنه يمكن أن يأخذ من المبيع مقدار ما أقر به المشتري من ثمن الهالك ستؤول إلى

1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (119/8، 220).

2 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على مختصر القدوري: (532)، الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (47/4).

3 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1782: (ص: 363).

4 علي حيدر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (563/4).

نفس نتيجة قول أبي يوسف، فالجواب أنه على قول أبي حنيفة يأخذ ذلك صلحا، أما على قول أبي يوسف فيأخذه قضاء.¹

4.2. المسألة الثانية: تحالف المولى والعبد المكاتب.

إذا اختلف السيد والعبد المكاتب في البذل الذي اتفقا عليه مقابل العتق فعند الإمام أبي حنيفة لا يتحالفان، والقول قول العبد مع اليمين، وقال أبو يوسف ومحمد: يتحالفان وتفسخ المكاتب؛ قياسا على المتبايعين. وذلك عند عدم البينة، أما إذا أقيمت البينة من قبل السيد والعبد فتقدم بينة السيد، إلا إذا ادعى العبد أنه أدى المبلغ المتفق عليه لنيل الحرية، وأقام البينة على ذلك فيقضى له بها.²

دليل الإمام أبي حنيفة:

- 1- أن التحالف حال قيام السلعة بعد القبض وارد على خلاف القياس، وما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس، فالكاتب لا تقاس على البيع؛ لأنها ليست في معنى البيع، فالوارد في البيع لا يعتبر واردا في الكتابة.³
- 2- وأن فائدة الحلف هي النكول؛ لكي يقضى به على المدعى عليه، ولكن العبد لا يقضى عليه.⁴
- 3- وأن التحالف يجري في عقود المعاوضات اللازمة، أما عقد المكاتب فليس لازما، وبالتالي لا يجري فيه التحالف.⁵
- 4- وأن العبد إنما يدفع البذل للسيد مقابل فك الحجر، وذلك أن البذل عندما وجب على العبد استحق العبد أن يملك حق اليد -الاكتساب والعمل والتصرف- أو العتق، ولما كان ملك العتق متوقفا على دفع البذل بقي له إذاً حق اطلاق اليد، فإذا دفع العبد البذل المتفق عليه انقلب حق البذل إلى حق العتق فيعتق، أما قبل الأداء فلا يملك العبد حق العتق

1 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (85/8)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (119/8، 220)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (155/6).

2 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (234/8).

3 ينظر: ابن مائة البخاري، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز الحنفي، اخطط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1/142 هـ - 2004 م: (154/4)، نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (85/8).

4 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (85/8).

5 ينظر: المرجع السابق: (85/8).

مقابل مجرد الاتفاق على المكاتبه مع السيد؛ لأننا لو اعتبرنا أنا هذا الاتفاق -قبل دفع البدل- هو مقابل للعتق فإن العبد يعتق من ساعته، ذلك مثل أخذ الأجرة في عقد الإجارة فإنه يكون مقابل تسليم العين، فإذا استوفى المنفعة كانت الأجرة مقابل المنفعة، إذاً اختلاف المولى والعبد المكاتب هو في قدر البدل، فالسيد يدعي مبلغاً زائداً من البدل، أما العبد فإنه ينكر هذا المبلغ الزائد، ولا يقال عن العبد أنه يدعي على السيد استحقاق العتق مقابل البدل، والسيد ينكر ذلك، واليمين على المنكر فعلى السيد أن يحلف إذا؛ لأن العبد يستحق التصرف واليد مقابل الاتفاق وذلك سالم له، فالعبد منكر وحجة المنكر هي اليمين.¹

دليل أبي يوسف:

1- أن الكتابة عقد معاوضة بين المولى والسيد، فإذا اختلفا فإن كل منهما يكون مدعياً ومنكراً، فالسيد يدعي مبلغاً زائداً عما يقر به العبد، وينكر أن يستحق العبد الحرية مقابل ما يدعيه عليه من المبلغ الناقص، أما العبد فإنه يدعي استحقاقه الحرية مقابل ما اعترف به من الثمن، وينكر ما يدعيه عليه السيد من الزيادة؛ لذلك يتحالفان قياساً على المتبايعين إذا اختلفا والسلعة قائمة، فإنهما يتحالفان ويتراذان.²

ويمكن أن يستدل للصاحبين أن الكتابة تفسخ قياساً على فسخ الإجارة حال الاختلاف قبل القبض.³

الترجيح:

بعد عرض قول القاضي أبي يوسف يتبين لنا أنه قال بالتحالف في الكتابة قياساً على التحالف في البيع، لكن الإمام أبا حنيفة اعتبر قياس الكتابة على البيع قياساً مع الفارق؛ وذلك لعدة أمور منها: أن ثبوت التحالف للمتبايعين بعد القبض ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس، ولأن البيع يختلف عن الكتابة صورة ومعنى، فالبيع يقصد به الربح، وفيه التزام وتضييق على كل من المتبايعين، ولا يبرأ منه المتبايعان إلا بالفسخ أو الإقالة، وفي تحالف المتبايعين منفعة لكل منهما إذاً وهي الفسخ، أما في الكتابة فإنها غير لازمة بمعنى أن العبد إذا عجز عن أداء المبلغ المتفق عليه فإن له

1 ينظر: البابري، العناية شرح الهداية: (234/8، 235)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (234/8، 235)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (151/6).

2 ينظر: ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 124)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (151/6).

3 ينظر: البابري، العناية شرح الهداية: (232/8).

أن يفسخ العقد، أما اعتبار عقد المكاتبه عقد معاوضة فإنه لا يصح؛ لأن العبد وما ملكت يمينه لسيده، ومع هذه الفروق لا تقاس المكاتبه على البيع، فلا يثبت فيه من التحالف مثل ما ثبت في البيع.¹ وتبين لنا من خلال أدلة الإمام أبي حنيفة الأنفة الذكر رجحان رأيه، وقد رجح النسفي قول الإمام أبي حنيفة واختاره المحبوبي.²

4.3. المسألة الثالثة: تحالف الزوجين بسبب الاختلاف في المهر.

إذا اختلف الزوجان في المهر حال قيام الزوجية بينهما، سواء قبل الطلاق أو بعده، ولكن بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة، ولم يكن لأحدهما بينة، أو كانت بينتاهما متعارضتين، ولا يمكن ترجيح أحدهما على الأخرى بحال، فإن كان الخلاف على أصل المهر أي على التسمية فيجب في ذلك مهر المثل، أما إذا اختلفا في مقدار المهر حال التعارض وعدم إمكان الترجيح، كأن تدعي عليه المرأة بألفين ويقر هو بألف، أو في صفة المهر سواء أكان مكيلا أو مذروعا أو موزونا، أو اختلفا في جنس المهر المسمى، كأن يقر بأنه تزوجها على أن يكون المهر عبدا وهي تقول بل جارية، أو نوع المهر المسمى، كأن يقر بأن المهر دنانير مصرية وهي تقر بدنانير سورية، أو اختلفا في صفة المسمى، كأن تدعي أن المسمى دنانير جيدة وهو يدعي الرديئة، ففي كل هذه الصور اختلف الأئمة، فعند الإمام أبي حنيفة ومحمد يتحالفان ويحكم بمهر المثل، أما عند القاضي أبي يوسف فيحكم بما قاله الرجل، إلا إذا أقر بمهر مستنكر فيحلف حينها، أما لو اختلفا قبل الدخول فلها نصف ما أقر به الزوج باتفاق الأئمة.³

ولكن هناك روايتان لرأي الإمام أبي حنيفة:

الرواية الأولى: رواية الكرخي⁴ أن التحليف حال كون المهر الذي أقر به الزوج يساوي مهر المثل أو أقل منه، أو كان

1 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (310/4).

2 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على القدوري: (533)، الغنيمي الميداني، الباب في شرح الكتاب: (29/4).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (306، 307)، ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (122/2)، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرغباري البلخي، بأمر السلطان: محمد أورنگ زيب عالمكير، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية، المطبعة الكبرى الأميرية ببلاط مصر، وصورتها دار الفكر، بيروت، ط: 1310/2هـ: (35/4)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (230/8)، البابري، العناية شرح الهداية: (229/8، 230)، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (311/4).

4 هو عبيد الله بن الحسين الكرخي مولده سنة 260هـ ووفاته سنة 340هـ كان شيخ المذهب الحنفي في زمانه وتلمذ عليه عدد من الأئمة منهم الشاشي والتنوخي وأبو بكر الجصاص ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء: (142).

مهر المثل يساوي ما ادعته المرأة أو أكثر منه، وكذلك إذا كان مهر المثل أقل مما ادعته المرأة أو أكثر مما أقر به الزوج، ففي هذه الوجوه الخمسة يتحالفان ويحكم بمهر المثل، وعلى هذه الرواية يكون التحالف أولاً، ثم تحكيم مهر المثل.¹

أما الرواية الثانية: هي رواية الرازي الجصاص² أن الإمام لا يرى التحالف إلا في الصورة الأخيرة، وهي إذا كان مهر المثل أكثر مما يدعيه الزوج وأقل مما تدعيه المرأة، أما فيما عداه فالمعتبر قول الزوج مع يمينه إذا كان مهر المثل شاهداً للزوج بأن يكون مثل ما اعترف به الزوج أو أقل، أما إذا كان مهر المثل شاهداً للمرأة بأن يكون مهر المثل مثل ما ادعته أو أكثر، فالقول قولها مع يمينها، وعلى هذه الرواية يكون تحكيم مهر المثل أولاً ثم التحالف.³

علما أن الأئمة رجحوا رواية الكرخي، كصاحب المبسوط وصاحب المحيط⁴ وصاحب الكنز.⁵

وجه قول أبي حنيفة:

1- أن المهر المسمى بينهما سقط اعتباره بسبب التعارض فلجأنا إلى التحالف، أي أسقط التحالف التسمية أولاً ثم حكمنا مهر المثل؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية، وذلك على رواية الكرخي، أما على رواية الجصاص فإن التحالف فيما لا شهادة للظاهر عليه، أما ما يشهد له الظاهر فلا يحتاج إلى التحالف.⁶

2- أن من عادة الناس أن يزوجوا بناتهم على مهر مثيلاً، ومن عادة الأزواج أن لا يقبلوا بأن يزيدوا على المهر على ما هو متعارف عليه بين الناس، فالتسمية المختلف عليها بينهما هي مثل مهر أضرارها من النساء؛ لأن التسمية أصلاً هي تعيين وتقدير لقيمة البضع، وقيمتها هي قيمة أمثالها من النساء، ففي حال الاختلاف وعدم وجود البينة يرجع إلى مهر المثل، لأن موجب العقد هو مهر المثل؛ لذلك يحكم به؛ ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام «واليمين على من

1 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (87/8).

2 هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص تلميذ الكرخي مولده سنة 335 هـ ووفاته سنة 370 هـ يذكر في كتب الحنفية باسم الجصاص أو الرازي كان شيخ الحنفية في بغداد. ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء: (144).

3 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (87/8).

4 هو برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري المرغيناني، من أكابر فقهاء الحنفية. عدّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل. وهو من بيت علم عظيم في بلاده. من كتبه المحيط البرهاني، الطريقة البرهانية. وتوفي سنة: 616 هـ ينظر: الزركلي، الأعلام: (7/ 161).

5 ينظر: المرجع السابق: (87/8).

6 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (306/2).

أنكر»¹ فيجب الحلف على كل منهما؛ لأن الزوج مدع ومنكر، فيدعي عليها أنها أذنت له بالدخول بها إذا سلمها ألفاً، وينكر ما تدعيه عليه من الزيادة، وهي تدعي عليه أنها اشترطت زيادة على المهر الذي ذكره، وتنكر إذنها له بالدخول قبل تسليم ذلك المهر المقدر.²

وجه قول أبي يوسف:

قال أبو يوسف: القول المعتبر في التحديد هو قول الزوج، إلا إذا ذكر الزوج شيئاً مستنكراً فيحلف يميناً على ما ذكره من المهر حينذاك، ويحكم له بما قال، ولكن ما هو المهر المستنكر عند أبي يوسف؟

روي أنه أقل من عشرة دراهم، وهذا رأي مرجوح؛ لأنه سماه مهراً وأقل من عشرة دراهم لا يسمى مهراً بالاعتبار الشرعي، وفُسِّر المستنكر أن يقر بأقل من نصف مهر مثلها، أما ما فوق النصف فليس بمستنكر، ونقل عن خواهر زاده³ أن المعتمد في تأويله: أن يذكر مهراً أقل من المهر الذي تزوج به أقرانها من النساء؛ لأن ذلك مستنكر في العرف.⁴ فوجه قوله:

1- أن اليمين في الدعوى على المنكر، والمنكر هنا هو الزوج؛ لأنه ينكر الزيادة التي تدعيها عليه في المهر، فالواجب عليه اليمين إذاً.⁵

2- والقياس على الإجارة حال اختلاف المؤجر والمستأجر في قدر الأجرة، فإننا نحكم بقول المستأجر مع يمينه، ولا نحكم بأجرة المثل.⁶

ويلحق بهذه المسألة:

1 سبق تخريجه في ص: (22).

2 ينظر: الحدادي، الجوهرة النيرة: (222/2)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (305/2).

3 هو محمد بن الحسين، خواهر زاده البخاري القديدي فاق الأقران وبرع في المذهب كانت وفاته في بخارى سنة 483هـ. ينظر: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: (353/5).

4 ينظر: الحدادي، الجوهرة النيرة: (222/2)، نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (87/8).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (305/2).

6 ينظر: المرجع السابق: (305/2).

4.3.1. الاختلاف بعد وفاة أحد الزوجين مع ورثة الآخر:

إذا اختلف أحد الزوجين مع ورثة الآخر فعند أبي حنيفة ومحمد القول قول المرأة أو ورثتها من بعدها إلى حد مهر المثل، أما في الزائد على ذلك فالمعتبر قول الزوج، أما عند أبي يوسف فالقول قول الزوج أو ورثته من بعده إلا أن يذكروا مهرا مستنكرا.¹

4.3.2. الاختلاف بين الورثة بعد وفاة كل من الزوجين في أصل التسمية:

إذا اختلف ورثة كل من الزوجين فعند الإمام أبي حنيفة لا يقضى بشيء إلا إذا أقاما البينة على أصل التسمية؛ لأن المهر وإن وجب بسبب العقد ولكنه لا يبقى عادة بعد وفاتهما؛ لأن من عادة الناس استيفاء ذلك أو الإبراء منه؛ فلهذا كان لا بد من البينة على أن المهر ما يزال دينا باقيا في ذمة الزوج، ولأنه على فرض بقاء المهر دينا في الذمة وعدم استيفائه أو الإبراء منه لا يمكن القضاء بمهر المثل؛ لأن المرأة بعد هذا التقادم لن يوقف على حالها حقيقة، ولا على حال مثيلاتها من أبناء قرابتها، لأنهن قد توفين غالبا، فيتعذر تقدير مهر مثلهما.²

أما عند أبي يوسف ومحمد يصار إلى مهر المثل؛ لأن ذلك موجب العقد، مثل الخلاف في أصل التسمية حال الحياة، فإنهما لو اختلفا في حال الحياة يحكم بمهر المثل، وكذلك الأمر في الاختلاف بين الورثة بعد موت الزوجين يحكم بمهر المثل، مثل ما لو تزوجا من دون مهر.³

4.3.3. اختلاف ورثة كل من الزوجين في مقدار المهر:

إذا اختلف ورثة كل من الزوجين في مقدار المهر المسمى فعند أبي حنيفة يعتبر قول ورثة الزوج؛ وذلك لعدم إمكان تقدير مهر مثيلاتها بعد موتها لتقادم الأمر، أما عند أبي يوسف فالمعتبر قول ورثة الزوج إلا إذا اعترفوا بمهر مستنكر جدا، أما عند محمد: المعتمد قول ورثة المرأة إلى حد مهر مثيلاتها.⁴

1 ينظر: المرجع السابق: (308/2).

2 ينظر: المرجع السابق: (308/2).

3 ينظر: المرجع السابق: (308/2).

4 ينظر: المرجع السابق: (308/2).

علما أن النكاح لا يفسخ في كل صور الاختلاف المتقدمة عند جميع علماء الحنفية، وذكر عن ابن أبي ليلى أنه قال: يفسخ الزواج قياسا على البيع، أما عند الحنفية فإن البيع حال الاختلاف يفسخ؛ لأنه يبقى بدون ثمن، فيجب الفسخ دفعا للفساد، وأما في باب النكاح فإن الرجل لو تزوج امرأة بلا مهر أصلا، فإن النكاح ينعقد ويجب لها مهر المثل، ففي الاختلاف في قدر المهر يحكم بالصحة من باب أولى.¹

الترجيح:

بعد أن عرضنا رأي الإمامين، نرى أن الإمام أبا حنيفة أسقط القدر المسمى من المهر بسبب التعارض، واعتبر أن كلا من الزوجين منكرا لدعوى صاحبه، فحكم بالتحالف ثم بمهر المثل، ولكن رأي الإمام عندما يكون الاختلاف بين ورثة كل من الزوجين حال عدم التسمية موقع في حرج شديد؛ حيث يمتنع عن الحكم إلى أن يقيما البينة على بقاء المهر أو التسمية، مما سيؤجل القضاء في المسألة إلى إقامة البينة على بقاء المهر، وقد يتعذر لتقادم المسألة، أما القاضي أبو يوسف فإنه لم يسقط التسمية بسبب هذا الاختلاف، بل نظر إلى من تقدم إنكاره وهو الزوج -إذ إنه ينكر الزيادة أولا- فاعتبر قوله، ويظهر لي في اضطراد رأي القاضي أبي يوسف في كافة الصور، وكذلك في قياسه الاختلاف في المهر على الاختلاف في الإجارة من القوة ما يجعلني أميل إلى رأيه؛ لأن اليمين على من أنكر والزوج هو الذي ينكر الزيادة، وخصوصا أن مسألة الاختلاف بين ورثة كل من الزوجين حال عدم التسمية يكون الأخذ برأي الإمام أبي حنيفة موقع في الحرج الشديد.

أما إذا اعتبرنا أن المقصود بالمهر المستنكر عند أبي يوسف أنه ما كان أقل من مهر المثل -على ما فسره خواهر زاده- فإن الخلاف سيكون لفظيا فقط. علما أن رأي الإمام أبي حنيفة هو المعول عليه عند النسفي والمحوي حسب ما ذكره ابن قطلوبغا في التصحيح²، وقال عنه الموصلي في الاختيار: "والأول أحسن".³

4.4. المسألة الرابعة: تحالف الزوجين بسبب الاختلاف في متاع البيت عند عدم البينة (مسبعة الدعوى).

1 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (311/4)، بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية: (368/9).

2 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على مختصر القدوري: (533).

3 ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 123).

المتاع لغة: كل ما ينتفع به من طعام وأثاث البيت والبرّ، وهو في الأصل اسم لما يتبلغ به من الزاد، من قولهم متّعته (بالتشديد) أي أعطيته ذلك، وجمعه أمتعة.¹

والمراد به في الاصطلاح: "هو كل ما ينتفع به من نفسه أو مما حصل منه كالعقار وغيره".²

فإذا اختلف الزوجان، سواء كانا صغيرين أو كبيرين، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلماً وزوجته كتابية، قبل الفرقة أو بعدها، في متاع البيت الذي كانا يسكنانه، فإن كان لأحدهما بينة قضى له، سواء شهد له الظاهر أم لا؛ لأن بينته أثبتت دعواه، أما إذا كان لكل منهما بينة فترجح بينة المرأة فيما يخص الأشياء التي تصلح للرجل كالبندقية، وفي الأشياء التي تصلح لكليهما كالمفروشات والنقود؛ لأن الزوج ذو يد على البيت وما فيه، والزوجة خارجة، وبينة الخارج³ مقدمة في الدعاوي، أما في الأشياء التي تصلح للمرأة فترجح بينة الزوج.⁴

لكن إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولم يكن لأحدهما بينة، فما يصلح للمرأة مثل الحلي والدرع والخلخال والخمار فهو لها، إلا إذا كان الزوج يتجر بذلك فعندئذ يكون القول قوله؛ لأنه ذو يد على المتاع، وإذا أقرت المرأة أن الزوج هو الذي اشترى هذه الأشياء فيجب عليها عندئذ أن تقيم بينة على طريقة انتقال هذه الأشياء إليها، وما يصلح للزوج مثل السلاح والقلنسوة والطيلسان والعمامة والمنطقة فهو له، إلا إذا كانت المرأة تتجر بمثل هذه الأمتعة على قول، لكن إذا كان الشيء المتنازع فيه مما يصلح لهما، كالسرر والبسط والأواني والفرش والمواشي والنقود والمنزل، فلا مرجح لإحدى البينتين، والقول قول الزوج بيمينه على قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يعطى للزوجة مقدار ما يجهز به مثلها بيمينها والباقي للزوج بيمينه، هذا كله إذا كان الاختلاف في حال قيام الزوجية، أما إذا اختلفا بعد الطلاق البائن فالقول قول الزوج؛ لأنها صارت أجنبية بالطلاق فزالت يدها.⁵

1 ينظر: الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (526/2).

2 شيعي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (268/2).

3 "هو البريء عن وضع اليد والتصرف بما يشبه تصرف المالك" لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1680: (339).

4 ينظر: علي حيدر درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام: (548/4)، نصت على ذلك في المادة (1771) ولكن وردت في المادة في المجلة بشكل مجمل؛ لأنها تكلمت عن حال وجود البينة وحال عدم البينة بشكل في آنٍ واحد، وتوضيحها كما بينت ذلك أعلاه.

5 ينظر: ابن السّخّنة الحلبي، أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين الثّقفي، لسان الحكماء في معرفة الأحكام، البابي الحلبي - القاهرة، ط: 2/ 1393 هـ - 1973 م: (ص: 238)، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار

وجه قول الإمام أبي حنيفة ومحمد:

أن يد الزوج يد متصرف، أما يد المرأة فهي يد حافظة، واليد المتصرفه أقوى من اليد الحافظة، كأن يتنازع اثنان في دابة، أحدهما متعلق بلجامها، والثاني راكب عليها، فالراكب أولى؛ لأنه متصرف، وظاهر يده المتصرفه أقوى؛ لذلك يكون القول قول الزوج فيما يصلح لهما، أما فيما يصلح للمرأة خاصة، فيعتبر قول المرأة؛ لأن ظاهرها أقوى من ظاهره.¹

وجه قول القاضي أبي يوسف:

أن الظاهر يشهد أن المرأة تأتي بالجهاز، فيدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها عملاً بشهادة العادة الغالبة، أما الباقي فهو للزوج عملاً بشهادة ظاهر اليد.²

علماً أن هذه المسألة أطلق عليها مسبعة كتاب الدعوى؛ لأن فيها سبع آراء مشهورة وهي: رأي الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري.³

وعند زفر: يقسم المشكل من المتاع بينهما بالمناصفة.⁴

أما عند الحسن البصري⁵: فالكل للمرأة؛ لأن يدها على البيت مرجحة عنده على يد الزوج.⁶

روي عن الحسن في رجل طلق امرأته، أو مات عنها، وقد أحدثت في بيته أشياء قال الحسن: "لها ما أغلقت عليه بابها

الكتب المصرية، القاهرة، ط: 2 ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م: (ص: 204)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (308/6)، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 123)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (236/8، 237).

1 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (4/ 312)، الشرنبلالي الحنفي، حسن بن عمار بن علي المصري، حاشية على درر الحكماء شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ: (343/2). الكاساني بدائع الصنائع: (308/2).

2 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (4/ 312).

3 ينظر: شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (2/ 269).

4 ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار: (5/ 565)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (6/ 159، 160).

5 هو الحسن بن يسار، أبو سعيد الحسن البصري كان أبوه مولى لسيدنا زيد بن ثابت وكانت أمه مولاة أم المؤمنين أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ولد قبل انقضاء خلافة سيدنا عمر بستين وهو من سادات التابعين وأفاضلهم علماً وزهداً وورعاً وعبادة كان من أفصح الناس وأجلهم توفي رحمه الله تعالى سنة 110 هـ. ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: (2/ 71، 72).

6 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (6/ 160).

إلا سلاح الرجل ومصحفه".¹

وقال ابن أبي ليلى: المتاع المشكل يكون للزوج حال حياته، ولورثته بعد مماته.²

روي عن ابن أبي ليلى أنه قال: "وما كان من متاع يكون للرجال والنساء، فهو للرجل حيا كان أو ميتا".³

وقال ابن شبرمة⁴: أن كل المتاع هو للرجل وليس للمرأة إلا ما عليها من الثياب.⁵

روى هشيم عن ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، أنهما كانا يقولان: "ما كان للرجال فهو للرجال، وما كان للنساء فهو للمرأة،

وما كان مما يكون للرجال والنساء فهو للرجال".⁶

تنبيه: الخلاف هنا محصور في الزوجين أو ورثتهما، لا بين الزوجات مع بعضهن البعض، ولا بين الأب والابن، ولا بين أب الزوجة والختن، ولا فرق بين كون الزوجين مسلمين أو مسلم وذمية، أو حرين أو مكاتبين، أو صغيرين إذا كان الصغير يجامع، لكن لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا فهو للحر في الحياة وللحي بعد موت أحدهما، وكل ذلك سواء أكان الاختلاف قبل الفرقة أو بعد الفرقة، وسواء أكان البيت الذي فيه المتاع لهما أو لأحدهما، بخلاف ما لو اختلفا في ملك شيء آخر غير متاع البيت الذي يسكنانه، فحكمهما عندئذ حكم أي متداعيين أجنبيين.⁷

أما لو كان أحد الزوجين حرا والآخر عبدا مكاتبا أو مأذونا فاختلفا في المتاع حال حياتهما، فعند الإمام أبي حنيفة هو للحر؛ لأن هذه المسألة جرى فيها الترجيح بالصلاحيّة، فيجري فيها الترجيح بالحرية، أما أبو يوسف فاعتبر المكاتب

1 سعيد بن منصور، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، السنن، الدار السلفية، الهند، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط: 1/ ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م: (392/1).

2 ينظر: شيخنا زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (269/2).

3 سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (393/1).

4 هو القاضي عبد الله بن شبرمة الضبي فقيه كوفي روى سيدنا أنس بن مالك وعن التابعين كان شاعرا جوادا يشبه النساك وكان عاقلا عفيفا عارفا توفي سنة مائة وأربع وأربعين للهجرة ينظر: اليافعي، مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان: (233/1).

5 ينظر: شيخنا زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (269/2).

6 سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (393/1).

7 ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي: (166/3-167). الككنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (156/6)، شيخنا زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (268/2).

والمأذون له في التجارة مثل الحر؛ لأن يدهما تعبر في الخصومات.¹

ويلحق بهذه المسألة:

4.4.1. اختلاف أحد الزوجين مع ورثة الزوج الآخر:

اتفق الأئمة على أن ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وأن الطلاق والموت سواء.²

فلو اختلف أحد الزوجين مع ورثة الآخر في المتاع فعند الإمام أبي حنيفة هو للحي منهما؛ لأن الحي له يد، أما الميت فلا يد له، وعند أبي يوسف فللمرأة قدر ما تجهز به، والباقي من المشكل هو للزوج بيمينه، ولورثته من بعده.³

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق؛ لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا إلى صلاحية الاستعمال، فكذا يقع الترجيح بسبق اليد؛ لأن يد الباقي منهما يد نفسه، أما يد الوارث فهي خلف عن يد المورث، وهذا نوع من الترجيح، فكان المشكل للباقي منهما، فالإمام قاس السبق على الصلاحية، فرجح الباقي منهما على ورثة المتوفى بسبق يد الباقي، كما رجحت ملكية أحدهما بصلاحية الشيء له خلقة.⁴

2- وأن منازعة الوارث للباقي من الزوجين مخالفة الفرع للأصل؛ لأن يد الباقي ثبتت بنفسه، واليد لها رجحان في كثير من المسائل، خلافا للصلاحية فهي تعتبر في هذه المسألة فقط.⁵

3- ويستدل له بالأثر المروي عن إبراهيم، قال: "ما كان للرجل مما لا يكون للنساء مثله فهو للرجل، وما كان مما يكون للنساء مما لا يكون للرجل مثله فهو للمرأة، وإن كان مما يكون للرجال والنساء مثله فهو للباقي منهما"،⁶ وبقول الشعبي:

1 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (161/6).

2 ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار: (564/5)، ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية مطبوع ومع حاشية الشرنبلالي، بدون طبعة وبدون تاريخ: (65/8).

3 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (312/4).

4 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (159/6)، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (312/4).

5 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (159/6).

6 سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (392/1).

"إذا دخلت المرأة على زوجها بمتاع أو حلي ثم ماتت فهو ميراث، وإن أقام أهلها البينة أنه كان عارية عندها، إلا أن يعلموا ذلك زوجها".¹

وجه قول أبي يوسف:

أن الخلاف حال موت أحدهما مثل الخلاف بين أحدهما وبين الآخر، فللمرأة قدر ما تجهز به، والباقي من المشكل هو للزوج بيمينه، ولورثته من بعده؛ لأن الورثة يقومون مقام مورثهم.²

قال محمد - رحمه الله تعالى -: المشكل من المتاع يُجعل للرجل إذا كان حيا، ولورثته إن كان ميتا؛ لأن ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فهم خلفاؤه في ماله، فكما أن في المشكل القول له في حياته، فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته؛ لأنهم خلفاؤه.³

الترجيح:

إن الخلاف محصور في القسم المشترك من متاع البيت، فالإمام يجعله للزوج في حياته وللباقي من الزوجين، أما أبو يوسف فيستثني مقدار ما تجهز به المرأة ويجعله لها في حياتها، ولورثتها بعد وفاتها، فيظهر أن رأي الإمام أبي يوسف في الحالين يستند إلى العرف والعادة؛ لأن العادة جرت أن المرأة تأتي ببعض الأمتعة معها إلى بيت زوجها، وقد يكون منها الصندوق الذي توضع فيه الألبسة، ويقابله في وقتنا هذا خزانة الملابس، وما تزال هذه العادة في بعض المجتمعات، فلقد رأينا في بعض المجتمعات أن المرأة هي التي تجلب معها بعض أثاث المنزل، وكذلك نشاهد أن كثيرا من النساء يشتري بعض الأشياء يحتجنها من سجاد وأوان ولا يتسنى لهن الإشهاد على ذلك، فجعل ذلك لها هو مما يشهد الظاهر بعدالته، وهذا الظاهر أقوى من ظاهر أن البيت وما فيه بيد الزوج؛ لذلك يبطل به ظاهر يد الزوج، أما ما بقي من المتاع المشكل فهو للزوج؛ لأنه لا معارض لظاهر يده فيعتبر، ولكن هذا العرف الذي استند إليه أبي يوسف يختلف في المجتمع الواحد، فهو غير منضبط، ففي بعض المجتمعات تتولى المرأة تجهيز بيتها كاملا، وفي بعضها الآخر لا تجلب المرأة سوى

1 سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (394/1).

2 ينظر: الشرنبلالي الحنفي، حاشية على درر الحكماء شرح غرر الأحكام: (343/2).

3 ينظر: المرجع السابق: (343/2).

لباسها، بل إنه يختلف في المجتمع الواحد بحسب غنى الأسرة أو فقرها، فمعرفة مقدار ما يجهز به مثلها وجعله ملكا لها متعذر، مما سيؤدي إلى المنازعات؛ لذلك ورد عن عامر الشعبي، " أن امرأة زوجت بنتها فلما أن أرادت أن تهديها إلى زوجها جمعت حليا لها وأشهدت أن الحلي حليها، فكتب في ذلك الحجاج إلى عبد الملك بن مروان، فكتب عبد الملك: إن إحداهن تخبر أن لابنتها المال فتزوجها على ذلك، فأما امرأة حملت من بيت أهلها متاعا كان معها حتى تهلك فهو لها. وكان الشعبي يرى ذلك".¹

فرأي الإمام أبي حنيفة هو الراجح؛ لما في ذلك من المشي على قواعد الدعوى أن القول في الدعوى لصاحب اليد، ولأنه الأضبط لفروع المسألة، علما أن أكثر الأشياء التي تجلبها المرأة في جهازها هي من الأشياء الخاصة بها، والتي يعتبر فيها قولها مع اليمين، أما الأشياء التي تصلح لكلا الزوجين، كالبسطة والنقود فتزجج فيها يد الزوج، كما أن الإمام أبا يوسف أخذ ذلك بعين الاعتبار لكن فيما وراء ما جرت العادة عليه، وهو أن يكون لها مقدر جهازها والباقي للزوج، ولكن هذه العادة غير منضبطة.²

وذكر ابن قطلوبغا في التصحيح والغنيمي في الباب عن الإسيبيجي³ أن قول أبي حنيفة هو المعتمد وقد رجحه المحبوبي والنسفي وغيرهما.⁴

كما اختارت مجلة الأحكام العدلية قول أبي حنيفة حيث نصت في المادة (1771) "وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين"⁵، كما اختارت المجلة رأي الإمام أبي حنيفة أن الصالح من المتاع لكل من الزوجين بعد موت أحدهما يكون للباقي منهما.⁶

1 سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (394/1).

2 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (234/8).

3 هو القاضي أبو نصر أحمد بن منصور الأسبيجي كان متبحرا في الفقه حتى انتهت إليه الفتوى في سمرقند وكان مرجعا في الواقعات يروى أن وفاته كانت في سنة 480هـ. ينظر: تقي الدين الغزي، الطبقات السننية في تراجم الحنفية: (ص: 154).

4 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على القدوري: (534)، الغنيمي الميداني، الباب في شرح الكتاب: (51/4).

5 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1771: (ص: 360).

6 ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1772: (ص: 361). "تقوم الورثة مقام المورث عند موت أحد الزوجين. ولكن إذا عجز كلا الطرفين عن الإثبات على ما ذكر فالقول لمن هو في الحياة منهما مع اليمين في الأشياء الصالحة لكليهما".

5. المطلب الثالث: التوكيل في الدعوى.¹

التوكيل في الدعوى والتوكيل بالخصومة لفظان تداولهما الفقهاء، وهما مترادفان، فالتوكيل من الوكالة، وهي في اللغة: اسم من وكل إليه الأمر: أي صرف إليه الأمر، أو اسم من توكّل بالأمر بمعنى تكفل به، والوكيل هو الحفيظ،² أما التوكيل فهو "إظهار العجز، والاعتماد على الغير".³

أما الوكالة في الاصطلاح: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه، والوكيل هو الحفيظ.⁴

والخصومة: الجدل، وهي اسم من التخاصم والاختصاص، وخاصمه: غلبه بالحجة.⁵

أما الخصومة في الاصطلاح: فهي "الدعوى الصحيحة، أو الجواب الصحيح".⁶ وعَرَّفَهَا شمس الأئمة السرخسي: "أُثْمًا اسم لما يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة".⁷

شروط التوكيل بالخصومة:

1- أن يكون الوكيل معلوما.⁸

2- أن يعين الموكل الخصومة التي وكل بها غيره، وأن يبين المدعى به عند التوكيل بالخصومة، كأن يقول لوكيله أنت وكيلني في دعوى الدار التي بيني وبين فلان.⁹

3- أن يكون التوكيل برضا الخصم عند الإمام أبي حنيفة فيما يصح التوكيل به من إثبات الحدود -حد السرقة والقذف-

1 وهو ما يمارسه المحامون اليوم في المحاكم.

2 ينظر: ابن منظور، لسان العرب: (736، 734/11).

3 الرازي الحنفي، مختار الصحاح: (344).

4 ينظر: فريد الدين الدهلوي، عالم بن العلاء الأندلسي الهندي، الفتاوى التتارخانية، تحقيق: شبير أحمد القاسمي، مكتبة زكريا، ديوبند، الهند، ط: 1431/1 هـ - 2010م: (241/12).

5 ينظر: ابن منظور، لسان العرب: (180/12).

6 الحدادي، الجوهرة النيرة: (198/1).

7 شمس الأئمة السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م: (5/19).

8 ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (3: 636).

9 ينظر: المرجع السابق: (3: 636).

والقصاص وحقوق العباد، أما عند أبي يوسف فلا يصح التوكيل في إثبات الحدود والقصاص، ويصح التوكيل ولو بغير رضا الخصم فيما هو من حقوق العباد.¹

4- أن يكون الموكل أهلاً للتوكيل بكونه عاقلاً بالغاً، وأن يكون الوكيل عاقلاً، فلا يصح توكيل المجنون ولا وكالته، كما لا يصح توكيل الصبي، أما وكالة الصبي فهي صحيحة إذا كان عاقلاً، بخلاف توكيله.²

5- يشترط أن يعلم الوكيل بالوكالة ويلحق علمه بتوكيله.³

5.1. المسألة الأولى: التوكيل في الدعوى بإثبات الحدود.

يختلف حكم التوكيل في الدعوى باختلاف موضوع الدعوى، فالدعوى إما أن تتعلق بحق من حقوق الله تعالى، أو بحق من حقوق العباد، فإن كانت تتعلق بحق من حقوق الله تعالى فهو على قسمين: الأول التوكيل بإثبات الحدود، والثاني التوكيل باستيفائها، والتوكيل في استيفاء وإثبات الحدود يتصور في الحدود التي يحتاج فيها إلى الخصومة، مثل حد السرقة وحد القذف وكذلك القصاص، أما الحدود التي لا يحتاج فيها إلى الخصومة مثل حد الزنا وحد الشرب فلا يجوز فيها التوكيل.

واتفق الحنفية على أن التوكيل في استيفاء حد السرقة وحد القذف إن كان بحضرة المدعي يجوز؛ لأنه لا تتمكن فيه الشبهة، أي أن الموكل يستطيع أن يعفو إن أراد، فشبهة العفو منعدمة بحضوره، وجاز استحساناً؛ نظراً إلى أن بعض الناس لا يمتلك الجسارة على استيفاء القصاص أو الحد بيده؛ لقلّة هدايته ومعرفته بكيفية ذلك، أو لضعف قلبه، أما إذا كان التوكيل حال غياب المدعي فلا يجوز؛ لأن ولاية الاستيفاء هي للإمام على كل حال، وكذلك التوكيل من طرف المدعي عليه حال غيابه فلا يجوز؛ لاحتمال الإقرار والتصديق، كما يحتمل في حد القذف والتصديق أو ترك الخصومة، ومع هذا الاحتمال لا يثبت الحد، وكذلك التوكيل في استيفاء القصاص؛ لأنه لو كان المدعي حاضراً فلربما يعفو؛ فلا

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (21/6).

2 ينظر: المرجع السابق: (20/6).

3 ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (519/3).

يجوز التوكيل حال الغياب مع قيام هذه الشبهة.¹

لكن اختلف الأئمة في التوكيل بإثبات الحدود التي يُحتاج فيها إلى الخصومة، مثل حد السرقة وحد القذف والقصاص من طرف المدعي -من له الحق- ومن طرف المدعى عليه -من عليه الحق- فقال أبو حنيفة ومحمد: يجوز التوكيل في إثبات الحق من قبل من له الحق ومن طرف من عليه الحق، وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل من طرف من له الحق، ولا من طرف من عليه الحق.²

وجه قول أبي حنيفة:

أن عدم جواز التوكيل في الاستيفاء لوجود الشبهة، أما في الإثبات فهي منعدمة؛ لأن الخصومة شرط محض لثبوت الحد لا لوجوبه؛ لأن الخصومة هي مجرد السعي في الإثبات؛ إذ إن الوجوب ناشئ عن الجنابة لا عن الخصومة، والذي يظهر الجنابة ويجليها هو الشهادة، ليس السعي الذي هو التوكيل، فجاز التوكيل؛ لأنه لم يورث شبهة يندفع بها الحد؛ لأن الحد إنما ثبت بالشهادة التي أثبتت الجنابة، والوكالة بالخصومة إنما هو سعي لإثبات تلك الشهادة ليس إلا، إذاً جاز التوكيل لقيام المقتضي وانتفاء المانع.³

أما التوكيل من طرف من عليه الحق فهو جائز من باب أولى؛ لأن الدفع في طرف المدعى عليه يثبت ولو مع الشبهة، على فرض التسليم بوجودها.⁴

دليل الإمام أبي يوسف:

1- قياس الإثبات على الاستيفاء، فكما أنه لا يجوز التوكيل في استيفاء الحدود، كذلك لا يجوز التوكيل في إثباتها؛ لأن الإثبات وسيلة للاستيفاء.⁵

2- أن التوكيل بإثبات الحد فيه إنباء، والإنابة شبهة تندراً بها الحدود؛ ولهذا لا تثبت الحدود بشهادة النساء مع الرجال،

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (9/19).

2 ينظر: الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (138/4).

3 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (505، 506/7).

4 ينظر: المرجع السابق: (506/7).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (21/6).

ولا بالشهادة على الشهادة، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي.¹

3- وأن الوكيل بدل عن الموكل، ولا مدخل للأبدال في هذا الباب، كما لا تجوز في الحدود إشارة الأخرس لأنها بدّل عن العبارة.²

4- وأن الوكالة فيها زيادة تكلف وزيادة تحيل لإثبات الحد، والشرع لم يأمرنا بهذا التكلف والتهالك فيه، بل أمرنا في هذا الباب أن ندرأ الحدود، فقد قال رسول الله ﷺ للذين اتبعوا ماعزاً حين هرب: «هلا تركتموه»³ فعجز الموكل عن إثبات الحد سبب لدرأ الحد، ولا يحتاج إلى التوكيل.⁴

الترجيح:

بعد النظر إلى الأقوال السابقة يتبين لنا أن نقطة الخلاف هي أن الإمام أبا حنيفة لم ير في التوكيل بالإثبات شبهة؛ لذلك قال بجوازه، أما أبو يوسف فإنه يرى أن في التوكيل بالاستيفاء شبهة البدلية؛ لذلك لم يقل بجواز التوكيل، ويظهر لي رجحان رأي أبي يوسف؛ وذلك لأن فيه زيادة احتياط لأمر الحدود التي رغب الرسول ﷺ في درئها، فالحدود تدرأ بالشبهات، ولأن في الوكالة في إثبات الحدود والقصاص زيادة احتيال لإثباته، فالضعيف عندما يعجز عن إثبات حقه يوكل من هو ألسن بالحجة منه، فهو بذلك يتكلف ويتهالك لإثبات الحد أو القصاص، والشرع إنما حث على ترك التحيل عند العجز عن إثبات الحق لا إلى زيادة التحيل، فعندما أمر رسول الله ﷺ بجرم ماعز ففرّ بعد أن أحس بمس الحجارة، فلحقوا به قال ﷺ: «هلا تركتموه».⁵

ولأن القصاص يترتب عليه نتيجة عظيمة فلو تم الاستعجال في إثبات الحكم لتنتج عنه خطأ لا يمكن تداركه، من قتل أو قطع أو غيره، لذلك كان منع التوكيل في إثبات الحدود -وهو قول أبي يوسف- هو الأفضل؛ لأنه الأحوط.

1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (505/7).

4 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (14/6).

3 أبو داود السجستاني، السنن: (470 / 6)، وأبو عيسى الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الكبير أو سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: 1/ 1996 م: (3/ 99). وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

4 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (506/7).

5 مرّ تخريجه قبل قليل في الهامش رقم 5.

علما أن الغنيمي في الباب رجع قول الإمام أبي حنيفة ومحمد.¹

5.2. المسألة الثانية: التوكيل في الدعوى في حقوق العباد من غير رضا الخصم.

الوكالة في الخصومة في حقوق العباد على أنواع منها: الوكالة في الخصومة في إثبات الدين، والوكالة في إثبات العين أو الحقوق، وهي إما أن تكون برضا الخصم، أو بغير رضاه.²

يجوز بالاتفاق التوكيل بالدعوى في حقوق العباد برضا الخصم، مثل إثبات الدين والعين وسائر الحقوق، حتى يلزم الخصم جواب الوكيل، يدل على ذلك ما روي "عن عبد الله بن جعفر يحدث أن علياً كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول: إن لها قحماً يحضرها الشيطان، فجعل خصومته إلى عقيل، فلما كبر ورق حولها إليّ، فكان علي يقول: ما قضي لوكيلي فلي، وما قضي علي وكيلي فعلي".³

أما التوكيل في الخصومة بغير رضا الخصم فقد اختلف فيه على رأيين اثنين، الأول: قول الإمام أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- لا يجوز من غير عذر كمرض أو سفر، ولا فرق بين الرجل والمرأة، والبكر والثيب. أما الثاني: فهو قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- يجوز التوكيل بغير رضا الخصم.⁴

إذاً قول أبي حنيفة رحمه الله هو أنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً⁵. إلا أن من المشايخ من قال: إن التوكيل بالخصومة عند الإمام لا يلزم ولكن يصح، بمعنى أن

1 ينظر: الغنيمي الميداني، الباب في شرح الكتاب: (138/2).

2 ينظر: علاء الدين السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: 1/ 1414 هـ -1994 م: (228/3)، ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (157/2).

3 أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف: (30 / 13). وقال محقق المصنف: مجهول؛ لإبهام الراوي عن عبد الله بن جعفر، ولكن رواه البيهقي في السنن الكبرى (582 / 11) بلفظ: «كان علي بن أبي طالب يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني»، قال في موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (341/4): "وقد صحح الأثر المرغيناني في الهداية (3/ 136)، وسكت عليه الحافظ ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (2/ 174). والأثر صحيح كما قال المرغيناني، إسناده متصل، ورجاله ثقات.

4 ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، بديهة المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، القاهرة: (159/1).

5 ينظر: المرغيناني، بديهة المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة: (159/1).

الإمام يرى أن التوكيل صحيح، ولكن سريان الحكم من حضور مجلس الحكم وجواب الخصم لا يلزم به الخصم ما لم يقبل التوكيل، فعلى هذا التفسير لرأي الإمام يكون الرضا بالتوكيل شرط لزوم لا شرط صحة.¹

بخلاف المريض العاجز عن الخصومة، فإنه لا يستحق عليه الحضور، وكذلك المسافر؛ لأن في تكليفه مشقة فلا يلزمه الحضور، فجاز لهما التوكيل، ولا فرق في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة البكر والثيب، واستحسن المتأخرون أن المرأة إذا كانت مخدرة جاز توكيلها بغير رضا الخصم؛ لعجزها عن الخصومة بسبب الحياء والدهشة.²

ومن الأعذار المبيحة للتوكيل على رأي الإمام كون المرأة حائضا، سواء كانت مدعية أو مطلوبة -مدعى عليها- إذا لم يرض المدعي بالتأخير، وذلك حال كون القضاء في المسجد، وكون الموكل مسجوناً في غير سجن القاضي الذي رفعت إليه الدعوى ولم يستطع الحضور.³

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن بينة المدعي وإنكار المدعى عليه إنما هو خير يحتمل الصدق والكذب، فالقول بالتوكيل من دون رضا الخصم يزيد هذا الاحتمال، وإنما أجاز الشرع البينة واليمين لضرورة إحياء الحقوق، وهذه الضرورة تندفع بجواب الأصيل، فلو تقدم بالدعوى وكيل عنه بغير رضا الخصم فلا يلزمه الجواب.⁴

2- وأن بعض الناس ألحن بحجته من بعض، فيتسبب بضرر للخصم لكون الوكيل ألحن بحجته، أو عالماً بالتزوير والحيل فيعجز عن محاصمته⁵، وإلى ذلك أشار النبي ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه»⁶ فرمى بضرر الخصم من ادعاء وكيل لم يرض به؛ إذ ربما نتج عن الخصومة ضرر سيلزم

1 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانوري، الفتاوى المالكية أو الفتاوى الهندية: (615/3).

2 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/157).

3 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (252/12)، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانوري، الفتاوى المالكية أو الفتاوى الهندية: (615/3).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (22/6).

5 ينظر: سراج الدين الغزنوي، أبو حفص عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الحنفي، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتب الثقافية، ط: 1/ ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م (ص: 105).

6 مسلم بن الحجاج، الصحيح، كتاب الأقضية، باب 3 - الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، حديث: (1713).

الخصم به، فلا بد من التزامه الرضا بالخصم كي يصح لزوم الضرر فيما بعد، بخلاف ما لو كان المدعي مريضاً أو مسافراً فيصح توكيله حينئذ للعجز.¹

3- قوله عليه الصلاة والسلام لعلي: "إذا جلس إليك الخصمان، فلا تكلم حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول"² فيشترط حضوره أو استماع كلامه.

4- وأن الخصومة تلزم المطلوب، حتى يجب عليه الحضور والجواب، فلا يجوز أن يحيله على غيره بغير رضاه كالدين.³

5- العرف الظاهر؛ لأن الناس يقصدون بالتوكيل أن يشتغل الوكيل بالأباطيل والحيل؛ لكي يدفع عن خصمه، فلا يمكن من التوكيل؛ قياساً على من استأجر دابة للركوب أو ثوباً لللبس، لم يكن له أن يؤاخره من غيره، مع أنه يتصرف في المنفعة، وهي خالص حقه؛ وذلك لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس، وكذلك التوكيل بالخصومة، وإن كان خالص حقه إلا أن الناس يتفاوتون بالخصومة، وخصوصاً أن الخصومة ليس لها حد معروف يمنع الخصم من مجاوزته؛ لذلك منع التوكيل من دون الرضا.⁴

دليل أي يوسف في جواز التوكيل بغير رضا الخصم:

1- أن الدعوى من حق المدعي، والإنكار من حق المدعى عليه، فكما يملك كل منها الحق بنفسه ولو لم يرض به الخصم، فكذلك يملك التوكيل من غير توقف على رضا خصمه؛ لأنه يتصرف في محض حقه الذي خوله الشرع إياه، مثل الوكالة في قضاء الديون والوكالة بالتقاضي.⁵

2- ما روي أن علياً -رضي الله عنه- وكل بالخصومة مطلقاً.⁶

1 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 167).

2 أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط: 1/ 1421 هـ - 2001 م: (2/ 143). وقال شعيب أرنؤوط: "حسن لغيره".

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (7/19)، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 157).

4 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (8/19).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (22/6)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (7/19).

6 سبق تخريجه في الصفحة (91).

3- وأن التوكيل من دون رضا الخصم توكيل بحق فيجوز، كالتوكيل باستيفاء الدين.¹

الترجيح:

بعد عرض قول الإمامين في هذه المسألة يتبين لنا أن الإمام أبا حنيفة منع لزوم التوكيل بغير رضا الخصم؛ لأن الوكيل قد يكون أشد خصومة وأكد إنكاراً، مما سيلحق الضرر بالخصم، ولعل في ذلك إشارة إلى حديث النبي ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، فإنما أقطع له به قطعة من النار»² فهنا ينبه رسول الله ﷺ إلى أن قضاء القاضي مبني على الظاهر من الشهادة أو اليمين، فلو أنكر المدعى عليه فحلف كاذباً وليس للمدعي شهود، أو استشهد شهود زور والقاضي لا يعلم، فإن القاضي سيقضي على نحو ما يسمع، كما استند إلى العرف الظاهر من أن الوكلاء يلجؤون إلى الحيل للذب عن موكلهم، بينما نرى أن الإمام أبا يوسف اعتبر أن الخصومة حق كسائر الحقوق، وكما أن الإنسان يملك أن يمارس حقه بنفسه، فهو يملك كذلك أن يوكل فيه من غير توقف على رضا أحد، وهو القياس، ويميل الباحث إلى قول أبي يوسف ومحمد؛ لقوة دليله، حيث ثبت ذلك عن أصحاب رسول الله ﷺ من غير نكير من أحد، مما يشبه الإجماع السكوتي، وهو حجة معتبرة، ولأن التوكيل مثل باقي العقود يملك الإنسان أن يوكل فيه من غير توقف على رضا غيره، ولأنني لا أرى في زيادة التحيل -التي علل بها الإمام أبو حنيفة منع التوكيل- ما يضيف شيئاً زائداً على الدعوى؛ لأن الوكيل هو بدل عن الموكل، فهو لا يملك إلا ما يملكه الموكل من إقامة البينة أو الإنكار الذي يترتب عليه وجوب اليمين، فنتساءل هنا، هل كون الوكيل ذا نباهة أو ذا حجة سيضيف على الدعوى شيئاً غير البينة أو اليمين؟ لا، إذا لا مانع من الوكالة بدون رضا الخصم.

وقد رجح هذا الرأي ثلثة من علماء المذهب منهم العتابي³ والفقير أبو الليث.⁴

1 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 157).

2 مسلم بن الحجاج، الصحيح، كتاب الأفضية، باب 3 -الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، حديث: (1713).

3 هو أبو نصر أحمد بن محمد بن عمر العتابي له شرح على الجامع الكبير وشرح على الجامع الصغير وكتاب جامع الفقه وهو صاحب كتاب الزيادات كانت وفاته في مدينة بخارى سنة 586هـ. ينظر: تقي الدين الغزي، الطبقات السنية في تراجم الحنفية: (143).

4 ينظر: شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (224/2).

وبينت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1516) أن "لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة، ولا

يشترط رضا الآخر"،¹ فيفهم من ذلك أن المجلة قبلت قول الإمام أبي يوسف ومحمد.²

وهناك رأي آخر في توجيه القولين-هو اختار شمس الأئمة السرخسي-أنه إذا رأى القاضي أن المدعي أو المدعى عليه

يصرُّ على طلب التوكيل من أجل الإضرار بالخصم بوجه ما، فلا يقبل القاضي التوكيل؛ عملاً بقول الإمام أبي حنيفة،

أما إذا رأى القاضي تعنت أحدهما في رفض التوكيل، فيعمل بقول الصاحبين في قبول التوكيل.³

المسائل الملحقمة بهذه المسألة:

5.2.1. رفض المدعى عليه الحضور:

لو ادعى مدع أن له حقاً على ذي شوكة وسلطان فأبى المدعى عليه الحضور، وكذا إذا لم يقدر القاضي على المدعى

عليه، فعند أبي يوسف ومحمد يرسل القاضي إليه ثلاث مرات أن أجب خصمك، فإن أبى فإن القاضي ينصب عنه

وكيلاً ويمضي عليه الحكم بحضور من وكيله، أما عند أبي حنيفة: فإنه لا يرى أن ينصب عنه وكيلاً.⁴

5.2.2. اشتراط رضا المديون لملازمة الدائن له:

وذلك أن المديون إذا ادعى أن له ديناً على آخر، فأجاب المدعى عليه: أنه دفع ما عليه، وطلب من القاضي أن ينظره

ليحضر شهوده، فإن القاضي يجيبه ويطلبه بالكفيل؛ كي لا يغيب نفسه فيضيع حق الطالب، ولكن الطالب لو أمر

غيره بملازمة مديونه، فللمديون ألا يرضى عند الإمام أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف ومحمد؛ قياساً على مسألة التوكيل

بالخصومة بغير رضا الخصم.⁵

1 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1516: (294).

2 ينظر: علي حيدر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (634/3)

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (8/19)، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانبوري، الفتاوى العالمكيرية أو الفتاوى الهندية: (615/3).

4 ينظر: المرجع السابق: (336/3).

5 ينظر: شيعي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (258/2).

5.3. المسألة الثالثة: هل الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه؟

لا بد من القول بأن الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند الأئمة الثلاثة، وقال زفر: ليس وكيلا بالقبض، والفتوى على قول زفر بسبب ظهور الخيانة في الناس.¹ ثم بعد ذلك نأتي إلى المسألة الأخرى وهي: هل الوكيل بالقبض وكيل بالخصومة؟ اتفق الأئمة الثلاثة على أن الوكيل بقبض العين ليس وكيلا بالخصومة، أما الوكيل بقبض الدين فهو وكيل بالخصومة عند الإمام أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد ورواية عن أبي حنيفة -رحمهما الله تعالى-: الوكيل بقبض الدين ليس وكيلا بالخصومة.²

علما أن الخلاف هنا ليس في الوكيل من قبل القاضي، إذ إن الوكيل بقبض الدين إذا كان من قبل القاضي لا يملك الخصومة باتفاق الأئمة.³

وجه قول الإمام أبي حنيفة:

- 1- أن الموكل لما وكله بقبض الدين من مال الغريم فكأنما وكله بالتملك؛ لأن قبض عين الدين لا يتصور؛ لذلك قلنا إن الديون تقضى بأمثالها؛ لأن الموكل وكل غيره في قبض الدين الذي في ذمة المدين، وقبض نفس الدين متعذر؛ لذلك يصار إلى قبض مثل مساوٍ لذلك الدين الثابت في ذمته، فتنتج عن هذا أن المدين سيدفع للوكيل مثلاً مساوياً لما وجب في ذمته، وسيقبضه الوكيل ويتملكه بالنيابة عن الموكل، فالموكل وكله بالتملك؛ لأن المقبوض ملك المطلوب حقيقة، وبالقبض يتملكه الوكيل بدلاً عن الدين الذي لموكله، فإذا ثبت توكيله بالتمليك يستلزم ذلك أن يكون وكيلاً بالخصومة.⁴
- 2- أن " الأمر بالشيء إنما يدخل غيره فيه إذا كان لا يتوصل إليه إلا به للضرورة"⁵؛ لأنه وكله بالتملك، والتملك عبارة

1 ينظر: ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 165).

2 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (4/ 278)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/ 109، 110) * فإذا أقام المدين البينة على الوكيل أن موكله أبرأه عن الدين أو استوفى دينه، أو أنكر الغريم الدين فأقام الوكيل عليه البينة كل ذلك يقبل عند الإمام أبي حنيفة، ولا يقبل عند الصاحبين.

3 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (12/ 291).

4 ينظر: شيخه زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (2/ 242).

5 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (4/ 279).

عن مبادلة، والمبادلة تستلزم إنشاء تصرفات وحقوقا تتعلق بالعائد، مثل الاستلام والخصومة؛ لأنه لا يمكنه تحصيل الدين غالبا إلا بالخصومة، فبمجرد توكيله بقبض الدين يصير كأنه وكله بالخصومة، فيعتبر خصماً.¹

3- قياس الوكيل بقبض الدين على الوكيل بأخذ الشفعة والوكيل بالشراء، فإن الوكيل بأخذ الشفعة يكون خصماً قبل القبض، لكن الوكيل بالشراء يكون خصماً بعد مباشرته الشراء.²

وجه قول أبي يوسف:

1- أن من يصلح للقبض قد لا يصلح للخصومة، فإن الناس تختار الأمين للقبض، بينما نجدهم يولون اللسين في الخصومة، فلا يكون توكيله بالقبض رضا من الموكل بخصومته.³

2- وأن الوكيل بقبض الدين يستوفي عين حقه حكماً؛ لذلك إذا قبض أحد الشريكين بعض الدين فإن شريكه يشاركه فيه، ويحق له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا؛ لأن معنى التملك ساقط حكماً.⁴

3- قياس الوكيل بقبض الدين على الوكيل بقبض العين، أو الوكيل بقبض الوديعة أو المغصوب.⁵

الترجيح:

مما سبق يتبين أن سبب الخلاف بين الأئمة هو أن الديون هل تقضى بأعيانها أم بأمثالها؟ وبعبارة أخرى هل ما يقبضه الوكيل من دين لموكله يعتبر هو عين حقه أم بدل عن حقه؟ فعلى الرأي الأول للإمام أبي حنيفة أن الوكيل يقبض بدل دين موكله، ثم هذا المقبوض يكون بمثابة دين على موكله، ثم تجري المقاصة بين الدينين، فيحصل الوفاء بهذا الشكل، أما على رأي القاضي أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن⁶ عن أبي حنيفة أن الديون تقضى بأعيانها؛ لذلك لا يجوز التوكيل

1 ينظر: ابن الممام، فتح القدير على الهداية: (112/8)، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (279/4).

2 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (279/4).

3 ينظر: شيعي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (242/2).

4 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (279/4).

5 ينظر: المرجع السابق: (279/4).

6 هو الحسن بن زياد اللؤلؤي من وفيات سنة 204 هـ فقيه من أصحاب الرأي من كتبه: معاني الإيمان وأدب القاضي، ولقد تقلد القضاء ثم استعفى عنه، فهو في الفقه إمام، أما في الحديث فإن الكثير من رواة الحديث يضعفونه. ينظر: الزركلي، الأعلام: (191/2)، الشيرازي، طبقات الفقهاء: (136).

بقبض الدين؛ قياسا على التوكيل بقبض العين، ولكن الرأي الأول هو الأقيس؛ لأن الوكيل يستوفي بدل دين موكله؛ ولأن قياس الوكيل بقبض الدين على الوكيل بقبض العين قياس مع الفارق، فالوكيل بقبض العين ليس له أن يملك؛ لأنه لا يمكنه أن يبادل فيأخذ بدلا عن العين التي وُكِّل بقبضها، بل هو بمثابة رسول أو أمين فلا تتعلق به الحقوق.

ولا يَرِدُ على ذلك بأن الوكيل بقبض الدين وكيل بالاستقراض، وأن الوكالة بالاستقراض باطلة؛ لأن التوكيل بقبض الدين هو رسالة بالاستقراض وليس توكيلا به من حيث الحقيقة، إذ إن الوكيل يقول: وكلني فلان بقبض ما له عليك من الحق، والرسول بالاستقراض يقول: أرسلني فلان يطلب أن تقرضه، أما حقيقة الاستقراض فتكون بقول الوكيل: أقرضني، وهذه هي الباطلة، إذاً الوكيل بالدين يشبه الرسول بالاستقراض من حيث أنه يقبض مثل دين موكله، ويحق له أن يخاصم من حيث أنه يقوم مقام موكله في المقاصّة الحاصلة بين الدينين.¹

وقد اختار كثير من الأئمة رأي الإمام أبي حنيفة، منهم المحبوبي والنسفي والموصلي وغيرهم.²

لكن الراجح رأي الإمام أبي يوسف ومحمد لقوة استدلاله، ولأن العرف أن من وكل بالقبض لا يكون وكيلا بالخصومة، ولأنه يتناسب مع الزمن الذي نحن فيه حيث قلت الأمانة في الناس، فإنك قد تجد آمينا ولكن لا يجيد الخصومة، وقد تقع على ذي حجة ولكنه قليل الأمانة؛ وكما رجح الأئمة قول زفر في مسألة الوكيل بالخصومة أنه لا يكون وكيلا بالقبض؛ لظهور الخيانة في الناس، فإني أميل إلى رأي أبي يوسف في أن الوكيل بقبض الدين ليس وكيلا في الخصومة؛ لظهور الخيانة كذلك.

ولقد رجحت مجلة الأحكام العدلية رأي أبي يوسف ومحمد حيث ورد في المادة (1520) أن "الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة بالخصومة"،³ وقال شارح المجلة الشيخ علي حيدر: "والظاهر من إطلاق المجلة أنها قد قبلت في هذه المادة مذهب

1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/109، 112، 111، 110)، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (4/279)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (6/23).

2 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على القدوري: (263)، الغنيمي الميداني، الباب في شرح الكتاب: (2/150).

3 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1520: (295).

الإمامين، ورجح هذا المذهب نجل ابن عابدين¹ في تكملة رد المختار، إذ ورد فيها والحق أن قولهما أقوى، وهو رواية عنه².

5.4. المسألة الرابعة: إقرار الوكيل على موكله عند غير القاضي.

بداية نذكر أن التوكيل بالخصومة يكون على خمسة أوجه: إما أن يوكله بالخصومة ويسكت، فيصير وكيلا بالإقرار والإنكار بالاتفاق، أو أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار، ولا رواية لهذا الوجه عن المتقدمين، واختلف المتأخرون في حكمه، فقال بعضهم: لا يجوز، وقال بعضهم: يجوز ويكون مكلفا بحضور الخصومة والسكوت فقط، أو أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه، فيصح ولا يكون مقرا بمجرد التوكيل، أو أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار فقط، ويصح هذا الاستثناء عند محمد من الطالب (المدعي) ويكون وكيلا بالإنكار، ولا يصح من المطلوب (المدعى عليه)، ولا يجوز عند أبي يوسف، أو أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار، فيصح هذا الاستثناء في ظاهر الرواية، أما عند أبي يوسف فلا يصح³.

فإذا أقر الوكيل على موكله خارج مجلس القضاء لا يصح إقراره عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، ولا يبقى وكيلا ويمنع عن الخصومة بعد ذلك⁴، وقال أبو يوسف: يجوز إقرار الوكيل في مجلس القاضي وفي غيره. علما أن هذا الخلاف في غير الأب والوصي وأمين القاضي، فإنهم لا يملكون الإقرار بالإجماع؛ لأن تصرفاتهم في حق من هو تحت وصايتهم مقيدة بشرط النفع⁵.

وقال زفر: لا يجوز إقرار الوكيل على موكله إطلاقا؛ لأن الإقرار بضاد الخصومة، والشيء لا يتناول ضده، ولقد قال أبو

1 هو محمد بن محمد أمين بن عابدين، علاء الدين نجل ابن عابدين، والده صاحب الحاشية الشهيرة، فقيه حنفي من علماء دمشق، أكمل حاشية أبيه بكتاب أسماه "قرة عيون الأخيار لتكملة رد المختار على الدر المختار" توفي في دمشق سنة 1306 هـ الموافق 1889 م رحمه الله تعالى. ينظر: الزركلي، الأعلام: (75/7).

2 علي حيدر درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام: (639،640/3).

3 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (122،123/8)، علي حيدر درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام: (638/3).

4 ينظر: ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (165/2) * ولكن لو أقر الوكيل على موكله خارج مجلس القضاء لا يبقى وكيلا؛ لأنه أقر على نفسه أنه لا حق له في الخصومة وإقراره على نفسه مقبول.

5 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (280،281/4). الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (24/6).

يوسف بهذا القول أولاً ثم رجع عنه¹.

وجه قول أبي حنيفة:

1- أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه في جواب هو خصومة، فيتقيد في مجلس القضاء، فإذا أقر في غير مجلس القضاء فقد أقر في حالة ليس وكيلا فيها، فلا يصح إقراره.²

وتفصيل ذلك أن الوكيل يملك الجواب، والجواب: إما إقرار، أو إنكار، ودلالة التوكيل بالخصومة على الإنكار ظاهرة من قبل المدعي أو المدعى عليه؛ لأن هذا هو معنى الخصومة حقيقة، وحمل توكيل الموكل على الإنكار هو المتيقن، مثل بيع العبد المشترك من قبل أحد الشريكين فإنه ينصرف إلى نصيبه، أما دلالة التوكيل على الإقرار فمن قبيل المجاز؛ لأنه جواب صدر في مقابلة دعوى الخصم، فيسمى خصومة، مثل تسمية الجزاء سيئة في قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾³ إذ إن الجزاء ليس سيئة حقيقة، ولكنه سماه سيئة مجازاً، فإذا كان الموكل محققاً فيملك الوكيل الإنكار، أما إذا لم يكن الموكل محققاً فلا يملك الوكيل الإنكار حينئذ؛ لأنه خلف عن موكله، فيفهم من هذا أننا أقمنا إقرار المدعى عليه في مجلس القضاء خصومة، إما لأنه كان بسبب مخاصمة المدعي، فأطلقنا اسم السبب على المسبب، أو لأن هذا الإقرار صدر في مجلس الخصومة الذي هو مجلس القضاء؛ لأجل ذلك أطلقنا اسم الظرف على المظروف، والحاصل أن توكيله بالخصومة هو توكيل بمطلق الجواب، فيشمل الإنكار؛ لأنه حقيقة الخصومة، ويشمل الإقرار الواقع في مجلس القضاء؛ لأن الذي يجب على الموكل هو الجواب في مجلس القضاء، وهو إنما يوكل غيره بما وجب عليه وتفاصيل همته عن القيام به.⁴

لذلك قال العلامة ابن الهمام: "فما كان منه في غيره فليس بخصومة، لا حقيقة وهو ظاهر، ولا مجازاً إذ الإقرار إنما يكون خصومة مجازاً من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره، فلا يتناوله الجواب الموكل به".⁵

1 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 165).

2 ينظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 165)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (6/ 24).

3 سورة الشورى، الآية: 40.

4 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (5/ 19)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/ 120).

5 ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/ 12).

2-ومما يدل على أن جواب المدعي يسمى خصومة هو أن القاضي يقول له: أجب خصمك.¹

3-وأنا اعتبرنا الخصومة مجازاً عن الجواب، فيملك الوكيل الإقرار من باب عموم المجاز، وهذا الجواب يستحق عند القاضي لا غير.²

وجه قول أبي يوسف:

أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه، فيجوز إقراره عند القاضي وعند غيره كالموكل، وبما أن الإقرار حجة موجبة للحق فلا يحتاج إلى مجلس القضاء، وبالتالي لا فرق بين أن يكون الإقرار من الموكل أو الوكيل قد حصل في مجلس القضاء أو خارجه.³

الترجيح:

من خلال عرض القولين السابقين يتبين لنا أن الإمام أبا حنيفة خصص عموم الوكالة، وقصرها على مجلس الحكم، أما أبو يوسف فلم يخصص الوكالة بل أبقاها على عمومها، فهو يرى أن قيام الوكيل مقام الموكل خوله كل حق كان للموكل، وبما أن للموكل أن يقر في مجلس القضاء وخارجه فكذلك نائبه له ذلك، وإني أميل إلى رأي الإمام أبي حنيفة؛ لأن العرف القولي يخصص العام في عقود الناس وتصرفاتهم باتفاق العلماء،⁴ ولأن إعطاء الوكيل هذا الوقت الأطول سيوقع الموكل في الحرج بسبب جهالة الوقت الذي سيلزمه الحق؛ لتوقع إقرار الوكيل في أي لحظة ومن ثم ينقل ذلك الإقرار بالبيئة إلا القاضي، فبيت القاضي بالحكم، أما تقيد الإقرار بمجلس القضاء بموجب رأي الإمام أبي حنيفة ومحمد فيجعل نتيجة الحكم معلومة الوقت، ففي هذا الرأي تقريب وتعيين لنتيجة الدعوى، وفيه مراعاة لمصلحة الموكل.

وقد رجح رأي أبي حنيفة ومحمد الإسيجائي، كما نقل ابن قطلوبغا ذلك في "التصحيح"⁵ ونقله الغنيمي في "اللباب"

1 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (72/6).

2 ينظر: المرجع السابق: (72/6).

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (5/19)، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: (2/165).

4 ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق-سوريا، ط: 2/ 1427هـ-2006م: (63/2).

5 ينظر: قاسم بن قطلوبغا، الترجيح والتصحيح على القدوري: (264).

وأخذت مجلة الأحكام العدلية به ففي المادة (1517) "إقرار الوكيل بالخصومة على موكله إن كان في حضور الحاكم يعتبر، وإذا لم يكن في حضور الحاكم فلا يعتبر، وينعزل هو من الوكالة".¹

ومما يلحق بهذه المسألة:

5.4.1. التوكيل في الخصومة بعدم الإقرار على الموكل:

إذا وكله بالخصومة غير جائز الإقرار عليه لا يصح عند أبي يوسف؛ لأن الوكيل نائب عن الموكل، فينبغي أن يملك ما يملكه الموكل، وكان ذلك مثل أن يوكل غيره ببيع عين ما ثم يستثنى تسليمها، أو قبض ثمنها، فذلك باطل، أما عند الإمام أبي حنيفة هذا الاستثناء صحيح؛ لأنه عندما استثنى الإقرار دل على أنه أراد حقيقة الخصومة التي هي المشاحة والمنازعة، وبما أن الوكيل يملك الإقرار والإنكار لعموم المجاز، فيصح استثناء البعض، كمن حلف ألا يدخل دار فلان ماشيا فدخلها راكبا لا يحنث، وإذا وكله بالخصومة غير جائز الإنكار صح عند محمد، ولم يصح عند أبي يوسف.²

تنبيه: إذا وكله بالخصومة في دار مثلا ثم عزله، لم يصح أن يشهد له عند القاضي في هذه القضية؛ لأنه بنفس التوكيل صار خصما قائما مقام الموكل عند أبي يوسف، أما عند أبي حنيفة ومحمد لا يصير خصما إلا بمجلس القضاء، أما قبله فتجوز شهادته له.³

1 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1517: (294).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (6/19).

3 ينظر: المرجع السابق: (6/19).

6. المطلب الرابع: تعارض الدعاوي (ما يدعيه الرجلان).

التعارض: هو اسم من عارض فلان فلانا: أي جانبه وعدل عنه، وعارضته بمثل ما صنع: أي أتيت إليه بمثل ما أتى. وعارضت كتابي بكتابه: أي قابلته.¹ والتعارض في اللغة "هو التدافع والتمانع والتنافر".²

أما تعارض الدعاوى اصطلاحاً: فهو تعارض البينتين، وتعارض البينتين: "اشتغال كل من الشهادتين على ما ينافي الأخرى".³

6.1. المسألة الأولى: تعارض البينة المؤرخة والبينة غير المؤرخة في الملك المطلق.

نبين أولاً بعض المصطلحات الواردة في هذه المسألة وهي:

التأريخ: التأريخ والتورخ بمعنى واحد وهو معرفة الوقت، يقال: أرخت الكتاب وورخته.⁴

الملك المطلق: "هو الذي لم يقيد بأحد أسباب الملك كإرث وشراء، أما الملك الذي يقيد بأحد هذه الأسباب يقال له الملك بسبب".⁵

ذو اليد: "هو واضع اليد على عين بالفعل، أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك".⁶

الخارج: "هو البريء عن وضع اليد والتصرف بما يشبه تصرف الملاك".⁷

قد تتعارض دعوتان عند القاضي، وقد يكون التعارض على أصل الملك، أو على قدر الملك، فإن أمكن الترجيح بينهما يعمل بالراجح، أما إذا تعذر العمل بهما، سقط اعتبارهما، ومن المسائل التي وقع الخلاف فيها في أصل الملك مسألة

1 ينظر: أبو نصر الجوهري، إسماعيل بن حماد الفارابي، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط: 4/ ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م: (1087، 1084/3).

2 محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرضا التونسي المالكي الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. المكتبة العلمية، ط: 1/ ١٣٥٠ هـ: (465).

3 المرجع السابق: (465).

4 ينظر: أبو نصر الجوهري، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**: (418/1).

5 لجنة مكونة من عدة علماء، **مجلة الأحكام العدلية**، المادة: 1517: (338).

6 المرجع السابق: (339).

7 لجنة مكونة من عدة علماء، **مجلة الأحكام العدلية**، المادة: 1680: (339).

تعارض بينتين وقتت إحدهما دون الأخرى في ملك مطلق، فقال أبو حنيفة ومحمد فيها: يقضى لمن لم يوقت، وقال أبو يوسف ورواية عن أبي حنيفة: يقضى لصاحب الوقت.¹

فإذا ادعى شخصان ملك عين ما، ولم يذكر سببا للملك، من إرث أو شراء أو هبة مثلا، فإن هذه العين إما أن تكون في يد أحد المدعين أو لا، فإن كانت في يده يسمى ذا يد، أما إذا كانت خارجة عنه فيسمى خارجا، وعلى ذلك فقد تعارض الدعوتان بين خارج وذو يد، أو بين خارجين وذو يد، أو بين ذوي اليد، وكل ذلك في ملك بسبب، أو ملك مطلق عن ذكر سبب، وسأقتصر هنا على الملك المطلق عن السبب؛ لأنه هو المتعلق بهذه المسألة، وفي كل صورة من الصور الثلاثة أربع حالات:²

أ- تعارض الدعوتين بين الخارج وذو اليد في الملك المطلق:³

إذا كانت البينتان بدون تاريخ أو لهما نفس التاريخ يقضى ببينة الخارج، أما إذا كان تاريخ إحدهما أسبق من الأخرى يقضى للأسبق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقول عند محمد، وفي قول آخر لمحمد رواه ابن سماعة لا تقبل بينة من ذي الوقت على تاريخ ولا على غيره إلا في النتاج، أما إذا وقت أحد المتداعيين ولم يوقت الآخر، يقضى لصاحب الوقت عند أبي يوسف ورواية عن أبي حنيفة، أما الرواية الثانية عن أبي حنيفة وافقه محمد فيها لا اعتبار للتاريخ ويقضى للخارج.

ب- دعوى الخارجين على ذي اليد في الملك المطلق:⁴

إذا وقتا وتاريخهما سواء أو لم يوقتا يقضى بها بينهما، وإذا وقتا وكان تاريخ أحدهما أسبق، يقدم الأسبق بالاتفاق؛ لأن بينة كل من الخارجين مقبولة وترجحت الأسبق تاريخا، وإذا وقت أحدهما ولم يوقت الآخر فعند أبي حنيفة -رحمه الله- هي بينهما نصفين ولا ينظر للتاريخ، وقال أبو يوسف -رحمه الله تعالى-: هي لصاحب التاريخ، وعند محمد تقدم بينة

1 ينظر: الحدادي، الجوهرة النيرة: (213/2)، شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (277/2).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (232، 233/6).

3 ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء: (183/3)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (232، 235/6) * فائدة: إذا وقعت المنازعة في سبب ملك لا يتكرر يقضى لصاحب اليد قياسا على النتاج أما إذا وقعت في سبب ملك يتكرر فيقضى للخارج وإن أشكل الأمر فيه هل يتكرر أم لا فيقضى به للخارج.

4 ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء: (184/3)

من لم يوقت؛ لأنه أثبت الملك المطلق، وهو حكما ملكاً من الأصل حتى تُستحق به الزوائد.

ج- تعارض دعوى ذوي اليد في الملك المطلق:¹

إذا كانت بينة أحدهما أسبق من الآخر فيقضى للأسبق منهما، وقال محمد: هي بينهما ولا عبرة للوقت في حق ذي اليد.

أما إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فعند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- ووافقه محمد يقضى بما بينهما ولا عبرة للتاريخ.

أما عند الإمام أبي يوسف فهي لصاحب التاريخ.

دليل الإمام أبي حنيفة:

أن البينة التي لم تؤرخ ربما لو أرخت لتقدم تاريخها عن التي أرخت، فوقع الاحتمال في التاريخ، مما يورث الاحتمال في تقدم الملك؛ لأن دليل المؤرخ وهو التاريخ طرقة الاحتمال، فيبطل به الاستدلال، وأن إعمال البينتين في دعوى الخارجين في الصورة (ب) واجب بقدر الإمكان؛ صيانة لهما عن الإلغاء، حتى إذا تعذر العمل بالبينتين في كل الشيء المتنازع فيه وأمكن في بعضه وجب كذلك، فيقضى لكل واحد من الخارجين بالنصف؛ لأنهما تساويا في الدعوى فيستويان في القسمة.²

ويدل على ذلك ما روي عن تميم بن طرفة: «أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بغير، فأقام كل واحد منهما شاهدين، فقسمه النبي ﷺ بينهما».³

دليل أبي يوسف في تقديم صاحب البينة الموقفة:

أن هذا التوقيت أثبت له الملك بيقين في وقت مخصوص، فملك صاحب التاريخ متيقن في ذلك الوقت، أما احتمال تقدم ملك صاحب البينة المطلقة عن التوقيت فهو شك، والشك لا يقوى على معارضة اليقين، إذ اليقين لا يزول

1 ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء: (184، 185/3).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (233/6).

3 عبد الرزاق الصنعاني، المصنف: (8/ 89)، وأبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین تحقیق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1/ 1411 هـ - 1990 م: (4/ 107) وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.

بالشك، وقياسا على الخارجين إذا وقتا، وكان وقت أحدهما أسبق من الآخر -حين يدعى الشراء من اثنين- فيقضى بها للأسبق عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ورواية عن محمد.¹

الترجيح:

رأينا من خلال استعراض الحالات السابقة أن القاضي أبا يوسف اعتبر سبق التاريخ في الملك المطلق مرجّحا في حال كون البيتين مؤرختين، وفي حال انفراد أحدهما بالتاريخ كذلك، بينما نرى أن الإمام أبا حنيفة لا يعتبر سبق التاريخ في حال الانفراد ولا يرجح به، ولكن يعتبره في حال كون البيتين مؤرختين. ويميل الباحث إلى رأي أبي يوسف القائل باعتبار التاريخ في الحالين؛ لأن التاريخ من المرجحات المعتمدة؛ وذلك أننا من خلال التاريخ نعلم حصول الملك بيقين، أما كون الذي أطلق التاريخ يحتمل أنه لو أُرِخ لتقدم ملكه على الذي أُرِخ شهوده فهو احتمال مشكوك فيه، إذ يتحمل أنه لو أُرِخ الشهود لم يتقدم كذلك، فاليقين وهو التاريخ لا يزول بالشك وهو احتمال تقدم من لم يؤرخ، بالإضافة إلى أن اعتبار التاريخ في حال انفراد أحدهما أولى من إهماله؛ وذلك للقاعدة القائلة بأن: إعمال الكلام أولى من إهماله، ولأن الكلام إذا كان فيه زيادة معتبرة فإنه يقدم.

علما أن نجل ابن عابدين نقل ترجيح بعض الأئمة رأي القاضي أبي يوسف وأيده بقوله "وما ذكره الفقيه في بابه أولى بالاعتبار".²

6.2. المسألة الثانية: تعارض دعوتين في قدر الملك (التنازع في الدار).

تتفرع هذه المسألة عن مسألة التعارض بين الخارجين وذوي اليد في قدر الملك³. هذا ولا بد من معرفة المصطلحات التي ستمر في هذه المسألة وهي:

التنازع لغة: التنازع في الأصل هو التجاذب، من المنازعة وهي المجاذبة، ثم عبّر بها عن المخاصمة، يقال: تنازعوا أي

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (238/6) * علما أن هذه الصور تكرر كذلك إذا كانت الدعوى دعوى ملك مقيد بسبب (إرث، شراء، نتاج) فإذا كانت دعوى النتاج وأشكل سن الدابة، وكانت إحدى البيتين أسبق، فيقضى للأسبق تاريخا عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد يقضى بها بينهما.

2 نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (120/8)

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (239/6).

تخاصموا¹.

والعول لغة: أصله الميل في الحكم إلى الجور، ويقال: عال الميزان أي مال، وعال الرجل عياله: كفاهم أمر معاشهم، وعالت الفريضة: ارتفع الحساب فيها.²

والمقصود بالعول هنا: أن يزداد في المخرج شيء من أجزائه، وغرضه أن يدخل النقصان في فرائض الورثة على نسبة واحدة، وصورة العول أن يضرب كل واحد من المستحقين بسهمه، فتجمع كل السهام، وتقسم العين على مبلغ السهام.³ ومعنى يضرب بالثلث عند الفقهاء: "أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث".⁴

أما قسمة التنازع: أنه ينظر إلى القسم الذي وقع فيه التنازع فيقسم بين المدعين مناصفة، ويسلم الجزء الذي لم يتنازعا فيه لمدعيه.⁵

والقسمة بطريقة العول: أن تجمع السهام كلها فتقسم بين الكل بالحصص، فيأخذ كل واحد من المتنازعين على قدر سهمه، مثل الميراث والوصايا والديون المشتركة إذا تزامت.⁶ وبعد هذا نقول: هناك مسائل ضاق فيها الحق عن أن يستوعب الأسهم المستحقة فيه، فاختلفت اجتهادات الأئمة في طريقة تقسيم المال بين المستحقين، هل يكون بالمنازعة، أم يكون بطريق العول؟

اتفق الإمام أبو حنيفة والقاضي أبو يوسف ومحمد في ثلثي مسائل أنها تقسم على طريقة العول، منها: إذا قتل العبد رجلاً خطأ وفقاً عين آخر فدفعه سيده بدلاً عن كلا الجنائتين، ومسألة الديون والوصية بأقل من الثلث، والدرهم المرسلة، والمحابة، والسعاية بدينهم، وأجمعوا على القسمة بالمنازعة فيما لو باع فضوليّان العبد من آخر، فأجاز المولى البيع وقبل المشتري به، واختلفوا في خمسة مسائل، قسمها الإمام بالعول، وقسمها أبو يوسف ومحمد بطريقة المنازعة، وعلى العكس

1 ينظر: أحمد رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، ط: 1/1380هـ - 1960م: (438/5).

2 ينظر: أبو منصور الأزهري، محمد بن أحمد بن الهروي، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: 1/2001م: (124/3).

3 ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشبلي: (323/4)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (195/6).

4 ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (276/8).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (239/6).

6 ينظر: المرجع السابق: (239/6).

في ثلاث مسائل أي قسمها الإمام أبو حنيفة بالمنازعة، وقسمها أبو يوسف ومحمد بطريق العول، إحداهن إيصاء الرجل بكل ماله لرجل ونصف ماله لآخر مع إجازة الورثة للوصية، وثانيتين إيصاؤه بالعبد لرجل ونصف ذلك العبد لآخر، حال كونه لا يملك عبداً آخر سواه، والمسألة الثالثة هي مسألتنا هذه، وهي أن يدعي رجل جميع الدار ويدعي آخر نصف تلك الدار، والدار في يد شخص ثالث.¹

صورة المسألة: أن يدعي رجلان داراً ليست في أيديهما بل هي في يد رجل ثالث، يدعي أحدهما أن كل الدار له، أما الثاني فيدعي أن نصف الدار له، وكل منهما يدلي ببينته، فالحكم في المسألة عند الإمام أبي حنيفة -رحمه الله- أن من ادعى جميع الدار يحكم له بثلاثة أرباعها، والثاني الذي ادعى النصف يحكم له بربعها، وتكون القسمة أن يأخذ مدعي النصف الربع، ويأخذ مدعي الكل ربعاً من النصف الذي وقع فيه التنازع، بالإضافة إلى النصف الذي سلم عن المنازعة، فيكون قد استحوز على ثلاثة أرباع الدار، أما عند أبي يوسف يقضى لمدعي الكل بالثلثين، ويقضى لمدعي النصف بالثلث، وذلك بأن تقسم الدار على عدد السهام، فيأخذ كل واحد منهما مقدار ما يستحقه السهم.²

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن القسمة هنا بطريقة التنازع وليست بطريق العول؛ لأن صاحب النصف لا ينازع صاحب الجميع في النصف الآخر، وبما أن صاحب النصف لا يدعي سوى نصف الدار، فبقي النصف الثاني هو محل تنازعهما فيقسم بينهما قسمين.³

2- أن البينة تقاس على الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة، ووجه القياس أن الأدلة إذا تعارضت ولم يمكن العمل بها من كل وجه وجب العمل بما بالقدر الممكن، ففي مسألة تعارض الخارجين -في قدر الملك- في الدار لا يمكن العمل بالبينتين في كل الدار، ولكن يمكن العمل بهما بإظهار الملك في نصف الدار؛ لذلك يقضى لكل مدع بالنصف.⁴

1 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (323/4)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (192/6)، (193).

2 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (107/13)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (240/6).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (6/240).

4 ينظر: المرجع السابق: (236/6).

3-أن من ادعى شيئاً ولم ينازعه فيه أحد فإنه يقضى له بهذا الشيء الذي ادعاه بلا خلاف وكذلك حال مدعي الكل.¹

4-وأن القسمة إذا وجبت بسبب حق شائع في الذمة، أو في العين على وجه الشروع في بعضها فقط كانت قسمة عولية، أما إذا وجبت بسبب حق ثابت لأحدهما في البعض الشائع وللآخر في الكل، أو كان حق كل منهما على وجه التمييز، كانت قسمة منازعة.²

5-وأن من أصل أبي حنيفة أن من أدلى بسبب صحيح يأخذ جميع حقه، أما إذا أدلى بسبب غير صحيح فتكون القسمة بالمنازعة، مثل مسألة الدار التي نناقشها، فبسبب الاستحقاق لكل من المتنازعين هو الشهادة، ولما لم يتصل بها القضاء لم تكن سبباً صحيحاً؛ لذلك تكون القسمة عن طريق المنازعة.³

قال العلامة ابن الهمام "أصل أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه، كأصحاب العول، والموصى له بالثلث فما دونه، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه، والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاومة".⁴

دليل أبي يوسف:

1-أن القسمة هنا على طريق العول، مثل التركة؛ لأن كلا من المدعين أثبت أن له حقا في الدار بالبيننة، فتقسم الدار ثلاثة أثلاث، يعطى لمدعي الكل ثلثان ولمدعي النصف الثلث، فتقسم الدار على مبلغ السهام، فيأخذ كل واحد بمقدار سهمه، ولما وُجد كلٌّ ونصف نحتاج إلى أقل كل له نصف صحيح فنجعله رأساً للمسألة وهو اثنان، فيأخذ مدعي الكل ثلثين ومدعي النصف ثلثا فتعول المسألة، ويجعل رأسها من ثلاثة، وبذلك قسمت الدار أثلاثاً.⁵

2-وأن القسمة إذا وجبت بسبب حقين ثبتا في العين في وقت واحد على جهة الشروع فهي قسمة عولية، أما إذا ثبتا

1 ينظر: المرجع السابق: (240/6).

2 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (324/4)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (195،194/6).

3 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (276/8).

4 المرجع السابق: (276/8).

5 ينظر: الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (43/4)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (240/6).

على وجه التمييز أو في وقتين كانت قسمة منازعة.¹

3- وأن الأصل عند الإمام أبي يوسف أن القسمة إذا كانت بسبب حق شائع في العين كانت عولية، أما إذا وجبت بسبب حق في غير العين كانت منازعة، ففي هذه المسألة سبب الاستحقاق أن حق كل واحد شائع في العين، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه؛ لذلك كانت القسمة عولية.²

الترجيح:

يرأي الباحث أن مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة أرجح؛ لمراعاته قواعد التعارض في الدعوى؛ ولاضطرابه في المسائل المشابهة لها مثل الغرماء في التركة، فإن قسمة العين بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية، بينما على أصل أبي يوسف ومحمد يجب أن تكون القسمة بالمنازعة؛ لأن القسمة كانت بسبب حق في الذمة لا في العين، ولأن الذي اضطربنا إلى قسمة الدار هو تعارض الدعوات، وهذا التعارض إنما ثبت في النصف المتنازع فيه فقط وهو نصف الدار، أما النصف الآخر فإنه سلم عن المنازعة، لذلك يجب أن تعمل فيه بينة مدعي الكل فتثبت حقه فيه، لأنه لا معارض لها، والعمل بالدليل واجب في القدر الممكن، ولأن كلاً المدعين يعتبر خارجاً بالنسبة للنصف المتنازع فيه، ومما هو معلوم أن الخارجين يستحقان العين مناصفة، ويسلم النصف الآخر لمدعي الكل.

علماً أن هذه المسألة بهذه الصورة أي عندما يدعي أحدهم جميع الدار ويدعي الآخر نصفها وتكون الدار في يد ثالث، أما لو كانت الدار في أيديهما فهي لمدعي الكل بلا خلاف؛ لأنه يعتبر خارجاً في حق النصف المتنازع فيه، ينما يعتبر مدعي النصف ذا يد، فيعطى لمدعي الكل نصفها قضاءً، ويترك نصفها الآخر في يده، وذلك لأن مدعي الكل يدعي الذي في يده والذي في يد الآخر، أما مدعي النصف فهو لا يدعي سوى النصف الذي في يده، فكان مدعي الكل خارجاً، ومدعي النصف ذا يد، فاستحق النصف من ذي اليد، وبقي النصف الذي لم ينازعه فيه مدعي النصف سالماً له، فيترك على يده تركاً.³

1 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (324/4).

2 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (276/8).

3 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (324/4)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (196، 197/6).

ولقد رجح الإمام الكاساني في البدائع رأي الإمام أبي حنيفة، كما رجحه الإمام النسفي.¹

وقد ذكر الإمام السرخسي وابن مازه² مسائل مشابهة كأن يدعي الدار ثلاثة: أحدهم يدعيها كلها؛ ويدعي الثاني النصف؛ ويدعي الآخر الثلث، فهي بالمنازعة عند الإمام وبالعول عند الصاحبين. وفي باب دعوى الرهط في الدار مسائل مشابهة تختلف فيها أعداد المدعين وحصصهم، والحكم فيها نفس الحكم في هذه المسألة، وللتوسع في مسائل من هذا القبيل ينظر فتح القدير والمبسوط.³

6.3. المسألة الثالثة: التنازع في الحائط المشترك.

إذا كان هناك حائط بين جدارين فالأصل أن التصرف فيه هو من حق المالك، فإن تنازعا في ملكيته فهو لمن أقام البينة، فإن لم يكن لهما بينة ينظر، فإن كان لأحد المدعين عليه جذوع⁴ فهو له؛ لأنه دل أن له يد على الحائط، ثبت ذلك باستعماله له، أما إذا كان لكل منهما جذوع -ثلاثة جذوع فأكثر- فهو بينهما، أما إذا كان لأحدهما جذع أو جذعان وللآخر أكثر من ذلك، فلصاحب القليل موضع جذعه وباقي الحائط للمالك الأكثر، وكذلك لو كان الحائط المتنازع عليه متصلا ببناء لأحدهما اتصال التزاق (محاذاة)، وللآخر عليه جذوع، فهو لصاحب الجذوع، أما إذا كان متصلا ببناء أحدهما اتصال تربيعة وللآخر عليه جذوع فهو لصاحب التربيعة.⁵

إذا ترجح اليد على الحائط المختلف فيه بتقديم صاحب اتصال التربيعة، ثم صاحب الجذوع، ثم صاحب اتصال المحاذاة.⁶ واتصال التربيعة هو: أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلية في الحائط غير المتنازع فيه، وأنصاف لبن حائط المدعي غير المتنازع فيه داخلية في الحائط المتنازع فيه، هذا إذا كان الحائط مبنيا من آجر أو مدر، أما إذا كان الحائط من

1 ينظر: المرغيناني، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة: (169/1)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (240/6)، الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب: (43/4).

2 سبقت ترجمته في الصفحة (56).

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (85،86/17)، ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (84/9)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (276/8).

4 الجذوع: جمع جذع وهو بالكسر ساق النخلة، ويسمى سهم السقف جذعا * ينظر: الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (53).

5 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (258/6).

6 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (205/6).

خشب فيكون تربيعه بأن تكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى، أما إذا ثبتت بالنقب فلا يكون تربيعاً بل هو مجاورة.¹ وذكر الإمام السرخسي عن الكرخي: أن اتصال التربيع بأن يكون الحائط المتنازع فيه من الجانبين متصلًا بحائطين لأحدهما، والحائطان متصلان بحائط مقابل للحائط المتنازع فيه حتى يكون على شكل مربع، لكن المروي عن أبي يوسف عدم اشتراط اتصال الحائطين بحائط مقابل للحائط المتنازع فيه.²

وذكر الإمام الكاساني: أن اتصال الربيع ولو كان من أحد طرفي الحائط يكون في معنى النتاج على رواية الطحاوي، أما على رواية الكرخي فلا بد من أن يكون طرفا الحائط متصلين بحائط إحدى الدارين.³

أما إذا اختلفا في حائط وكان وجه البناء إلى أحدهما، وكانت اللبن والطاقت إلى جهة الآخر، فإنه يحكم بالحائط بينهما نصفين عند أبي حنيفة، ويحكم بالحائط لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقت عند أبي يوسف ومحمد.⁴

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن ما ذكر من والطاقت واللبن هي جزء من الشيء المدعى، وجزء الشيء لا يكون دليلاً على ذاته، فالحائط كله موضع نزاع؛ فلا يمكن أن نستدل من خلال جهة بنائه على صاحب الملك، فيجعل بين المدعين.⁵

2- وأن الإنسان كما يزين جداره ويجعله إلى جهته، قد يزين وجه جدار مشترك؛ بغية جمال المنظر كذلك، فليست عادة مستقرة، ولأن الإنسان قد يجعل ظهر البناء إلى جهة نفسه، من أجل أن يظهر الحائط معتدلاً.⁶

1 ينظر: نجم الدين النسفي، *طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية*: (ص: 134)، اللكنوي، *عمدة الرعاية على شرح الوقاية*: (205/6).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، *المبسوط*: (88/17).

3 ينظر: الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*: (258/6) * وما يجدر التنبيه على أنه ذكر في المبسوط (90/17) أن قول أبي يوسف ومحمد أن الحائط يجعل لمن إليه ظهر البناء ولكن في الفتاوى الهندية (99/4) وفي البدائع (258/6) قال يجعل الحائط عند أبي يوسف ومحمد لمن له وجه البناء.

4 ينظر: الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*: (258/6).

5 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرغبوري، *الفتاوى المالكية أو الفتاوى الهندية*: (99/4)، الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*: (258/6)، شمس الأئمة السرخسي، *المبسوط*: (90/17)، ابن مازة البخاري، *أخيطة البرهاني في الفقه النعماني* فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (137، 138/9).

6 ينظر: المرجع السابق: (137، 138/9).

3- وأن وجه البناء واللبن والطاقت يستدل بها على اليد في الماضي، ولكن لا تدل على اليد وقت الدعوى، والحاجة إنما هي لإثبات اليد وقت الدعوى.¹

ويستدل للإمام أبي حنيفة بما رواه البيهقي في باب الرجلين يتداعيان جدارا عن أبي موسى قال: «اختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ في شيء ليس لواحد منهما بينة، ف قضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين».²

دليل أبي يوسف:

1- أنه إذا كان لأحدهما عليه جذوع يرجح بالاتفاق، كذلك لو كانت الطاقات أو جهة الحائط إلى جهته، لأن هذا نوع من أنواع الترجيح التي تصح هنا، مثل الترجيح بصلاحية المتاع المختلف عليه بين الزوجين، فيترجح ملكية أحدهما بالاستعمال كما ترجحت هناك بالصلاحية، كأن يتنازعا في دابة ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز، فهي لصاحب الحمل.³

2- أن الإنسان عادة يجعل وجه البناء إلى جهة نفسه؛ ليكون الحائط مستويا، والعادة محكمة.⁴

3- وأنه إذا تنازعا في شيء ولم يكن لأحدهما عليه يد، ولكن في يد أحدهما ما يشبه اليد على الشيء المتنازع فيه يقضى له به.⁵

ويمكن أن يستدل بحديث الشعبي حين سئل عن الحائط اللبن يدعيه أهل هذه الدار وأهل هذه؟ قال: هو للذي يليهم الأنصاف».⁶

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (258/6).

2 أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية - القاهرة، ط: 1/1432 هـ - 2011 م: (532/11). وأخرجه أبو داود: (465 /5) عن أبي موسى الأشعري بلفظ: «أن رجلين ادعيا بغيرا، أو دابة، إلى النبي -صلى الله عليه وسلم-، ليست لواحد منهما بينة، فجعله النبي -صلى الله عليه وسلم- بينهما» وقال شعيب أرئؤوط: حديث معلول.

3 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (205/6).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (258/6).

5 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (16/13).

6 أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف: (267 /12).

الترجيح:

من خلال استعراض الرأيين السابقين أرى رجحان رأي الإمام أبي حنيفة؛ وذلك لقوة الأدلة التي اعتمد عليها، ولأن العادة التي استند إليها أبو يوسف ومحمد ليست مضطردة، إذ إن الإنسان يجعل وجه جداره أو الطاقات حسب ما تقتضيه حاجته، فكل أدلة أبي يوسف يطرقها الاحتمال، فضلاً عن أن الدور تباع وتشترى فإن جهة الجدار أو الطاقات على فرض اعتبارها مرجحاً، فهي تدل على الملك في الماضي لا بعد أن تعاقب عليها الملاك الجدد واختلفوا فيها، والحاجة للحكم تظهر هنا، فجعل الحائط المشترك بينهما على التساوي هو الأولى.

ملاحظات مهمة على المسألة:

- 1- وجه البناء المعتمد الذي يعتبر به الحكم عند أبي يوسف ومحمد هو وجه البناء الأصلي، أما لو جعل الوجه بعد النقش والتزيين والتطين فلا يدل ذلك على ملكية أحدهما له، فالتزيين قد يغير الجهة، فلا عبرة له.¹
- 2- في كل موضع قضي بالملك فيه لأحدهما يجب عليه اليمين إذا طلبها الخصم منه، فإن حلف استحق، أما إذا نكل فيقضى عليه بالنكول.²

ويلحق بهذه المسألة:

6.3.1. مسألة الخص والقمط:

الخص: هو الحائط المتَّحد من القصب. أما القمط: فهو حبل من الليف يشد به الخصر.³

إذا اختلف المتداعيان في ملك خص وكان القمط إلى جهة أحد المتداعيين فعند أبي حنيفة -رحمه الله- يحكم بالخص بينهما مناصفة ولا تعتبر جهة القمط، أما عند أبي يوسف ومعه محمد يحكم بالخص للذي كان القمط إلى جهته.⁴

1 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرنهابوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (99/4).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (258/6).

3 ينظر: نجم الدين النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (ص:134).

4 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (173/13).

الدليل عند أبي يوسف:

1- حديث دهنم بن قُرَّان: «أن قوما اختصموا إلى النبي ﷺ في خص كان بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى

للذين يليهم القمط، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره فقال: "أصبت" أو "أحسن".¹

2- شهادة الظاهر له لأن الذي يشد القمط يقوم وقت الشد على سطحه فيكون القمط إليه.²

3- ووجه قولهما: "اعتبار العرف والعادة".³

ويمكن أن يستدل بحديث الشعبي حين سئل عن الخص يدعيه أهل هذه الدار وأهل هذه الدار قال: «هو للذي يليهم

القمط».⁴

وما روي عن حميد، قال: تقدمت مع أبي إلى شريح «فسمعت يقضي بالخص إلى من كانت القمط».⁵

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- الحديث الذي استدل به أبو يوسف مؤول عند الإمام بأن سيدنا حذيفة قضى لصاحب القمط؛ لأنه أدلى بالبينة،

فتبين أن الخص له وهو أمر متفق عليه، وأما ما ورد في الحديث "فقضى للذين يليهم القمط" فإن ذلك جرى مجرى

التعريف، كما يقال صاحب الطيلسان وصاحب العمامة.⁶

2- أن ما ذكر من القمط هي جزء من الشيء المدعى، وجزء الشيء لا يكون دليلاً على ذاته، وما قاله صاحبان من

أن الإنسان يشد القمط إلى جهته معارض بأنه قد يشد قمطه إلى جهة جاره فيطينه ويخصصه لكي يجعل جانبه مستويا،

1 ابن ماجة القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، دار الرسالة العالمية، ط: 1/ ١٤٣٠ هـ -

٢٠٠٩ م: (3/ 433). وقال البوصيري في مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة: (3/ 49): "هذا إسناد فيه مقال"

2 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرغهابوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (4/ 99). ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (9/ 138).

3 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (6/ 258).

4 أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف: (12/ 267).

5 ينظر: المرجع السابق: (12/ 267).

6 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (17/ 90).

ولو سلمنا أن القمط دال على الملك لكنه لا يدل الخصوص.¹

يلحق بهذه المسألة:

6.3.2. التنازع على الباب المشترك:

إذا تنازع اثنان في باب مثبت على حائط بين دارين وكان غلق الباب إلى أحد المتنازعين؛ فعند أبي حنيفة يقضى بالباب بينهما نصفين، أما عند أبي يوسف فيقضى بالباب لمن إليه الغلق، لكن إذا كان للباب غلقان فهو بينهما بالاتفاق بين الأئمة.²

6.4. المسألة الرابعة: مسألة السفلى والعلو.

إذا كان البناء من دورين يملك أحدهما الدور الأسفل ويملك الآخر الدور الأعلى منه، وأراد صاحب السفلى أن يحدث كوة أو باباً، أو أراد صاحب العلو أن يحدث بناء أو كنيفاً أو يحفر بئراً، فاختلف في ذلك، فقال أبو حنيفة: ليس لأحدهما أن يفعل من ذلك شيئاً إلا برضى صاحبه، سواء أكان ذلك مما يضر البناء أم لا، وقال أبو يوسف ومحمد: لكل منهما أن يفعل ذلك بلا رضى صاحبه إن كان ذلك لا يضر به، أما إذا كان فيه ضرر فلا.³

دليل الإمام أبي حنيفة:

- 1- أن التصرف في ملك الغير وفي حقه إنما هو منوط برضاه وليس بكون ذلك التصرف يلحق ضرراً في ملك الغير أو لا، فمثلاً لو أراد أحد أن ينقل امرأة لأحد من مكان إلى آخر فلا يجوز له ذلك، وإن لم يتسبب بالضرر لها.⁴
- 2- وأن تصرف صاحب العلو أو السفلى في حقه له أثر ظاهر متصل بملك الغير ومؤثر عليه.⁵

1 ينظر: ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (138/9).

2 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرنهابوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (99/4).

3 ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء: (191/3)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (91/17)، فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (169/13).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (265/6).

5 ينظر: المرجع السابق: (265/6).

3- وأن لصاحب العلو حق في السفلى، لأن استقرار بناءه عليه، وفتح الكوة أو الباب يضعف الجدران فيمنع منه صاحب السفلى، وكذلك من حق صاحب السفلى أن يمنع صاحب العلو من زيادة بناء جديد؛ لأن لصاحب العلو الحق في بناء معلوم على بناء صاحب الدور الأسفل، وكذلك يمنع من حفر البئر في ساحة البناء؛ لأنه يوهن البناء، إلا إذا رضي صاحبه في ذلك كله، قياساً على أنه لو استأجر دابة لحمل شيء معلوم فليس له أن يزيد في حملتها، وإن كان لا يضر بها.¹

دليل أبي يوسف:

- 1- أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»² وجه الاستدلال أن المحذور من الأفعال هو ما ألحق الضرر بالغير.
- 2- أن كل واحد يتصرف في ملكه الخاص؛ فليس لأحد أن يمنعه مالم يتسبب بالضرر لمن له فيه بعض حق، قياساً على الموصى له بالخدمة مع الموصى له بالرقبة، فإنه لا يمنع الموصى له بالرقبة من التصرف في ملكه مالم يضر الموصى له بالخدمة.³
- 3- وأن أحدهما يمنع من التصرف في ملك الغير إذا سبب لصاحبه الضرر، أما مجرد ثبوت حق للغير فلا يمنع، كأن يستظل بجدار غيره أو أن يستدفئ بناره إذا لم يلحق المالك من ذلك ضرر، وبما أن موضع الخلاف هنا هو التصرفات غير المضرة بالغير فهي مثلها إذاً، فلا مانع من تلك التصرفات لكليهما.⁴

الترجيح:

لقد نظر الإمام أبو حنيفة إلى اشتراك صاحب العلو والسفلى في أصل الملك، فقال: لا يباح لكل واحد منهما أن يتصرف في حصته إلا برضا صاحبه، وذلك مختص في رأيه في مسألة العلو والسفلى، أما لو كان ملك كل من صاحب العلو والسفلى خالصاً له من دون تعلّق لحق الغير لما منع من أي تصرف يريده، كما لا يمنع الجار من أي تصرف يريده في داره

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (91/17).

2 مالك بن أنس، الموطأ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م: (2/745)، وابن ماجة القزويني، السنن: (3/430)، وقال شعيب أرنؤوط: صحيح لغيره.

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (91/17).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (265/6).

حتى ولو ألحق الضرر بجاره ما دام يتصرف في ملكه، لكن الإمام أبا يوسف لا يرى هذا الاشتراك مؤثراً، بمعنى أنا أبا يوسف يرى خلوص حصة كل منهما له تماماً، أما أبو حنيفة فلا يرى خلوص ذلك لهما تماماً¹، ولذلك يشير حديث: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها»² أما الرأي الذي أميل إليه فهو رأي أبي يوسف للقاعدة المشهورة لا ضرر ولا ضرار، وهي قاعدة قوية بنيت عليها الأحكام، فتصرف الإنسان الذي يلحق الضرر بنفسه أو بغيره محرم، أما إذا تصرف في ملكه من غير أن يسبب ضرراً لجاره في السفلى أو في العلو فلا يمنع، لأنه يتصرف في خالص ملكه، وهذا ما نراه عرفاً سائداً في المجتمعات اليوم فلا يمنع أحد من أن يحدث تغيراً في الشقة التي يملكها ما لم يضر بجيرانه، والعرف إن لم يصادم نصاً شرعياً فهو معتبر. ولقد ذكر في الفتاوى الهندية نقلاً عن فتاوى قاضي خان في باب الحيوان أن الراجح أنه إذا أضر بالآخر يمنع وإلا فلا، وكذلك إن أشكل التصرف هل هو مضر أو لا فلا يمنع³.

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (265/6)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (91/17).

2 أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح: كتاب الشركة، باب 6: هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، رقم الحديث (2361).

3 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرنهابوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (103/4).

7. المطلب الخامس: دعوى الميراث.

إن مما هو معروف لكل من طالع الفقه الإسلامي أن مبحث الدعوى يدخل في كثير من أبواب الفقه؛ لذلك ذكر فقهاء الحنفية في باب الدعوى بعض المسائل التي تتصل بمواضيع فقهية أخرى، فرأينا في باب التحالف كيف تطرقوا إلى اختلاف المتبايعين، وذكروا كذلك مسائل تتعلق بالنكاح، ومن قبلها ذكروا مسائل تتعلق باليمين، كما أنهم عرجوا على مسائل الميراث التي لها ارتباط بالدعوى ومنها:

7.1. المسألة الأولى: اشتراط الجر في دعوى الميراث.

المقصود بالجر في الميراث: أي أن يشهد الشهود على انتقال الملك للوارث نصاً أو دلالة، مثل شهادتهم أنها كانت ملكاً للميت إلى وقت الموت، أو كانت في يده أو يد نائبه عند الموت.¹

فلو ادعى رجل أن هذه الدار له، مات أبوه وتركها، وشهد شاهدان أن الدار كانت لأبيه، ولم يشهدوا أن أباه مات وتركها ميراثاً له، ولا أن الأب ملكها إلى آخر يوم في حياته، أو بقيت في يده إلى آخر حياته، والمسألة بهذا اللفظ (كانت لأبيه) فما الحكم؟

قال الإمام أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف في قوله الأول: لا تقبل شهادتهم، وقال أبو يوسف في قوله الأخير: تقبل شهادتهم.²

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن الشهود شهدوا بملك عرف القاضي زواله، ولم يبينوا سبب الزوال، فكانت شهادتهم كما لو ادعى ملك عين وبين أن سبب الملك هو الشراء، وشهد الشهود أن العين كانت لبائعها؛ لأن القاضي لا يستطيع أن يقضي بالملك في الحال لابنه؛ لعلمه بزوال ملك الأب، ولأن خلافته لأبيه بطريق الميراث إبقاء له ما كان ثابتاً لأبيه، لا أن يوجب إثبات الملك

1 ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار: (496/5).

2 ينظر: ابن مازة البخاري، المحیط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (377، 376/8)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (45/17).

ابتداء.¹

2- وأن قيام ملك الأب وقت الموت شرط الانتقال إلى الوارث، والشرط لا يثبت بالظاهر، بل يثبت بالنص، فإذا نص الشهود على انتقاله بالميراث يثبت بالشرط، أما إذا لم ينصوا عليه لم يثبت ما هو شرط، والملك الذي كان له في حياته لا يكون دليلاً على الملك عند الموت نصاً.²

3- أن ثبوت ملك الميت للدار إلى يوم الموت ثبت بدليل الاستصحاب، والاستصحاب لا يصلح دليلاً على إثبات ما ليس بثابت، بل يصلح حجة للدفع فقط- أي إبقاء ثبوت ما هو ثابت- فالاستصحاب لا يثبت ملكاً جديداً للوارث بمجرد موت المورث، بل يثبت دوام ملك الميت إلى يوم الموت، حتى أن السلعة التي باعها المورث قبل موته ترد بالعيب ولو بعد موته، فلو اعتبرنا هذه الشهادة موجبة ملكاً جديداً للوارث لما صح أن ترد السلعة بعد موته؛ لأن ملك الوارث حدث بعد البيع، هذا بخلاف ما لو نص الشهود على دوام ملك الميت أو يده عليها إلى آخر يوم في حياته؛ لأن يده يد ملك حكماً، إذ اليد المجهولة تجعل يد ملك بعد الموت، ولأن هذه الشهادة بينة قوية تصح للإثبات بخلاف الاستصحاب الذي يصح للدفع.³

4- وأنه لا تقاس شهادة الشهود هذه- أن الأب مات وتركها- على إقرار ذي اليد، وذلك حين يدعي الابن أن الدار كانت لأبيه فيقر الذي في يده الدار بذلك، فتسلم الدار للمدعي؛ لأن الإقرار يوجب الحق بنفسه، فهو حجة صالحة لإثبات الملك، وليس مثل الاستصحاب.⁴

5- وأن هذه المسألة ليست كمسألة الشراء التي ستمر في دليل الإمام أبي يوسف، فملك المشتري يثبت هناك بالشراء أي بالعقد، لا بكون العين كانت ملكاً للبائع إلى وقت البيع؛ لأنه لو أقيمت البينة على أن العين كانت ملكاً للبائع فإن هذه البينة لا تقبل؛ لأنها لا تثبت الشراء، وثبوت الشراء إنما هو بالعقد، فإذا شهدوا على العقد - الإيجاب والقبول -

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (45/17).

2 ينظر: المرجع السابق: (45/17).

3 ينظر: ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (378/8)، أبو بكر السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي تحقيق أبو الوفا الأفعاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند، وصورته دار المعرفة - بيروت: (225/2)، ومحمد مصطفى الزحيلي الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: (261/1).

4 ينظر: المرجع السابق: (378/8)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (45/17).

عندئذ يكون ثبوت الشراء بالشهادة على العقد -وهي شهادة تصح للإثبات- لا بمجرد استصحاب ملك البائع،

فالشهادة على العقد تصلح للإثبات، بينما الشهادة على استصحاب الملك لا تثبت ما لم يكن ثابتاً.¹

علما أن الإمام فرّق بين أن يدعي الدار لنفسه وتشهد شهوده على أنها كانت ملكاً لأبيه، وبين أن يدعيها لنفسه

ويشهد الشهود على أنها كانت ملكه، ففي حال كونه ادعاها أنها كانت ملكه تقبل الشهادة؛ لأن الاستصحاب في

هذه الحالة لم يثبت ملكاً جديداً، بل أعاد بيان بقاء الملك الذي كان ثابتاً من قبل، بخلاف الحالة الثانية التي يراد

بالاستصحاب بها أن يثبت ملكاً جديداً للوارث، والاستصحاب لا يصح للإثبات.²

دليل القول الأخير للإمام أبي يوسف أنها تقبل شهادتهم:

1- أن الشهود أثبتوا ملك الأب في الزمان الماضي، وما عرف ثبوته فالأصل بقاءه إلا أن يتبين سبب زواله، ولم يتبين

سبب لزوال ملكه سوى موت الأب، وهو ناقل الملكية إلى الوارث، فكانت هذه الشهادة بالملك من هذا الوجه، فيجب

قبولها، كما لو نصوا على أنها بقيت ملكاً للأب إلى يوم الموت "لأن الثابت لمقتضى الكلام فيما يرجع إلى تصحيح

الكلام كالمصرح به"³ يوضحه أنه لو قامت البينة على إقرار ذي اليد بذلك أمر بالتسليم إليه، فكذلك إذا ثبت بالبينة.⁴

2- وأن الأب لو ادعاها عندما كان حياً واستشهد شهوداً نصوا على أنها كانت ملكاً له تقبل شهادتهم؛ لأن الشهادة

بلفظ كانت للمدعي مثل شهادتهم على أنها له في الحال، فكذلك الشهادة للوارث.⁵

3- وأن الشهادة على الإقرار بكون الدار للميت مثلاً، مثل الشهادة على الإقرار بكون الدار بقيت ملكاً له إلى يوم

موته.⁶

4- وأنه لو ادعى أن العين التي في يده هي ملك له اشتراها من رجل غائب، وأقام البينة فنص شهوده على أن العين

1 ينظر: ابن مازة البخاري، المحیط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (378/8).

2 ينظر: المرجع السابق: (378/8).

3 شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (45/17).

4 ينظر: المرجع السابق: (45/17).

5 ينظر: ابن مازة البخاري، المحیط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (377/8).

6 ينظر: المرجع السابق: (377/8).

كانت ملكا للبائع، ولم ينصوا على أنها بقيت في ملك البائع إلى ساعة البيع، فإنها تقبل، وكذلك في مسألة الميراث تقبل.¹

وكذلك لو كانت المسألة أن ادعى أن جده مات وتركها، وشهد شهوده أن جده مات وتركها، فلا تقبل عند أبي حنيفة ومحمد كذلك، إلا إذا شهد الشهود أن الجد قد تركها ميراثاً للأب، ثم شهدوا أن الأب مات وتركها ميراثاً للابن، ثم شهدوا ألا وارث مستحق سواه، عندئذ يأخذ الدار، أما عند أبي يوسف تقبل تلك الشهادة المثبتة أنه لا وارث للجد سواه.²

تنبيه: إذا نص الشهود على أن المدعي هو وارث الميت، لا يعلمون له وارثاً سواه في البلد الفلاني، فعند الإمام أبي حنيفة تقبل؛ لأنهم عندما نفوا وجود وارث في الأرض التي عاش فيها، فوجوده في بلد آخر منفي من باب أولى، أما عند أبي يوسف لا تقبل؛ لأنهم عندما نصوا على نفي وجود وارث في بلد بعينه، كان مقتضى كلامهم احتمال وجود وارث في بلد آخر.³

الترجيح:

إن سبب الخلاف في هذه المسألة هو هل ثبوت الملك للوارث يحتاج إلى سبب جديد أم أن الإرث يثبت بطريق الخلافة عن الميت؟ فالإمام أبو يوسف يرى أن ملك الوارث يثبت بالخلافة، فالملك الذي كان للمورث يبقى للوارث؛ لذلك يرد عليه بالعيب، فبمجرد أن يشهد الشهود بالملك للمورث يثبت الملك للوارث؛ لأن ما ثبت فهو باق، ولأن البقاء لا يحتاج إلى دليل جديد، بل يكفي فيه الاستصحاب.

أما رأي الإمام أبي حنيفة ومحمد أن صفة المالكية للوارث تثبت من جديد بعد موت المورث، فهي مبتدأة حيث إنه يصير مالكا للمال بعد أن لم يكن، وهذه البينة التي أقامها تستند إلى استصحاب الحال، واستصحاب الحال لا يصلح لإثبات الحكم ابتداءً.⁴ قال الإمام السرخسي: "لأن استصحاب الحال كاسمه، وهو التمسك بالحكم الذي كان ثابتاً إلى

1 ينظر: المرجع السابق: (377/8).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (47/17).

3 ينظر: المرجع السابق: (384/8).

4 ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: (261/1).

أن يقوم الدليل المزيل، وفي إثبات الحكم ابتداء لا يوجد هذا المعنى، ولا عمل لاستصحاب الحال فيه صورة ولا معنى¹.
 فالاستصحاب لا يصلح لإثبات مسألة عدم ذكر شهود المدعي التنصيب على الميراث وشهادتهم أنها كانت لأبيه²،
 والراجع في هذه المسألة قول الإمام أبي حنيفة؛ لأن هذه البيئة أظهرت ملك الأب بالاستصحاب، فعندما ملك الأب
 هذه الدار في حياته حكمنا باستصحاب ملكه إلى يوم الوفاة، ولكن هذا الاستصحاب لا يثبت ملك الابن؛ لأن
 الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات، ولأن ثبوت الملك للابن لا يثبت بالظاهر، بل لا بد من النص على ذلك.
 علما أنه عند أبي يوسف يشترط أن يقيم الوارث البيئة على عدد الورثة، فإن لم يقيموا أمهلهم مدة أقصاها سنة، ثم
 بعدها يأخذ كفيلا منهم أنه لا وارث للميت سواهم، ويدفع لهم المال، وهي مسألة التلوم³ التالية الملحقه بهذا المسألة.

7.1.1. مسألة التلوم:

التلوم لغة: هو الانتظار والتمكُّث⁴، ويقصد بها اصطلاحاً: التأني والانتظار⁵.
 وذلك فيما لو ادعى أحدهم ملك دار أن أباه مات وتركها ميراثاً له، وأقام البيئة على ذلك، ولكن لم ينص شهوده على
 أنه الوارث الوحيد للميت، بل قالوا: إنه وارث الميت ولم يزيدوا على ذلك، أو قالوا: نشهد أنه وارثه، عندها ينتظر
 القاضي مدة أقصاها سنة يتحرى فيها عن الأمر، لعله يظهر وارث آخر، فإن لم يظهر وارث آخر يدفع إليه المال
 المدعى⁶.

ولكن كم هي المدة التي يتلوم فيها القاضي؟

قال الإمام أبو حنيفة: يتلوم القاضي زمناً يغلب فيه على ظنه أنه لو كان ثمة وارث آخر لظهر، ولم يحدد الإمام لذلك
 مقدارا، بل يفوض ذلك للقاضي؛ لأن الإمام أبا حنيفة لا يحدد بالاجتهاد مقدارا فيما لم ينص الشارع على مقداره، أو

1 محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي، دار المعرفة-بيروت: (225/2).

2 ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي: (128/3).

3 ينظر: المرجع السابق: (46/17).

4 ينظر: الرازي الحنفي، مختار الصحاح: (286).

5 ينظر: نجم الدين النسفي، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (24).

6 ينظر: ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (384/8).

لم يُجمع عليه.¹

أما مدة التلوم عند أبي يوسف ومحمد فهي سنة كاملة؛ لأن المقصود هو إبلاء العذر، والحول مدة كافية لإبلاء العذر، فلو كان ثمة وارث آخر لحضر، ولأن من مذهب أبي يوسف ومحمد أنهما يحددان بالاجتهاد مقدارا فيما لم ينص الشارع على مدته ولم يجمع عليه، وقد قال القائل:²

إلى الحول ثم اسم السلام عليكما ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

والأفضل أن يجمع بين الرأيين بأن القاضي يتلوم مدة يقدرها بحسب حال الواقعة، بحيث لا تزيد على السنة؛ وذلك لأن صاحب المبسوط ذكر في مسألة مشابهة رأي الإمام أبي يوسف أنه قدر التلوم بشهر واحد.³

7.2. المسألة الثانية: اشتراط اشتغال دعوى أحد الزوجين أنه لا وارث للزوج الآخر سواء كي يعطى أو فر النصيبين.

لقد رأينا في المسألة السابقة أن الحنفية اتفقوا على أن القاضي يتلوم مدة قبل دفع المال لمدعي الإرث، ولكن هل يدفع له كل المال أم بعضه؟

لتفصيل ذلك نقول إن الوارث أحد أصناف ثلاثة: إما أن يكون ممن يحجبون حجب حرمان، أو حجب نقصان، أو ممن لا يحجبون، مثل الأب والأم والابن والبنت، فإن كان المدعي ممن لا يحجب فإن القاضي بعد التلوم يدفع إليه المال كاملا، أما إذا كان هذا المدعي ممن يحجب حجب حرمان، مثل الأخ والجد والعم وابن الابن وابن الأخ وابن العم فلا يدفع المال إليه، أما إذا كان ممن يحجب حجب نقصان، مثل الزوج والزوجة، فهنا اختلفت اجتهادات الحنفية، هل يُعطون أو فر النصيبين أم أقل النصيبين؟⁴

اتفق الأئمة على أنه لا يدفع إليه أو فر النصيبين قبل التلوم، أما بعد التلوم فقال الإمام أبو حنيفة -فيما رواه الخفاف-

1 ينظر: المرجع السابق: (375/8).

2 شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (46/17)، ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (375/8).

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (53/17).

4 ينظر: ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (376/8)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (53/17)، ابن التَّيَّحَنَّة الحلي، لسان الحكام في معرفة الأحكام: (231).

ومحمد: أن الزوج والزوجة يعطيا أوفر الحظين، للزوج النصف والزوجة الربع، وقال أبو يوسف: -وهو رواية الطحاوي عن الإمام أبي حنيفة - يعطى لهما أدنى النصيبين.¹

دليل أبي حنيفة ومحمد:

أن الزوج والزوجة يعطيا أوفر الحظين حال عدم الولد؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾²، ولأنه أقام البينة على سبب الميراث فمن حقه أن يأخذ كل ميراثه؛ قياسا على الأب والأم إذ إن نصيبهما ينقص عن أفر الحظين إلى أدناهما بسبب وجود الولد، أما إذا لم يكن هناك ولد فلا ينقص نصيبهما، لقوله تعالى ﴿وَلَا يُوْثِرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾³ ومع ذلك يقضى للأبوين في هذه المسألة بعد التلوم بالثلث وهو أوفر الحظين، فكذلك الزوجان يستحقان أكثر النصيبين؛ قياسا على الأبوين في استحقاق ما زاد على السدس.⁴

دليل القاضي أبي يوسف:

1- أن أحقية أوفر النصيب مشروطة بعدم وجود الولد، لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾⁵؛ لأن الشرط لا يثبت باعتبار الظاهر، بل لا بد أن يذكر الشهود ذلك بالنص، فإن لم ينص الشهود على ذلك، فلا يعطى للزوجين إلا المتيقن، وهو أقل النصيبين.⁶

2- قياس نصيب الزوجين الأكثر على نصيب الأخ، فحكم الزوجين فيما زاد على المتيقن مثل حكم الأخ إذا لم يقم بينة يثبت فيها أنه لا وارث للميت سواه، فهناك لا يرث الأخ، وهنا لا يستحق الزوجان النصيب الأكثر.⁷

الترجيح:

1 ينظر: البابري، العناية شرح الهداية: (344/7)، ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (376/8).

2 سورة النساء، الآية: 12.

3 سورة النساء، الآية: 11.

4 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (53/17).

5 سورة النساء، الآية: 12.

6 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (53/17).

7 ينظر: المرجع السابق: (53/17).

بما أن القاضي قد تلوم قبل أن يدفع الحق لمدعيه، وبعد التلوم لم يظهر مستحق آخر، فإن إعطاء المدعي الذي هو أحد الزوجين كامل نصيبه -وهو رأي أبي حنيفة ومحمد- هو الأولى؛ لأن حجبه عن كامل نصيبه احتياطاً لاحتمال ظهور وارث آخر، ولكن ظهور الوارث أمر مشكوك فيه، فرمما يظهر وربما لا، وهذا الشك لا يزيل اليقين الذي هو استحقاقه لأوفر النصيبين بعد أن أثبت سبب الإرث، هذا وقد رجح الإمام السرخسي رجح في المبسوط رأي أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الموهوم لا يقاوم المتيقن المعلوم.¹

7.3. المسألة الثالثة: أخذ كفيل من الورثة أن لا وارث للميت سواهم.

إذا كان الوارث ممن لا يجب فدفع إليه الشيء المدعى، هل يؤخذ القاضي منه كفيلاً بما دفع له؟

قال أبو يوسف ومحمد: يجب أن يعطي الوارث كفيلاً أن لا وارث سواه، وقال الإمام أبو حنيفة: لا يجب، واعتبر أن أخذ الكفيل ظلم.²

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن تأخير الحق عن الوارث احتياط لحق موهوم غير ثابت، فالوارث إذا أثبت ملكه باليقين فلا يمنع منه لمجرد توهم خروج مستحق له في المستقبل، والثابت مقدم على الموهوم، ولأن في اشتراط الكفيل احتمال منع المستحق من حقه؛ لاحتمال عجزه عن إحضار الكفيل.³

2- وأنه لو أخذ القاضي كفيلاً من الوارث، فإن هذه الكفالة ستكون لمجهول، والكفالة للمجهول غير صحيحة، ولا يمكن أن يقال: إنها كفالة للقاضي؛ لأنه ليس بخصم، ولا للميت؛ لأن حق الميت فقط في إعطاء التركة للورثة، وقد أقام الوارث دليلاً على استحقاقه، فلم يبق أي معنى للكفالة.⁴

1 ينظر: الباري، العناية شرح الهداية: (344/7)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (54/17).

2 ينظر: المرغيناني، بديع المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة: (152/1)، الباري، العناية شرح الهداية: (344/7)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (46/17). ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (384/8).

3 ينظر: بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية: (82/9). الباري، العناية شرح الهداية: (345/7).

4 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (46/17).

3-والقياس على من أثبت ديناً على عبد، أو شراء من ذي يد، فإن المبيع يسلم له ويُردُّ دينه من غير أخذ كفيل من المدعي، مع احتمال ظهور مشترٍ آخر قبله، فلا يؤخر حق الحاضر لتوهم ظهور مستحق آخر هنا، فكذلك الأمر في هذه المسألة.¹

دليل أبي يوسف:

1-أنه ليس في أخذ الكفيل ضرر على الوارث، بل فيه زيادة احتياطٍ، فلا يمنع؛ لأن الواجب على القاضي أن يحتاط لحق الغير، فهو راع لحقوق الناس عليه أن يتعهداها، فلو لم يأخذ كفيلًا من هذا الوارث فلربما ظهر وارث آخر أو غريم للميت فيفوت حق الغير.²

2-وأن الواجب على القاضي أن يصون قضاءه عن الخطأ، وذلك بأن يأخذ كفيلًا من الوارث يستطيع من خلاله مراجعته حال ظهور مستحق آخر.³

4-والقياس على اللقطة والعبد الآبق إذا ادَّعاهما مستحق، فإنها تدفع له بالبينة بشرط أن يحضر كفيلًا.⁴

الترجيح:

مما سبق يتبين لنا رجحان رأي القاضي أبي يوسف؛ لأن فيه زيادة احتياط، فالقاضي مسؤول عن الرعية، كما قال رسول الله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»⁵ كما أنه يجب أن يحترز في قضاائه عن الخطأ، وليس ذلك لحق موهوم، بل لحق مطالب برعايته، خصوصاً وأنه ليس في ذلك ضرر على المدعي.

علماً بقياس هذه المسألة على مسألة أخذ الكفيل لمدعي اللقطة والعبد الآبق ليست على مذهب الإمام بل هي مذهب

1 ينظر: الباقري، العناية شرح الهداية: (345،346/7).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (46/17).

3 ينظر: المرجع السابق: (46/17).

4 ينظر: المرجع السابق: (46/17)، الباقري، العناية شرح الهداية: (344/7).

5 أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح: كتاب الجمعة، باب 10 -باب: الجمعة في القرى والمدن، رقم الحديث (853). مسلم بن الحجاج، الصحيح، كتاب الإمارة، باب 5 -فضيلة الإمام العادل. وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال المشقة عليهم، رقم الحديث: (1829).

الصاحبين، فالإمام غير مسلم لهم بالمقدمات فضلاً عن النتيجة.¹

7.4. المسألة الرابعة: ميراث الغائب على يد من سيترك؟

لو ادعى رجل أن الدار الفلانية هي ملك لأبيه مات وتركها ميراثاً له ولأخيه الغائب، وأثبت ذلك بالبينة، فإنه يعطى حقه من تلك الدار اتفاقاً؛ لأنه خصم عن الميت في إثبات الحق، وقد أثبت ذلك فيأخذ نصيبه، ولكن اختلف الأئمة في نصيب أخيه الغائب عند من سيترك؟ فقال أبو حنيفة -رحمه الله تعالى-: يترك على يد ذي اليد، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى-: إن كان ذو اليد مقراً بالملك للأخ الغائب يترك نصيب الغائب في يده، أما إذا كان منكراً فإنه ينزع من يده، ويوضع على يد عدل يختاره القاضي.²

دليل الإمام أبي حنيفة:

- 1- أن الأخ الحاضر أثبت الملك له ولأخيه الغائب، ولكن الحاضر ليس خصماً عن أخيه الغائب في استيفاء الملك، فحضور الأخ الأول وعدم حضوره لم يؤثر شيئاً في حق استيفاء نصيب الغائب، ولا يمكن للقاضي أن ينزع حصة الغائب في الدار من ذي اليد إلا بحضور خصم يدعيها، ولا خصم حاضر هنا، فلا يستخرج نصيب الغائب من يد ذي اليد.³
- 2- وأن القاضي عندما علم بملك الغائب فعليه أن يسجل ذلك في دفاتر القضاء، حفظاً لحق الغائب ورعاية له، فلا يندرس الحق.⁴

- 3- والقياس على الإقرار، فلو كان ذو اليد مقراً لا يُستخرج نصيب الغائب من يده؛ لأن قضاء القاضي أزال إنكاره، فصار هذا نظيرة الإقرار.⁵

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (46/17).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (47/17)، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (418/2)، ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (46/7) * إذا حضر الأخ الغائب فلا يحتاج إلى إعادة البينة لقيام الحاضر مقامه في إثبات الإرث وإنما عليه أن يثبت أنه وارث الميت.

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (47/17).

4 ينظر: المرجع السابق: (47/17).

5 ينظر: المرجع السابق: (47/17)، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (418/2).

4- وأنه لو أخرج نصيب الغائب من يد ذي اليد فسيضطر إلى وضعها على يد آخر، وذو اليد يقدم على غيره بأن الميت قد اختاره، فهو أولى.¹

5- وأنه إذا أبقى نصيب الغائب عند ذي اليد، كان مضمونا عليه حال الجحود أو التلف أو الغصب-عند من يرى التضمن حال الغصب-وهذا أكثر فائدة للغائب من أن يترك نصيبه في يد عدل آخر؛ لأنه سيكون أميناً على العين، ولا يضمن الأمين إلا بالتقصير.²

دليل القاضي أبي يوسف:

1- أن ذا اليد إن كان مقرا فهو أمين، ولا خطر ولا ضرر في بقاء ذلك في يده، أما إذا كان ذو اليد منكرا، فمن رعاية حق الغائب أن ينتزع القاضي ذلك من يده، عقارا كان أم منقولا؛ خشية أن ينكره مرة أخرى؛ لأنه قد ثبتت خيانتة في المرة الأولى، فلا يأمن مكره مرة ثانية، وهذا استحسان.³

2- وأنه ربما يعجز الغائب عن استيفاء حقه من ذي اليد وقت حضوره؛ لأن الحجة لا تيسر في كل وقت، فالواجب إخراجه من يده.⁴

3- وأن ذا اليد إذا كان منكرا لا يؤمن في تصرفاته على ما تحت يده، بخلاف مالهو كان عدلا.⁵

تنبيه: أن بيئة الأخ الحاضر إنما تعتبر ويقضى بها في حق نصيب الغائب إذا كانت الدعوى دعوى ميراث اتفاقا، أما إذا كانت الدعوى بسبب آخر كالدين مثلا، ففي اعتبار بيئة الحاضر في حق الغائب خلاف عند الحنفية يراجع في بابه.⁶ ويُستدل على اعتبار ذلك في باب الميراث بما روي عن الحسن، وإبراهيم، أنهما قالوا: "إذا شهد شاهدان من الورثة، جاز

1 ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (418/2).

2 ينظر: المرجع السابق: (418/2).

3 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (46/7).

4 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (47/17).

5 ينظر: المرجع السابق: (47/17).

6 ينظر: ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (275/8).

على جميعهم".¹

الترجيح:

أرى رجحان رأي القاضي أبي يوسف القائل: بأن ميراث الغائب يستخرج من يد ذي اليد إذا ظهرت خيانتة؛ لأن فيه مزيداً من الحيطة والحذر مما يحقق المصلحة للغائب؛ لأن ذا اليد عندما أنكر أولاً ربما ينكر ذلك مرة أخرى عند حضور الغائب، وربما يصعب إقامة البينة مرة أخرى، والبينة لا تتيسر في كل وقت، حتى ولو سجلت القضية في ديوان القاضي، فقد يحدث في البلد حوادث تذهب بالسجلات أو تزيل نظام الحكم كاملاً، فالتقلبات التي نعيشها اليوم شاهدة على ذلك، أضف إلى ذلك أن ذا اليد لا يؤمن على ما تحت يده، فقد يتصرف بما يضر بالعين، ولا يرد على ذلك أن ذا اليد هو مختار الأب المتوفى فيرجح؛ لأن الأب اختاره على مظنة أنه عدل يؤتمن على المال، فكل إنسان يبحث عن الأمين لحفظ ماله، فلو علم ما سيكون منه من الخيانة لاختار غيره.

1 الدارمي، السنن: (2048/4). وقال محققه حسين أسد: إسناده صحيح.

8. المطلب السادس: دعوى النسب.

لا بد لنا قبل الشروع في دعوى النسب من أن نبين بعض المقدمات التي تساعد على فهم المسائل التي سترد في هذا المطلب وهي:

تعريف النسب: النسب هو القرابة، ونسبت الرجل إلى أبيه: رفعت نسبه إلى جده الأعلى¹، وانتسب إلى أبيه: اعتزى، وجمعه أنساب، ويكون من جهة الأب ومن جهة الأم.²

ودعوى الاستيلاد: هي أن يكون علوق الحمل -الولد المدعى- قد وقع في ملك المدعي، وهذه الدعوى تعتمد على وقت العلوق، وتنص على الإقرار بالوطء.³

أما دعوى التحرير: هي دعوى تستند إلى الحال ولا تشير إلى الإقرار بالوطء، وهي ألا يكون علوق الولد قد وقع في ملك المدعي؛ لكون الأمة خارج ملك المدعي.⁴

أسباب ثبوت النسب:

ثبوت النسب من طرف الرجل بالفراش، ومعنى ذلك كون المرأة فراشا للرجل يحل له معاشرتها وجماعها، والفراش إنما يثبت بالنكاح، وبملك اليمين إذا كانت الجارية أم ولد لسيدها، أما ملك اليمين إذا لم تكن الجارية أم ولد فلا بد لثبوت الفراش فيه من الدعوى، أما مجرد الملك فلا يجعلها فراشا، وفي فراش الملك لا فرق بين أن يكون مالكا لكل الأمة أو لبعضها، أو مالكا لرقبة الأمة أو وليدها، فمتى ادعى نسب ولد منها يثبت ويضمن لشركائه نصف القيمة، ونصف العقر -وهو ما يقابل المهر في النكاح الصحيح-⁵، كما أن إقرار الرجل أن الولد منه بسبب الزنا لا يجعله منسوباً إليه؛ لعدم الفراش؛

1 ينظر: ابن منظور، لسان العرب: (755/1).

2 ينظر: الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 602/2

3 ينظر: المرجع السابق: (244/6).

4 ينظر: المرجع السابق: (244/6).

5 ينظر: المرجع السابق: (244/6).

لأن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»¹، أما من طرف المرأة فهو بالولادة.²

8.1. المسألة الأولى: ادعاء النسب من أكثر من واحد.

قد يدعي نسب الولد أكثر من رجل أو أكثر من امرأة، فهل يثبت النسب من أكثر من واحد؟

8.1.1. ادعاء نسب الولد من أكثر من رجل:

إذا ادعى النسب أكثر من رجل فإما أن يدعوه بسبب الملك أو بغيره، كأن يدعوا نسب اللقيط مثلاً، فإن ادعوه بسبب الملك، كأن كانوا شركاء في جارية فجاءت بولد وادعاه كل منهما، أو ادعى اثنان نسب اللقيط، فإن نسبته يثبت من كليهما؛³ لأن سبب استحقاق النسب من قبل الرجل هو الفراش، ويجب أن ينضم إليه الدعوة في فراش الملك وقد وجدت، بقي المشكل هو اشتراكهما في المحل، ولكن لا فرق في فراش الملك بين أن يكون مالكا لكل الأمة أو لبعضها، أو مالكا لرؤية الأمة أو ليدها، فمتى ادعى نسب ولد منها يثبت ويضمن لشركائه نصف القيمة ونصف العقر، وإن كان القياس أن ينسب لكل واحد من الشركاء قدر حصته، ولكن لما كان النسب مما لا يحتمل التجزئة أثبتنا نسبه من كل منهما على الكمال ضرورة؛ لأن سبب استحقاق النسب لكل من الشريكين هو أصل الملك وقد وجد؛ لما روي أنه "وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلمت الجارية فلم يدر من أيهما هو، فأتيا عمر يختصمان في الولد، فقال عمر: ما أدري كيف أقضي في هذا؟ فأتيا عليا فقال: هو بينكما يرثكما وترثانه، وهو للباقي منكما، فهذا حكم بالولد لمدعييه جميعا، حيث جعله ابنهما، ولم يحتج في ذلك إلى قول القافة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله".⁴

أما لو ادعى النسب ثلاثة شركاء أو أكثر، فهل يثبت النسب منهم جميعا أم لا؟ قال الإمام أبو حنيفة: يثبت من الجميع ولو كثروا، وتكون الجارية أم ولد لهم، إلا أنه في مسألة اللقيط حده بخمسة، وذكر أن زفر والحسن قالا بذلك، وقال أبو

1 أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح: كتاب البيوع، باب 3 - تفسير المشبهات، رقم الحديث (1948).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (244/6).

3 ينظر: المرجع السابق: (244/6).

4 أبو جعفر الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي المصري، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ط: ١ / ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م: (164/4). وذكر في نصب الراية (3/ 291): أن البيهقي ضعفه.

يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين، وقال محمد: يثبت من ثلاثة فقط.¹

وجه قول الإمام أبي حنيفة:

أن الموجب للنسب هو الملك، فهو لا يفرّق بين اثنين أو خمسة، والفصل بين عدد وعدد تحكم من غير دليل، وهو كذلك بينهم ولو اختلفت حصصهم؛ لأن سبب النسب هو أصل الملك، وليس صفة المالك.²

أما في اللقيط فيمكن أن يقال إن السبب هو اشتراكهما في الدعوة، مثل النساء اللواتي يدعين النسب.

دليل أبي يوسف:

أن ثبوت النسب من أكثر من رجل مستحيل، ولكن تركنا هذا القياس بسبب ورود النص الآنف الذكر-حديث سيدنا علي-فبقي حكم إثبات النسب من أكثر من اثنين على هذا القياس.³

8.1.2. ادعاء النسب من أكثر من امرأة:

قال الإمام أبو حنيفة: يقبل النسب من أكثر من اثنتين ولو كثرن، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز النسب من المرأتين أبدا.⁴

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن المقصود من النسب هو حكمه-كالخضانة والنفقة والميراث-لا عينه، وهذا الحكم مما يقبل الاشتراك، والقول بصحة إثبات النسب إنما هو كناية عن إثبات الحكم اللازم عنه، لا أنه إثبات أن يكون للولد أكثر من أم، فإن ذلك محال، مثل ما لو قال لعبد هو أكبر منه سنا هو ابني فإنه يعتق؛ لأنه يجعل ذلك كناية عن قوله: له حكم ابني.⁵

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (71/17).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (244/6).

3 ينظر: المرجع السابق: (244/6).

4 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانوري، الفتاوى المالكية أو الفتاوى الهندية: (139/4)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (71/17).

5 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (71/17). لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانوري، الفتاوى المالكية أو الفتاوى الهندية: (139/4).

2- وأن سبب ثبوت النسب هو الدعوة، وقد وجدت من كل واحدة منهما، وما قاله الصحابان -مما سيمر في دليلهما- من أن الحكم متعلق من جانبهن بالولادة، فهو صحيح في موضع يمكن فيه ذلك، أما حال تعارض دعواهما فلا يمكن، فيبقى الحكم متعلقا بالدعوة، وبما أنها ثبتت من الجميع، فيثبت نسبه منهن جميعا.¹

ويمكن أن يستدل للإمام بما أخرجه عبد الرزاق عن الثوري "في المرأتين تدعيان الولد هو لهما جميعا مثل الرجال يدعون الولد".²

وجه قول أبي يوسف:

1- أنه لا يصح إثبات النسب من أكثر من امرأة أبدا؛ لأن ثبوت الأمومة للمرأة تكون بسبب الولادة، وهي مما لا يقبل الاشتراك، والولادة سبب يمكن الاطلاع عليه حقيقة، بخلاف ثبوت النسب من الرجلين فهو بسبب الفراش، وعلى ذلك لو أقامتا البينة رُدَّت دعواهما؛ لليقين بأن إحداها كاذبة.³

2- وللقاعدة القائلة ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس، فلا يمكن إثبات النسب من المرأتين قياسا على ثبوت النسب من الرجلين.⁴

الترجيح:

من خلال ما سبق يتبين لنا أن الإمام أبا حنيفة اعتبر أن المقصود من إثبات النسب هو إثبات حكمه لا حقيقة؛ لذلك اعتبر أن ادعاء الرجلين أو المرأتين للولد عند التعارض سبب كاف لاشتراكهما في النسب حكما، وكأن الإمام أبا حنيفة لم يتوقف على النص المروي عن سيدنا علي، بل اعتبر أن ادعاء النسب من أكثر من واحد مثل ادعاء أكثر من رجل ملك شيء ما فإنه يجعل بينهما حال كونهما خارجين.

أما أبو يوسف فإنه يقصد بإثبات النسب إثبات حقيقة، ولما كان الولد يتخلق من ماء رجل واحد، ويولد من امرأة

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (253/6). شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (71/17).

2 عبد الرزاق الصنعاني، المصنف: (362/7).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (253/6)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (71/17).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (244/6).

واحدة، قال باستحالة إثبات النسب من أكثر من امرأة أو أكثر من رجلين، وخصه بالرجلين لورد النص-حديث سيدنا علي-الذي يستثني الرجلين.

وإني أميل إلى رأي الإمام أبي حنيفة؛ لأن حديث سيدنا علي وهو حديث ضعيف، وهو اجتهاد منه، وهو سير على قواعد التعارض في الدعوى، أن المدعين إذا استويا في السبب فإنهما يستويان في الاستحقاق، وقد روي مثل ذلك عن الثوري، رحمه الله تعالى، ولأن المقصود من إثبات النسب ثبوت حكمه من الحضانة وغيرها، وفي ذلك مصلحة للولد.

علما أن أبا يوسف ومحمد قالا بالاشتراك في الحكم مع استحالة الحقيقة في دعوى النكاح، وذلك إذا أثبت كل واحد من الخارجين بالبيئة أن الدابة المتنازع فيها نتجت من ناقة، قالا بأنها تكون بينهما نصفين¹، فهما هناك أثبتا الاشتراك في الحكم مع استحالة أن تنتج الناقة من أكثر من أم على الحقيقة، والإمام أبو حنيفة يقول به هنا، والنسب يثبت من المرأتين بالولادة، ولكن حال التعارض لا يمكن أن يُعلم ذلك، فيبقى الولد مجهول النسب، وهو محتاج إليه، ومضرة عدم النسب أشد من مضرة الاشتراك فيه؛ لذلك يراعى أعظم الضررين بارتكاب أخفهما.

8.1.3. نسب الخنثى:

إذا اختلفا في نسب الخنثى اللقيط فادعى أحدهما أنه ابنه، وقال الآخر: إنه ابنته، وأثبت كل واحد دعواه بالبيئة فينظر: إن كان يبول من مبال الرجال فهو ذكر، ويثبت نسبه من الذي ادعى أنه ابنه؛ وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى، ويثبت نسبه للذي يدعي أنه ابنته؛ لما روي أن سيدنا علياً -رضي الله عنه- سُئِلَ عن ميراث الخنثى فقال: "إن بال من مجرى الذكر فهو غلام، وإن بال من مجرى الفرج فهو جارية"² فتبين أن جنس الخنثى يعرف بذلك. أما إذا كان يبول من المبالين فالمعتبر هو أسبقهما خروجاً، فإذا كان بوله من مبال الرجال أسبق فهو ذكر، ويعطى لمدعيه أنه ابنه، وإن كان بوله يسبق من مبال النساء فهو أنثى ويعطى للآخر³، وقد روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: "إن بال

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (71/17).

2 أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى: (595/12).

3 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانبوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (438/6)، فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (447/13).

منهما جميعا يورث من حيث يسبق".¹

ولكن إذا كان يبول من المبالين بنفس الوقت، لا سبق لأحدهما على الآخر؟ فعند الإمام أبي حنيفة يثبت النسب لكليهما، وقال أبو يوسف ومحمد: المعتبر أكثر الحالين.²

وجه قول الإمام أبي حنيفة:

أن العلامة المرجحة لكونه ذكرا أو أنثى هي المبال، وقد استوت، فكذلك استويا في الاستحقاق، فثبت النسب لهما، علما أن المقصود من ذلك هو حكم النسب.³

وجه قول أبي يوسف ومحمد:

أن المعتبر أكثر الحالين، فإن كان أكثر بوله من مبال الرجال فهو ذكر، ويثبت نسبه من الأول، وإن كان أكثر بوله من مبال الإناث فهو أنثى، ويثبت لمديها أنها ابنة له.⁴ تنبيه: إذا كان الخنثى يبول من المبالين على السواء، لا أكثرية لأحدهما على الآخر، فهو مشكل عند الإمام أبي حنيفة وعند الصاحبين.⁵ وفي حال الإشكال قال الكاساني في البدائع: "ينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعا".⁶

8.2. المسألة الثانية: ادعاء الملاعن ولد البنت المنفية بعد وفاتها.

إذا نفى الرجل بنتا ولاعن أمها، ثم كبرت هذه البنت فتزوجت وولدت ذكرا أو بنتا وماتت، فتراجع الرجل عن لعانه وأعلن كذبه وادعى الولد، فهل يصح ادعاء الجد الملاعن نسب هذا الولد الذي أتت به البنت المنفية أم لا؟ قال الإمام أبو حنيفة: لا يُصدّق الملاعن في دعواه، ولا يثبت النسب منه، ولا يرث، ويجلد لإقراره أنه كان قاذفا لها في

1 أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى: (596/12).

2 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (447/13)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (253/6)

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (253/6)

4 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (166/17).

5 ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء: (375/3)، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرغبوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (438/6).

6 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (253/6)

اللعان، وقال أبو يوسف ومحمد: يصدق ويرث ولكن يضرب الحد. أما لو لاعنها في ذكر ثم ادعى ولده أو بنت حية ثم ادعى ولدها فإن النسب يثبت باتفاق الأئمة، ولو جنى الولد المدعى -قبل أن يدّعيه- فعقل عنه قوم أمه، يرد عليهم قوم الأب ما أدوه.¹

دليل الإمام أبي حنيفة:

أن ادعائه الآن هو طمع في المال وليس إقرارا بالنسب، فالولد ينسب إلى أبيه وقوم أبيه لا إلى أمه، ولأن الولد يشرف بنسب أبيه؛ فإبراهيم ابن النبي ﷺ شرف بنسب أبيه مع أن أمه قبطية، وكذلك أولاد الخلفاء شرفوا بنسب آبائهم مع أن أمهاتهم إماء، وإذا كان نسب الولد لأبيه وقوم أبيه فهو لا ينسب إلى قوم أمه، فلا ينفع إكذاب الملاعن نفسه في ادعاء نسب ابن البنت، بخلاف مالهو كان الملاعن يدعي نسب ابن الابن.²

دليل أبي يوسف:

- 1- أن الولد هو خلف عن أمه، فكما أن نسب أمه يثبت لو كانت حية، فكذلك يثبت نسبه هو، ولأن ولد البنت هو بعض البنت، فكما أن البنت المنفية بحاجة للنسب، فكذلك ولدها بحاجة للنسب، فصح ادعاء نسبه.³
- 2- وأن انتسابه إلى جده من أمه يفيد هذا الولد، فكما أن الولد يتشرف لشرف نسب الأب، فكذلك يتشرف بشرف نسب أم معلومة النسب، فيصير كريمة من طرف الأب وطرف الأم.⁴
- 3- قياس أب الأم على أب الأب، فأب الأم يسمى أبا في الحجاز فهو مثل أب الأب، ففي أب الأب يثبت نسب الولد

1 ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد، الأصل المعروف بالمبسوط، تحقيق: أبو الوفا الأفعاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي: (287/4)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (223/9)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (159/17) * في هذا الموضع من المبسوط ذكر السرخسي أن الذي لم يجز التصديق هو الإمام أبو حنيفة وأن أبا يوسف ومحمد أجازا النسب، وذكرها كذلك في المبسوط بهذه الصورة في (124/8) وفي (106، 107/17)، ولكن في المبسوط (53، 52/7) ذكر صورة المسألة على أن الإمام أبو حنيفة أجاز ذلك وأن الصاحبين لم يجزها، علما أنها في المحيط وغيره من المصادر، حتى صاحب المبسوط ذكرها في موضعين أن صورة المسألة كما بينتها أولاً.

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (159/17).

3 ينظر: ابن مائة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (275/9).

4 ينظر: المرجع السابق: (275/9).

من الجد بعد وفاة أبيه، وهنا يثبت نسب الولد ولو بعد وفاة أمه.¹

الترجيح:

من خلال ما سبق يتضح لنا أن أبا يوسف قاس ثبوت نسب ولد البنت على ثبوت نسب ولد الولد المنفي باللعان؛ الجامع الحاجة إلى النسب في كليهما، وإن كان ذلك في ولد الولد المنفي أشد، فيثبت هناك عند الجميع فكذلك ولد البنت، أما الإمام أبو حنيفة فلم ير أن الجد أبا الأم مثل الجد أب الأب، فالنسب المحتاج إليه هو ما كان من طرف الرجال؛ لذلك قال إن ابن الملاءنة بعد موتها غير محتاج إلى النسب من قبل أمه، ولقد قال الإمام أبو حنيفة في ادعاء الجد ولد البنت الملاءنة كما قال في ادعاء البائع ولد البنت المبيعة (حال موت البنت المبيعة أو عتقها) فلم يجز النسب، لكن أبا يوسف لم يحمل إثبات نسب ولد البنت المبيعة على إثبات ولد البنت الملاءنة أمها، وذلك لأن سبب النسب في الملاءنة كان قائما بالفراش، وهو وإن لم يثبت يبقى موقوفا على حق الملاءن، فلا يصح أن يدعي أحد نسب الولد المنفي بالملاءنة؛ لقيام فراش غيره، ففي الملاءنة يبقى النسب في ولد الولد كما يبقى في حق الولد، فيصح إظهاره وادعائه، أما نسب ولد المبيعة فليس ثابتا من البائع لعدم السبب، ولا موقوفا على حقه، فلو ادعاه المشتري يثبت منه، فلا يثبت النسب من البائع في ولد المبيعة ابتداء إلا ببقاء أصلها وهي أمها، فإذا ماتت أمها ثم ادعى نسبها لم يثبت، بخلاف ولد المبيع لأنه ينسب إليه بالبنوة.²

ويعمل الباحث إلى رأي أبي يوسف ومحمد؛ لأن ذلك يبرئ الأم التي لاعنها، ويساعد على رفع وصمة العار التي تسيء إلى سمعة العائلة كلها، ولو بعد وفاة المرأة الملاءنة، ولأن الإنسان يشرف بنسب أمه كما يشرف بنسب أبيه.

ويلحق بهذه المسألة:

8.2.1. هل يجوز للسيد أن ينفي ولد أمته ديانة بعد أن وطنها؟

لو وطئ السيد الأمة وعزل عنها، أو لم يعزل عنها، ولكنه لم يحصنها، ثم جاءت بولد فإن الولد لا يثبت منه قضاء إذا

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (159/17).

2 ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، الأصل المعروف بالمبسوط: (239،240/5)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (106،107/17).

لم يدعه، ولكن هل له أن ينفي الولد ديانة، قال الإمام أبو حنيفة: يجوز له أن ينفي الولد ديانة، وقال أبو يوسف: لا يجوز له أن ينفي الولد، وقال محمد: الأفضل أن يعتق الولد؛ لاحتمال أنه منه فيكون حراً؛ كي لا يقع في استرقاق الحر، وأن يستمتع بالأم إلى قبيل موته ثم يعتقها؛ لأنها ربما تكون أم ولد، وأم الولد تستحق الحرية بموت السيد.¹

دليل أبي حنيفة:

أنه عندما لم يحصنها أمكن أن يكون الولد من غيره، فثبت الولد منه مشكوك فيه، فما لم يتيقن من ثبوته منه يجوز نفيه؛ وذلك لأن غير الثابت بيقين لا يثبت حكمه بالشك، فهو إذاً يحتمل أن يكون منه، ويحتمل أن يكون من غيره؛ فلذلك لا يصح ادعاء الولد كما لا يصح نفيه، فيعتق الولد.²

ويستدل له بما روي عن خارجة قال: "كان لزيد بن ثابت جارية فارسية يطؤها، وكانت تحزن له فحملت، فقال: ممن حملت؟ فقالت: منك، فقال: كذبت، لقد قتلت، يقينا ما وصل إليك مني ما يكون منه الحمل، وما أطوك إلا أن أستطيع نفسك؛ لأنك تحزين لي، فلما وضعت جلدتها، وأعتق ولدتها".³

وبما روي عن حماد، قال: "إذا تبين حمل سريته، فله إنكاره ما لم يقر به بعدما تضع، وإن كان قد أقر بالحمل، ثم أنكره بعدما تضع فله ذلك".⁴

وجه قول أبي يوسف:

أنه لما وطئها ولم يعزل عنها احتمل أن يكون الولد قد تخلق من مائه، ومع هذا الاحتمال لا يجوز له أن ينكره بعد ذلك، ويستدل له بما روى مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر، أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: "أبما وليدة

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (244/6)، فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (358/13).

2 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (244/6).

3 سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (92/2). وقال محمد بن مبارك حكيمي في العتيق مصنف جامع لفتاوى أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم: صحيح، وأبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار: (3/116). بلفظ: "كان يعزل عن جارية فارسية، فحملت بحمل، فأنكره وقال: إني لم أكن أريد ولدك، وإنما أستطيع نفسك، فجلدتها، وأعتقها وأعتق الولد"

4 أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف: (40/4).

ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها، وهو يستمتع منها، فإذا مات فهي حرة".¹

8.3. المسألة الثالثة: ادعاء المولى النسب بعد أن أقرَّ به للغير.

إذا أقر المولى أن الولد الذي أتت به أمته هو من زوج معروف، ثم ادعى المولى الولد، فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يصدقه المقر له فينسب إليه، فلا يجوز أن يدعيه المولى لنفسه بعد ذلك، أو أن يسكت المقر له فلا يجوز له أيضا أن يدعيه المولى لبقائه موقوفا على حق الغير، مثل ولد الملاعنة، أو أن يكذبه المقر له، وفي هذه الصورة اختلف الأئمة: فعند الإمام أبي حنيفة يعتق الولد، ولكن لا يصح نسبه من المولى، أما عند أبي يوسف ومحمد فإن الولد يعتق ويصح نسبه.²

دليل أبي حنيفة:

1- أن إقرار المولى بالنسب للغير يشتمل على شيئين الأول: أنه أقر بأن نسب هذا الولد هو للغير، والثاني: اعترافه أنه لا حق له في ادعاء هذا النسب، فإذا أكذب المقر له هذا الإقرار بطل عندئذ حق المولى لا حق المقر له؛ لأن المولى إنما يملك إبطال حق نفسه فحسب، ولا يملك إبطال حق الآخر، بل إن حق المقر له يبقى ثابتا، ولكن الحكم به موقوف إلى حين تصديقه، فإن صدق ثبت، وإن كذب بقي موقوفا، مثل ولد الملاعنة يبقى نسبه موقوف، فإن ادعاه الملاعن يصح منه، أما إذا ادعاه غيره فلا يصح، أو نقول إن إقراره يكون حجة عليه، ولو لم يعمل به من قبل الغير، فلو أقر مثلا بأن عبد الغير حر، وكذبه مولى ذلك العبد، ثم انتقل ذلك العبد إلى ملكه فإنه يعتق عليه؛ اعتبارا لذلك الإقرار.³

2- وأن النسب مما لا يقبل الإبطال بعد ثبوته في حق الغير، وما كان كذلك فإنه لا يرتد بالرد.⁴

دليل أبي يوسف:

1 مالك بن أنس، الموطأ: (2/ 776)، وأبو بكر البيهقي، السنن الكبرى: (517/21).
2 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (422/13)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (306/8) * لا فرق بين أن يكون المدعى له حاضرا أو غائبا وبين أن يكون الولد في يده أو ليس في يده.
3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (112/17)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوفاية: (223، 224/6).
4 ينظر: المرجع السابق: (224).

1- أنه بتكذيب المقر له ثبت عدم صحة إقرار المولى، فيبقى الولد بلا نسب، وهو محتاج إلى النسب؛ لذلك يصح ادعاء المولى، ولأن إلحاقه به لا يتعرض لحق أحد، بل هو مفيد للولد لحاجته للنسب.¹

2- قياس هذه المسألة على مسألة إقرار المشتري بالولاء للبائع، فلو كذبه البائع ثم ادعى المشتري الولاء فإنه يصدق، والولاء مثل النسب في كونه لا يحتمل الإبطال بعد الحكم به؛ لقول النبي ﷺ: «الولاء لحمه كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب»² وكما أنه في مسألة الإقرار بالولاء يبطل إقرار المشتري وكأنه لم يكن، كذلك في مسألة ادعاء النسب.³

3- وأن الإقرار بالنسب مما يرتد بالرد، أي أن المقر له لما رد إقرار المدعي النفي الإقرار؛ لأن الإقرار بما لا يحتمل الإبطال -مثل النسب والولاء- ملحق بالإقرار بما يحتمل الإبطال -مثل الإقرار بالبيع- في الحكم، وعليه لو أقر بالطلاق مكرها لا يقع، مثل ما لو أقر بالبيع مكرها لا ينعقد، وبما أن النسب مما لا يحتمل الإبطال والنقض، فهو إذا مما يرتد بالرد.⁴

4- وقياس مسألة ثبوت النسب للمولى بعد تكذيب المقر له على ثبوت النسب من الملاءن بعد إكذاب نفسه، بجامع أن في كلا الحالتين نفيًا للنسب عن نفسه ثم ادعاء النسب لنفسه، فكما صح في ولد الملاءنة يصح هنا كذلك.⁵

الترجيح:

سبب الخلاف في هذه المسألة، هل الإقرار يرتد بالرد أما لا؟ فلا إمام أبو حنيفة يرى أن الإقرار لا يرتد بالرد، ولا يقبل الإبطال في حق الغير، لإقراره حجة عليه وإن كذبه المقر له، أما الإمام أبو يوسف فيرى أن الإقرار يرتد بالرد، ويبطل حكمه كلياً في حق المقر والمقر له، واعتبر الإمام أبو حنيفة أن قياس انتقال النسب على انتقال الولاء -في مسألة إقرار المشتري بالولاء للبائع- قياس مع الفارق؛ لأن الولاء أثر من آثار الملك، وبما أن أصل الملك يمكن نقله من شخص إلى آخر، فكذلك أثر الملك -وهو الولاء- يمكن نقله، ولكن لما لم يكن سبب الولاء -وهو العتق- ثابتاً في مسألتنا من البائع،

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (111، 112/17).

2 أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف: (375 / 11). الدارمي، السنن: (4 / 2019) وقال محققه حسين أسد: رجاله ثقات.

3 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (307/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (223/6).

4 ينظر: المرجع السابق: (223/6).

5 ينظر: المرجع السابق: (223/6).

كان إذاً محتمل الثبوت من المشتري، فإذا أثبتته لنفسه يثبت منه، بخلاف النسب،¹ فإن اعتباره موقوفاً؛ لأن النسب من حقه، ولا يؤثر تكذيب المقر له في إثبات صحة دعوى المقر فيما بعد؛ لأنه بإقراره للغير أسقط حق نفسه، والساقط لا يعود، ولأن المقر يسعى في إبطال ما أنشأه من الإقرار، وذلك لا يصح، ولأن تكذيب المقر له لا يبطل الفائدة الأولى التي أدلى بها المشتري، وهي أن نسب هذا الولد من الغير، فتعلق به حق المقر له وحق المقر به وهو الولد.²

وإلى رأي أبي يوسف أميل جرياً على مذهب الفقهاء فإنهم تغاضوا-على الأغلب-عن التعارض في باب النسب.

وبرأي الإمام أبي يوسف أخذت مجلة الأحكام العدلية، حيث ورد في المادة [1580] "لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ولكن يرتد برده ولا يبقى له حكم".³

وجاء في المادة [1587] "يلزم المرء بإقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين، ولكن إذا كُذِّبَ بحكم الحاكم فلا يبقى لإقراره حكم".⁴

ويلحق بهذه المسألة مسألتان:

8.3.1. ادعاء النسب بعد الشهادة به للغير:

لو شهد بالنسب للغير ثم ادعى النسب لنفسه على نفس الخلاف المتقدم في مسألة ادعاء النسب بعد الإقرار به للغير.⁵

8.3.2. ثبوت نسب ولد الزوجة الصغيرة إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر:

إذا طلقت المرأة الصغيرة ثم جاءت بولد، فالمسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن تدعي الحبل ثم تلد لمدة أقل من سنتين لتاريخ البينونة أو الوفاة، أو تلد لسنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق الرجعي، ففي هذه الحالة يثبت نسب الولد من الزوج؛ لأنها بالحمل ظهر أنها كبيرة وليست صغيرة، فحكمها حكم الكبيرة، وأما الثاني: أن تقر بأن عدتها قد انقضت

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (112/17). ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (308/8).

2 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (308/8).

3 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1580: (ص: 309).

4 المرجع السابق، المادة: 1587: (ص: 311).

5 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (112/17).

سواء أكانت عدة وفاة أو عدة طلاق، ثم تلد بعد مضي أكثر من ستة أشهر من تاريخ الفرقة فلا يثبت النسب أيضاً، أما الثالث: فهي أن تبقى ساكنة، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من تاريخ الفرقة يثبت النسب من الزوج، أما إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الفرقة، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد لا يثبت النسب منه، وقال أبو يوسف: يثبت النسب إذا ولدت لسنتين من تاريخ الطلاق البائن، أو سنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق الرجعي، بخلاف المتوفى عنها زوجها فإنها إذا لم تصرح بانقضاء عدتها لا يحكم بانقضائها اتفاقاً.¹

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أنه ثبت لدينا صغرُها، وما حكم بثبوته لا يحكم بزواله مالم يقم على ذلك دليل، وعدة الصغيرة هي ثلاثة أشهر، فإذا مضت ثلاثة أشهر صار حكمها كأنها أقرت بانقضاء عدتها، فإذا ولدت لأكثر من ستة أشهر من انتهاء العدة دلّ ذلك على أن هذا الحمل لم يكن قد حصل من الزوج؛ لأنها لم تكن قابلة للحمل بسبب الصغر، ولأنها مدة حمل تام؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفُصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَفُصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾³ فأقل مدة حمل هي ستة أشهر.⁴

2- وأن الصغيرة لا تقاس على الكبيرة، فالكبيرة لا يحكم بانتهاء عدتها مالم تقرر، أما الصغيرة فبسبب صغرها حكم بانقضاء عدتها، إلا إذا أقرت بالحبل، وهي بقيت ساكنة ولم تقرر، بل إنه عند الإمام أبي حنيفة لا يثبت النسب من الكبيرة إذا لم يكن الحبل ظاهراً وولدت لأقل من سنتين، إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أما عند أبي يوسف فيثبت ولو شهدت به القابلة فقط، وكذلك عند محمد.⁵

دليل أبي يوسف:

1- أن الصغيرة يحتمل أن تكون قد حملت ولم تعلم بذلك، فإذا لم تقرر بأن عدتها قد انتهت لا نحكم بانقضاء عدتها،

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (213/3)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (166/17).

2 سورة الأحقاف، الآية: 15.

3 سورة لقمان، الآية: 14.

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (213/3).

5 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (166/17).

مثل المتوفى عنها زوجها.¹

2- وأن العلوق يمكن أنه قد حصل بسبب النكاح الذي كان بينهما؛ لأن انقضاء عدة الصغيرة يكون بالأشهر إلا إذا كانت حاملاً، فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل، وقلنا إنها صغيرة؛ لأن الحمل أمر خفي لا يمكن أن يعرف إلا بإقرارها، فعندما سكنت أولاً حملناها على الأصل، وهو كونها صغيرة، أما عندما ولدت لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة تبين أنها قد بلغت، فينسب الولد للزوج؛ لأن البلوغ أمر خفي، والخفي لا تناط به الأحكام ما لم يظهر دليل عليه مثل الإقرار به.²

8.4. المسألة الرابعة: أخبرت ب وفاة زوجها فتزوجت، ثم عاد الأول وأدعى الزوجة والولد.

أخبرت امرأة بأن زوجها قد مات فاعتدت، ثم تزوجت من زوج آخر فأنجبت بعد زواجها منه، ثم عاد الزوج، فهل يقضى له بالزوجة والولد أم لا؟ وكذلك لو ادعت انقضاء عدتها من طلاق وتزوجت فأنكر الزوج الأول، ومثلها لو أن امرأة أسرت فتزوجها حربي وولدت، ثم استنقذها المسلمون، فلمن يكون الولد في الجميع؟

قال أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- في قوله الأول: الولد للزوج الأول على كل الأحوال، سواء أكانت الولادة قبل ستة أشهر أو بعدها، أما الرواية الثانية عن أبي حنيفة: أن الأولاد للزوج الثاني، وقال أبو يوسف: إذا أنجبت لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني فالولد للأول، أما إذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر فالولد للثاني، وقال محمد: ينسب الولد للأول إذا ولدت لسنتين أو أقل منذ وطئها الثاني، أما إذا ولدت لأكثر من سنتين من دخول الثاني فهو له، وأجمع الأئمة على أنه يجب أن يفرق بينها وبين الثاني، وأن الأول لا يقربها إلا بعد أن يستبرأها بالعدة.³

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (214/3).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (165/17).

3 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (415/13)* وذكر أن أبا حنيفة رجع إلى القول بأن الأولاد للثاني على كل حال ولو كان الزوج الثاني حاضراً، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانجوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (140/4)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (215/3)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (163، 162/17)* لكن في المبسوط في (162/17) ذكر أن من مذهب أبي يوسف أنها إذا ولدت لتمام ستة أشهر فالولد للزوج الأول، لكن الإمام الكاساني في البدائع: (215/3) وابن مازة في المحيط: (335/9) نقلاً: أن مذهب أبا يوسف أنها إذا ولدت لتمام ستة أشهر أن الولد للثاني.

دليل أبي حنيفة:

1- أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»¹ والفراش المعتبر هو الفراش الصحيح، والزوج الأول هو صاحب الفراش الصحيح، أما الزوج الثاني ففراشه فاسد، والفساد لا يقوى على معارضة الصحيح، بل إن هذا الزوج الثاني يجب فسخه، ويجب أن ترد الزوجة إلى الأول.²

2- وأن النكاح الفاسد لا يعارض الصحيح، وهو غير مثبت للحل، مثل ما لو زوج السيد أخته من آخر فولدت، فإن النسب يثبت من الزوج لا من المولى، حتى لو ادعاه المولى؛ لأن ملك اليمين لا يقوى على معارضة النكاح الصحيح، وأن النكاح الصحيح سبب قوي للنسب، حتى لو نفى الزوج الأول الولد فإنه يبقى موقوفاً عليه ولا يصح أن يدعيه غيره، فلو عاد وادعاه صح ولم يجلد في هذه الحالة؛ لأنها لم تعد محصنة حين دخل بها الزوج الثاني بهذا النكاح الفاسد.³

دليل أبي يوسف:

1- أن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، وأنه يمكن إلحاقه بالزوج الأول صاحب الفراش الصحيح، قياساً للفساد على الصحيح، أما إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر من زواجها الثاني فهو للزوج الثاني؛ اعتباراً للظاهر إذ الزوج الثاني هو الذي يعاشرها.⁴

2- وأن نكاح الثاني وإن كان فاسداً إلا أنه فراش يثبت به النسب؛ لأن النسب الأول الصحيح قد انقطع باعتراض النكاح الفاسد، والدليل على اعتبار هذا النكاح الفاسد أن الزوج الأول لا يمكن أن يقربها حتى تستبرئ رحمها بالعدة، كي لا يختلط ماء الزوج الثاني بغيره، وما ذلك إلا لكون النسب في تلك المدة -أي بعد ستة أشهر- يثبت من الزوج الثاني.⁵

1 أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح: كتاب البيوع، باب 3 - تفسير المشبهات، رقم الحديث (1948).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (161، 162/17).

3 ينظر: المرجع السابق: (162/17).

4 ينظر: ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (335/9)، شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (162/17).

5 ينظر: المرجع السابق: (162/17)، ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: (335/9).

3-حديث عبيد الله بن الحر أنه "تزوج جارية من قومه، يقال لها الدرداء، زوجها إياه أبوها، فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية فأطال الغيبة عن أهله، ومات أبو الجارية، فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم، فخاصمهم إلى علي، فلما دخل على علي قال له: لحقت بعدونا وظهرت علينا، وفعلت وفعلت، فقال: أو يمنعني ذلك عندك من عدلك؟ قال: لا، فقصوا عليه قصتهم، فرد عليه المرأة، وكانت حاملا من عكرمة، فوضعها على يدي عدل، فقالت المرأة لعلي: أنا أحق بمالي أو عبيد الله؟ قال: بل أنت أحق بذلك، قالت: فاشهدوا أن كل ما كان لي على عكرمة من شيء من صداق فهو له، فلما وضعت ما في بطنها ردها علي على عبيد الله بن الحر، وألحق الولد بأبيه".¹

إلا أن أبا حنيفة قال: الحديث غير مشهور فلا يترك القياس الظاهر لأجله.²

وقال محمد: إذا ولدت بعد دخول الثاني بسنتين أو أقل فهو للأول، أما إذا كانت ولادتها لأكثر من سنتين من الدخول فهو للثاني؛ لأن العدة من الثاني وجبت عليها بسبب دخوله بها، لا بسبب عقد الثاني عليها؛ ولذلك تحرم على الأول إلى أن تنتهي عدتها، مثلها مثل المطلقة لا تنكح حتى تنتهي عدتها، أما التقدير بالسنتين فلأنه إلى حد السنتين يحتمل أن يكون الحمل قد حصل من الأول، فيلحق بالزوج الأول صاحب الفراش الصحيح، أما بعد السنتين فلا يحمل على الأول؛ لأن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين.³

وقال ابن أبي ليلى: الولد للزوج الثاني على كل الأحوال لسببين: أن النكاح الفاسد يثبت به النسب عنده مثل النكاح الصحيح، ولأن الظاهر يشهد للزوج الثاني؛ لأنه هو الذي يطؤها، فكان الولد مخلوق من مائه.⁴

الترجيح:

من خلال النظر في هذه المسألة يتبين لنا أن فقهاءنا لم يختلفوا في أن صاحب النكاح الأول هو صاحب الفراش الصحيح،

1 أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى: (485/15)، أبو بكر البيهقي، السنن الصغير: (149/3)، سعيد بن منصور الجوزجاني، السنن: (179/1).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (162/17).

3 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (215/3).

4 ينظر: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانوري، الفتاوى العالمية أو الفتاوى الهندية: (140/4).

وأن المرأة يجب أن تعتد ثم تعود لزوجها الأول، لكنهم اختلفوا في الأولاد، والراجح هو مذهب أبي يوسف أن الأولاد للزوج الثاني، لأن النكاح الثاني نكاح فاسد، وإن النكاح الفاسد بعد الدخول يترتب عليه أحكام منها: العقر (أي ما يقابل مهر المثل) وكذلك النسب، صيانة لمائه عن الضياع؛ لذلك قال أبو يوسف إذا ولدت بعد نكاح الثاني لأقل من ستة أشهر فالولد للأول؛ لأنه لا يمكن أن يكون من الثاني يقينا، فلا يوجد حمل أقل من ستة أشهر، أما إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر فهو من الثاني، يؤيد ذلك الظاهر؛ لأنه هو الذي يعاشرها، كما يقويه الحديث الذي رويناه، هذا وقد نقل في الفتاوى الهندية أن الفتوى على قول أبي يوسف، وأن بعض الأئمة رجح قول محمد لأنه الوسط بين القولين.¹



1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (336/2)، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البرهانوري، الفتاوى المالكية أو الفتاوى الهندية: (140/4).



9. المطلب السابع: دعوى العقار وخمسة كتاب الدعوى.

9.1. المسألة الأولى: دعوى العقار.

تعريف العقار لغة: هو كل ملك ثابت له أصل، مثل الدار والنخل وغيرها.¹

أما في الاصطلاح فهو كل ملك ثابت له أصل مثل الدار والضيعة.²

هذه المسألة متفرعة عن شرط معلومية المدعى، ومعلومية المدعى تختلف باختلاف الدعوى، ففي دعوى المنقول يأمر القاضي المدعى عليه بإحضار العين المدعاة إلى مجلس القضاء؛ ليتمكن المدعي والشهود من الإشارة إليها.

أما إذا كان المدعى المنقول مما يصعب حمله إلى دار القضاء فإن القاضي أو نائبه يذهب لمعاينة المدعى، هذا بالنسبة للمنقول القائم، أما المنقول الهالك إذا كان قيميا فيكون تعريفه بذكر قيمته، أما إذا كان مثليا فتعريفه بذكر وصفه المنضبط، أما في دعوى العقار وفي الشهادة عليه تتأتى معلومية المدعى التامة من خلال ذكر حدوده الأربعة، وذكر البلد والمحلة والسكة التي فيها العقار؛ لأن ذكر حدود العقار يقوم مقام إحضاره، ويشترط تحديد العقار³ بما لا يتغير كالدور والأراضي والصور والطريق والنهر الذي له مجرى ثابت لا يتحول عنه، كما يشترط في دعوى الملك المطلق في العقار البينة أو علم القاضي لإثبات يد المدعى عليه على العقار؛ خوفا من التزوير،⁴ لكن هل كل عقار يشترط تحديده لصحة الدعوى، أم أن العقار المشهور لا يشترط تحديده؟ وهل إغفال ذكر حد أو حدين يوجب رد الدعوى؟ وهل يشترط ذكر اسم صاحب الحد واسم أبيه وجده؟

1 ينظر: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط: 1/ 1426 هـ - 2005 م: (615/2) اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (99/6).

2 ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار: (546/5) * وقال ابن عابدين في منحة الخالق حاشية على البحر الرائق (198/7): أما الشجر والبناء فإن الفقهاء نصوا على أنها من المنقولات إلا إذا اقترنت بالعرصة فهي عقار، وتثبت فيها الشفعة أيضا، وكذلك البناء إذا كان في الأرض المحتكرة فتثبت فيه الشفعة؛ لأن له قرار فألحق بالعقار، إلا أنه نقل عن المقدسي أنه صرح بأن الشجر عقار، وقد خطأه صاحب البحر في ذلك.

3 بخلاف دعوى ثمن العقار فلا يشترط فيها التحديد حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية 323 المادة (1623) "لا يشترط في دعوى ثمن العقار بيان حدوده".

4 ينظر: الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (511).

9.1.1. أولاً: اشتراط تحديد العقار المشهور.

تعرف هذه المسألة عند الفقهاء بمسألة الدار المشهورة وهي أن العقار إذا كان مشهوراً بحيث يمكن معرفته لكل من المدعي والمدعى عليه والشهود والقاضي من دون ذكر الحدود، هل يشترط تحديده أم لا؟

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا بد من ذكر الحدود ولو كان العقار مشهوراً، وذهب أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- إلى أن دعوى العقار المشهور تصح بدون ذكر الحدود.¹

وجه رأي الإمام أبي حنيفة:

1- أن الشهرة لا تغني عن التحديد؛ لأن قدر العقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد.²

2- وأن الدار ربما تزداد اتساعاً أو تنقص، فلا بد من تعيينها لتعرف بكما لها وعينها.³

وجه رأي القاضي أبي يوسف:

أن الشهرة مغنية عن التحديد.⁴

الترجيح:

يتبين للباحث مما سبق رجحان رأي الإمام أبي حنيفة؛ لأن المعرفة التامة للعقار المدعى إنما تعرف بتحديدده، وذلك لأن الحدود قد تتغير من وقت لآخر ضيقاً واتساعاً، فكان لا بد من تحديد الدار عند الدعوى لتكون الدعوى موافقة لحال الدار وقت الدعوى، هذا وقد رجحت مجلة الأحكام العدلية رأي الصاحبين فنصت في المادة (1623) أنه "إذا كان المدعى به عقاراً لا يشترط بيان حدود العقار إذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرته، وأيضاً إذا ادعى المدعى بقوله: إن

1 ينظر: ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 110)، ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (7/ 197)، الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (511)، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار: (5/ 546)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/ 161). فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (13/ 19).

2 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (8/ 162).

3 ينظر: اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (6/ 98).

4 ينظر: شيوخه زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (2/ 253)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (6/ 98).

العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي تصح دعواه".¹

وبموجب مجلة الأحكام العدلية فإن العقارات المسجلة في سجلات الدولة الإدارية يكفي لصحة الدعوى بها والشهادة

عليها أن يقول: إن هذا العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي عندئذ تصح دعواه.²

9.1.2. ثانياً: ترك المدعي أو الشهود ذكر حد واحد أو حدين.

إذا ترك المدعي أو الشهود ذكر حد واحد أو حدين فهل يكفي ذلك لتحديد العقار وقبول الدعوى؟

طبعاً الكلام هنا عن ترك ذكر حد ما، وليس عن الخطأ في ذكره، إذ لو أخطأ لا يقبل عند الجميع؛ لاختلاف المدعي

به عندئذ.³

فذهب الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- إلى أنه إذا ذكر ثلاثة حدود يكفي ذلك، وذهب القاضي أبو يوسف -رحمه الله-

إلى أنه لو ذكر المدعي حدين تقبل دعواه.⁴

دليل الإمام أبي حنيفة:

1- أن للأكثر حكم الكل، فذكر ثلاثة حدود من أصل أربعة هو ذكر لأكثر حدود العقار، فهو كاف في تعريفه.⁵

2- وأن ذكر ثلاثة حدود كاف لتمييز العقار، وذلك بأن يجعل الحد الرابع بإزاء الثالث حتى ينتهي إلى مبدأ الحد الأول،

وأن الطول يعرف بذكر الحدين، والعرض يعرف بذكر أحدهما، فيكفي ذكر ثلاثة إذاً.⁶

وجه قول أبي يوسف:

أن المقصود من ذكر حدود العقار هو تعريفه، وذلك يتم من خلال ذكر حدين؛ إذا اعتبرنا أن الحد المتروك يتمشى

1 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1623: (322).

2 ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (174/4).

3 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التتارخانية: (13/20).

4 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (222/6).

5 ينظر: نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (28/8).

6 ينظر: المرجع السابق 28/8، ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (199/7). 46/7، الكنوي، عمدة الرعاية على

شرح الوقاية: (99/6)، محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية: (351).

على موازنة الحدود المذكورة حتى يوازئها.¹

وذهب زفر - رحمه الله - إلى أنه لا بد من ذكر الحدود الأربعة لقبول الدعوى؛ لأن المشروط في دعوى العقار تعريفه تعريفا تاما يزيل أي جهالة عنه، وذلك لا يتم إلا بذكر الحدود الأربعة.²

الترجيح:

بما أن المشروط في الدعوى أن يكون المدعى به معلوما، فيجب تعريف هذا العقار تعريفا تاما، وذلك من خلال بيان أكثر الحدود؛ لذلك أرى رجحان رأي أبي حنيفة لأن ترك ذكر حدين - كما قال أبو يوسف - يورث جهالة في المدعى به مما يوجب إبطال الدعوى، لذلك ذهب زفر - رحمه الله تعالى - إلى وجوب ذكر الحدود الأربعة.

علما أنه نقل أن هذه المسألة من المسائل التي يفتى بها بقول زفر، وفي ذلك قال السيد أحمد الحموي³ في منظومته فيما يفتى به من أقوال زفر:⁴

دعوى العقار بما لا بد أربعة من الحدود وهذا بين وجلي
وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الإمام أبي حنيفة، فجاء في المادة (1623) "إذا كان المدعى به عقارا؛ يلزم في الدعوى ذكر بلده وقريته أو محله وزفاه وحدوده الأربعة أو الثلاثة".⁵

9.1.3. ثالثًا: اشتراط ذكر اسم صاحب الحد واسم أبيه وجده.

يتم تعيين الحدود من خلال ذكر اسم صاحب الحد الملاصق للعقار، بأن يذكر البلدة التي فيها العقار ثم المحلة ثم السكة،

1 ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (222/3).

2 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (198/7).

3 هو أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي: مدرّس، من علماء الحنفية. حموي الأصل، مصري. كان مدرّسا بالمدرسة السلিমانيّة بالقاهرة. وتولى إفتاء الحنفية. وصنف كتباً كثيرة توفي سنة: 1098 هـ ينظر: الزركلي، الأعلام: (1/ 239).

4 نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (28/8)، ومما يشار إليه أن العلامة ابن عابدين لم يدرج هذه المسألة في نظمه (المسائل العشرون التي يفتى بها على قول زفر).

5 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1623: (322).

ويذكر في الحد ينتهي إلى كذا أو يلاصق كذا أو لزيق كذا، وإذا كان علوا حدد سفله.¹

ولكن هل يحتاج الأمر إلى ذكر شيء آخر كاسم الأب والجد؟ وهل يكفي التعريف بالحرفة التي اشتهر بها صاحب الحد الملاصق؟

ذهب الإمام أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- إلى أنه لا بد من ذكر اسم صاحب الحد الملاصق واسم أبيه واسم جده، ولا فرق بين كونه مشهورا أو من أغمار الناس، وبناء على ذلك فلا يكفي التعريف بالحرفة، وذهب أبو يوسف -رحمه الله تعالى- إلى أنه يكفي ذكر صاحب الحد الملاصق واسم أبيه، ولا يحتاج الأمر إلى ذكر الجد، وبناء على تصحيح دعوى الدار المشهورة فإن التعريف بالحرفة التي اشتهر بها صاحب الحد الملاصق يكفي في تعيين الحد.²

وجه قول الإمام أبي حنيفة:

أن المشروط هو التعريف وتماحه يكون بذكر الأب والجد.³

دليل أبي يوسف:

أن المقصود هو تعريف صاحب الحد فلا يشترط ذكر أبيه وجده.⁴

ويستدل له بكتاب النبي -ﷺ- للعداء بن خالد بن هوزة، فقد روى عبد المجيد بن وهب، قال: "قال لي العداء بن خالد بن هوزة: ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله ﷺ، قال: قلت: بلى، فأخرج لي كتابا: «هذا ما اشتري العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله ﷺ، اشتري منه عبدا أو أمة، لا داء ولا غائلة ولا خبثة، بيع المسلم المسلم».⁵

الترجيح:

إن في ذكر اسم صاحب الحد المجاور واسم أبيه جده تعريف بأقصى ما يمكن، وهو المقصود في باب الدعوى، وإذا لم يتم

1 ينظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (198/7).

2 ينظر: المرجع السابق: (199/7).

3 ينظر: نجل ابن عابدين، فرة عيون الأختيار تكملة رد المختار على الدر المختار: (30/8).

4 ينظر: المرجع السابق: (30/8).

5 وأبو عيسى الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الكبير أو سنن الترمذي: (503/2)، وقال "هذا حديث حسن غريب" وأخرجه البخاري تعليقا باب البيعان إذا صدقا وبينا: (58/3).

التعريف إلا بذكر حرفة صاحب الحد أو دكانه فلا بد منه، إذ المقصود التعريف به بأقصى ما يمكن، وهذا إذا لم يكن صاحب الحد المجاور معروفاً، أما إذا كان صاحب الحد معروفاً مشهوراً؛ فذكر اسمه واسم أبيه كاف في تعريفه، واشتراط ذكر اسم جده من التطويل المستغنى عنه، وهو رأي أبي يوسف، ولقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الإمام أبي يوسف، فمما جاء في المادة (1623) أنه "إذا كان المدعى به عقاراً يلزم في الدعوى ذكر بلده وقريته أو محلته وزقاقه، وحدوده الأربعة أو الثلاثة، وأسماء أصحاب حدوده إن كان لها أصحاب مع أسماء آبائهم وأجدادهم، لكن يكفي ذكر اسم وشهرة الرجل المعروف والمشهور، ولا حاجة إلى ذكر اسم أبيه وجده".¹

9.2. المسألة الثانية: خمسة كتاب الدعوى.

صورة المسألة أن يدعي مدعى أن العين التي في يد فلان هي ملك له وأنه يطالبه بها، فيستحضر القاضي المدعى عليه ويسأله عن الدعوى، فيجيبه أن العين ليست ملكي بل هي وديعة أو عارية أو رهن لفلان الغائب، أو يقول المدعى عليه أنه سرقها أو غصبها من فلان الغائب، وقيم البينة على ذلك، فهل تندفع عنه الخصومة بهذا الجواب؟ لفهم هذه المسألة لا بد أن نعلم أن المدعي إما أن يدعي على المدعى عليه ملكاً مطلقاً كأن يقول: إن هذه العين التي في يد فلان هي لي وأنا أطلبه بها، أو أن يدعي عليه فعلاً، كأن يقول: إن هذه العين التي في يد فلان هي ملكي قد غصبها مني وأنا أطلبه بها، وفي كلتا الحالتين العين ما تزال قائمة، أو أن يدعي عليه عينا غير قائمة، فإذا ادعى عليه فعلاً فلا تنقطع الخصومة بهذا الجواب ولو أقام عليه بينة؛ لأن البينة نفت أن يده يد ملك وبقي الفعل، وكذلك إذا فنيت العين المدعاة فلا تندفع عنه الخصومة بهذا الجواب.²

أما إذا ادعى عليه ملكاً مطلقاً؛ بأن العين التي في يده ملك له، وردّ المدعى عليه أن العين عارية أو وديعة أو أنه استأجرها من فلان الغائب، فإن القاضي يطالبه بالبينة؛ لأنه بهذا الإقرار يرد التهمة عن نفسه، فهو مدعى عليه صورة، ولكنه في الحقيقة مدعى، فإن أقام البينة هل تندفع الخصومة أم لا؟

1 لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة: 1623: (322).

2 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (37، 38/17)، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (241، 261/8)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (231/6).

قال الإمام أبو حنيفة ومحمد: إذا أقام المدعى عليه البينة على إقراره فإنها تقبل وتندفع الخصومة، وقال أبو يوسف: إذا عرف المدعى عليه بالاحتياط، أو وقع في قلب القاضي أنه يقصد تضييع حق المدعي فلا تقبل منه هذه البينة، ولا تندفع الخصومة عنه، أما إذا عرف بالصلاح فإنها تندفع.¹

وجه قول الإمام أبي حنيفة:

- 1- أن البينة حجة قاطعة أقامها الشرع، فمتى أقيمت وجب العمل بمقتضاها، ولا يجوز إبطالها لمجرد الوهم.²
- 2- وأن البينة تثبت أمرين اثنين: الأول: ملك الغائب للعين؛ والثاني: دفع الخصومة عن المدعى عليه، وبما أنه خصم في دفع الخصومة عن نفسه تقبل بينته، مثل الوكيل بنقل زوجة الغير، إذا أقامت الزوجة البينة على أن الزوج طلقها تقبل بينته في حكم كف يد الوكيل عنها، لا في حكم الطلاق، فكذا هذه المسألة تقبل في دفع الخصومة لا في حق إثبات الملك للغائب.³

وجه قول القاضي أبي يوسف:

- 1- أن المحتال قد يدفع العين سرا إلى من يريد السفر، ثم يودعه ذلك المسافر عند المحتال على أعين الأَشهاد، فإذا جاء المالك الحقيقي للعين وطالب بها أقام المحتال البينة على أن العين ليست له وإنما هي وديعة استودعها عنده فلان الغائب وأقام البينة على ذلك، فهو بذلك يطل حق غيره متلبساً بصورة الحق، فيتضرر المدعي؛ لأنه يتعذر عليه إثبات حقه عند القاضي.⁴

وقال ابن أبي ليلى: تندفع الخصومة عن المدعى عليه، ويحكم بأن يده يد حفظ؛ لأنه أقر بالملك للغائب، والإقرار حجة موجبة للحق، والإنسان لا يتهم فيما يعترف به على نفسه، مثل ما لو أقر بملك عين لشخص غائب، ثم أقر به لشخص حاضر فإنه يؤمر بتسليمها للغائب إذا حضر وصدقه، حتى ولو مرض المقر مرض الموت فإنه يؤمر بالتسليم؛ وذلك

1 ينظر: فريد الدين الدهلوي، الفتاوى التارخانية: (272، 273/13)، ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار: (2/ 116)، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار: (452/5).

2 ينظر: فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (315/4).

3 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (37/17).

4 ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (343/2).

لاعتبار إقراره.¹

وقال ابن شبرمة: لا تندفع عنه الخصومة وإن أقام البينة؛ لأنه بهذه البينة يثبت الملك لغيره، ثم يرتب خروجه عن الخصومة بسبب ذلك، ولكن لا يمكن لأحد أن يدخل شيئاً في ملك غيره أو يخرج من دون رضاه، فإثباته الملك للغير باطل؛ لذلك يبطل دفع الخصومة عنه.²

الترجيح:

لقد أخذ الإمام أبو حنيفة ومحمد بالقياس حيث أن البينة حجة يجب العمل بها، ولا يجوز ردها لمجرد الوهم، أما الإمام أبو يوسف فقد أخذ بالاستحسان، وأرى رجحان رأي الإمام أبي يوسف فقد ترك القياس الجلي وعدل إلى الاستحسان، والسبب ممارسته العملية للقضاء، ووقوفه على حيل الناس، كما نقل عن خواهر زاده "مارس القضاء، وعرف من أحوال الناس ما لم يعرفه غيره".³

علماً أن صاحب ملتقى الأبحر⁴ اختار رأي أبي يوسف، كما اختاره الحصكفي⁵ في الدر المختار،⁶ وذكر في عمدة الرعاية نقلاً أنه ينبغي أن يفتى بقول أبي يوسف؛ لأنه أرفق وأظهر، ولأن القاضي يجب عليه أن يتفحص أحوال الناس كي يسلم من مكر الماكرين فيسلم قضاؤه عن الخطأ.⁷

وقد سميت هذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى؛ وذلك إما لأن فيها خمس صور، وهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرهن، والغصب، أو لأن فيها خمسة أقوال للعلماء، وهي: قول لابن شبرمة، وقول لابن أبي ليلى، وقول لأبي يوسف،

1 ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: (37/17).

2 ينظر: المرجع السابق: (37/17).

3 ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (161/8).

4 هو إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلي: فقيه حنفي، من أهل حلب، تفقه بها. وبمصر، ثم استقر في القسطنطينية وتوفي بها سنة: 956 هـ عن نيف وتسعين عاماً. وأشهر كتبه ملتقى الأبحر ينظر: الزركلي، الأعلام: (66/1):

5 هو محمد بن علي بن محمد الحصري، علاء الدين الحصكفي، كلن مفتي الحنفية في الديار الشامية، ولد في دمشق سنة 1025 هـ، كان عالماً فاضلاً عالي الهمة دأبه التدريس والإفادة، ألف كتاب الدر المختار والدر المنتقى وإفاضة الأنوار على أصول المنار، وله شرح على قطر الندى، توفي -رحمه الله تعالى- في دمشق سنة 1088 هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام: (294/6).

6 ينظر: الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (511).

7 ينظر: للكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (171، 168/6).

وقول لمحمد، وقول لأبي حنيفة -رحمهم الله جميعاً¹.



1 ينظر: ابن الهمام، فتح القدير على الهداية: (161/8)، اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية: (166/6).



10. الخاتمة، والتوصيات:

أحمد الله تعالى في ختام هذا البحث، وأسأله حسن الختام، وأذكر أهم النتائج التي توصلت إليها ومنها:

1- أن مما اتفق عليه العلماء أن أبا يوسف هو الرجل الثاني في المذهب الحنفي، وأن أقواله تعتبر من المذهب الحنفي عموماً، وتقدم في باب القضاء والبيانات خصوصاً.

2- أن أبا حنيفة اعتبر النكول بذلاً، واعتبره أبو يوسف إقراراً، والراجح قول أبي يوسف.

3- أن أبا حنيفة لم يقل بالاستحلاف في الأشياء السبعة، بينما قال أبو يوسف بذلك، والراجح قول أبي يوسف.

4- أن أبا حنيفة قال إن التحليف يكون على الحاصل، إذا كان السبب مما يرتفع ويتضرر فيه المدعي بالحلف على السبب، وقال أبو يوسف: أن التحليف يكون على السبب إلا إذا عرض المدعى عليه، واخترت رأي أبي حنيفة.

5- أن أبا حنيفة قال بمنع التحالف حال هلاك بعض المبيع، أما أبو يوسف فقال بالتحالف، والراجح رأي أبي حنيفة.

6- أن أبا حنيفة قال بمنع التحالف حال الاختلاف في المكتبة، أما أبو يوسف فقال بالتحالف، والراجح قول أبي حنيفة.

7- أن أبا حنيفة قال بالتحالف في مسألة الاختلاف في المهر، أما أبو يوسف لم يقل بالتحالف، والراجح قول أبي حنيفة.

8- أن ما يصلح من متاع البيت لكلا الزوجين يكون للرجل على قول أبي حنيفة، واختار أبو يوسف أن للمرأة مقدار ما يجهز به مثلها والباقي للزوج، والراجح قول أبي حنيفة.

9- أن أبا حنيفة قال بجواز التوكيل في إثبات الحدود، ولم يقل أبو يوسف بذلك، وقد اخترت رأي أبي يوسف.

10- أن أبا حنيفة قال بعدم جواز التوكيل في حقوق العباد من دون رضا الخصم، وأن أبا يوسف قال بجواز التوكيل، والراجح قول أبي يوسف.

11- أن أبا حنيفة اختار أن الوكيل يقبض الدين وكيلاً بالخصومة، واختار أبو يوسف أنه ليس وكيلاً بالخصومة، واخترت

رأي أبي يوسف.

12- أن أبا يوسف قال بجواز إقرار الوكيل على موكله عند غير القاضي، ولم يقل أبو حنيفة بذلك، والراجح رأي أبي حنيفة.

13- أن أبا حنيفة لم يعتبر التاريخ إذا تعارضت بينة مؤرخة وبينة غير مؤرخة في الملك المطلق، وقال أبو يوسف بتقديم البينة المؤرخة، وقد اخترت رأي أبي يوسف.

14- أن القسمة تكون بالمنازعة عند الإمام أبي حنيفة إذا تعارضت دعوى الخارجين في قدر الملك، واختار أبو يوسف أن القسمة تكون عولية، والراجح قول أبي حنيفة.

15- أن الحائط المشترك يكون بين المدعين عند الإمام أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف فهو لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقت، واخترت رأي أبي حنيفة.

16- أن أبا حنيفة اختار أن تصرف كل من صاحب العلو والسفل مشروط برضا صاحبه سواء أضر به أم لا، بينما اختار أبو يوسف أن لكل منهما أن يتصرف في ملكه بما يشاء مالم يسبب ضررا للآخر، والراجح رأي أبي يوسف.

17- أن أبا حنيفة اشترط الجر في دعوى الميراث، ولكن أبا يوسف لم يشترط ذلك، وقد اخترت رأي أبي حنيفة.

18- أن أبا حنيفة اشترط اشتغال دعوى كل من الزوجين أنه لا وارث للميت سواء، وأن أبا يوسف لم يشترط ذلك، وقد اخترت رأي أبي حنيفة.

19- أن أبا حنيفة لم يشترط أخذ كفيل من الورثة أنه لا وارث للميت سواهم، واشترط أبو يوسف أخذ الكفيل، وقد اخترت رأي أبي يوسف.

20- أن أبا حنيفة لم يقل بإخراج نصيب الغائب من ذي اليد الذي ظهرت خيانتة، وقال أبو يوسف بالإخراج، ولقد اخترت رأي أبي يوسف.

21- أن أبا حنيفة قال: إن النسب يثبت من أكثر من واحد ولو كثروا، أما أبو يوسف فقال: أن النسب يثبت من الرجلين، ولا يثبت من أكثر من امرأة، وقد اخترت رأي أبي حنيفة.

22- أن أبا حنيفة قال بعدم ثبوت نسب ولد البنت المنفية باللعان، لكن أبا يوسف قال بثبوته، وقد اخترت رأي أبي يوسف.

23- أن أبا حنيفة لم يجز ادعاء النسب بعد أن الإقرار به للغير، أما أبو يوسف فقد أجاز ذلك، وقد اخترت رأي أبي يوسف.

24- أن أبا حنيفة قال أولاً: أن الولد للزوج الأول وذلك إذا أخبرت المرأة بوفاة زوجها فتزوجت من آخر وأنجبت منه ثم عاد الزوج الأول، أما عند أبي يوسف ورواية عن الإمام أبي حنيفة أنها إذا أنجبت قبل ستة أشهر من تاريخ زواجها الثاني فالولد للأول، أما إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر فالولد للثاني، والراجح قول أبي يوسف.

25- أن أبا حنيفة قال لا بد من تحديد العقار ولو كان مشهوراً، ويكفي أن يذكر ثلاثة حدود، ويشترط ذكر اسم صاحب الحد واسم أبيه وجده، بينما لم يشترط أبو يوسف تحديد العقار المشهور ولم يشترط ذكر اسم جد صاحب الحد كما اعتبر أن ذكر حدين يعتبر كافياً، وقد اخترت رأي أبي حنيفة إلا أنني في ذكر اسم الأب والجد اخترت رأي أبي يوسف.

26- أن أبا حنيفة قال باندفاع الخصومة عن المدعى عليه في المسألة المعروفة بمخمسة كتاب الدعوى، أما أبو يوسف فلم يقل بذلك إذا كان المدعى عليه ممن عرف بالاحتيال، والراجح رأي أبي يوسف.

27- بلغ عدد المسائل الأساسية التي خالف فيها أبو يوسف شيخه أبا حنيفة (26) مسألة، اخترت رأي أبي حنيفة في (12) مسألة، واخترت رأي أبي يوسف في (13) مسألة، ووجهت القولين في مسألة واحدة.

27- أن سبب مخالفات أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب الدعوى هو أن هذه المسائل فرعية لا يوجد نص فيها؛ لذلك اختلفت اجتهادات الأئمة بسبب الاختلاف في الاستدلال لها؛ لكون المسألة أحياناً يتنازعها قياسان، أو يستدل أحدهم بدليل لم يؤخذ به الآخر أو أوله، أو لاختلاف الدليل فقد يعتمد أحدهم على القياس ويخالفه الآخر مستنداً إلى الاستحسان، أو بسبب تغير المصلحة التي استند إليها الحكم، أو بسبب تغير العرف وفساد الزمن.

هذا أوصي الباحثين أن يهتموا بدراسة آراء الأئمة المقدمين كأبي يوسف، واستخراج اجتهاداتهم وأدلتهم وتنسيقها على

شكل يقرها من المستوى المعرفي لأبناء هذا العصر، فإن أسلوب السرد المسهب أضحى عسيرا على من اعتاد على التقسيم والتبسيط.

أوصي بدراسة الخلافات في فصل دعوى النسب ففيها ما يستأهل أن تكتب فيه الرسائل والبحوث؛ لكونها وردت بشكل مجمل يحتاج إلى مزيد من الشرح والربط، وجمع أحكام النسب من باقي أبواب الفقه، ودعوى النسب في المبسوط خير شاهد على ذلك.



المصادر

إبراهيم بن أبي اليمن محمد، ابن الشَّحْنَة الحلبي (882هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر ط2 1396هـ/1973م.

ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (852هـ)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط1 1419هـ/1989م.

ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد (٦٨١هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر/ بيروت، ط: 1/ ١٩٩٤م.

ابن عابدين، محمد أمين ابن عابدين (1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط: 1/ 1412هـ-1992م.

ابن عابدين، محمد بن أمين الدمشقي الحنفي (1252هـ)، منحة الخالق حاشية على البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط: 2/ بدون تاريخ.

ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي (774هـ)، البداية والنهاية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: 1، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

ابن ماجة القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد (273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، دار الرسالة العالمية، ط: 1/ ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط: 1/ ١٤١٤هـ.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي ط: 2 بدون تاريخ.

أبو الحسن الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدارقطني (385هـ)، السنن، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط: 1/ ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

أبو الفلاح، عبد الحي بن أحمد العكري (1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير دمشق-سوريا بيروت. لبنان ط1 1406هـ/1989م، تحقيق: محمود الأرناؤوط.

أبو بكر ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (235هـ)، المصنف، دار كنوز إشبيلية، السعودية، الرياض، ط: 1/ 1436هـ، 2015م.

أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي (٤٦٣ هـ)، الفقيه والمتفقه تحقيق: عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي - السعودية، ط: 2 / ١٤٢١ هـ: (1/ 473).

أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين الخراساني أبو بكر (458 هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية - القاهرة، ط: 1 / ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.

أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني (458 هـ)، السنن الصغير المحقق: عبد المعطي أمين قلججي، نشر جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، ط: 1 / ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م.

أبو بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني (800 هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، المطبعة الخيرية، ط: 1 / 1322 هـ.

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (319 هـ)، الإجماع، دار المسلم للنشر والتوزيع ط1 1425 هـ/2004 م تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد.

أبو جعفر الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي المصري (321 هـ)، شرح مشكل الآثار، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 1 / ١٤١٥ هـ - ١٤٩٤ م.

أبو جعفر الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي المصري (321 هـ)، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ط: 1 / ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م.

أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (275 هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العلمية، بيروت، ط: 1 / ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.

أبو عبد الله البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (256 هـ)، الجامع الصحيح، المحقق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق، ط: 5 / ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1 / ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.

أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (894 هـ)، شرح حدود ابن عرفة المعروف بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، ط: 1 / ١٣٥٠ هـ.

أبو عيسى الترمذي، محمد بن عيسى (279 هـ)، الجامع الكبير أو سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: 1 / ١٩٩٦ م.

أبو منصور الأزهري، محمد بن أحمد بن الهروي (370هـ)، **تهذيب اللغة**، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: 1/ 2001م.

أبو نصر الجوهري، إسماعيل بن حماد الفارابي (393هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط: 4/ 1407هـ - 1987م.

أحمد بن حنبل (241هـ)، **المسند**، مؤسسة الرسالة، ط: 1/ 1421هـ - 2001م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد.

أحمد رضا، **معجم متن اللغة**، دار مكتبة الحياة، بيروت، ط: 1/ 1380هـ - 1960م.

البابري، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي (786هـ)، **العناية شرح الهداية**، مطبوع بهامش: فتح القدير للكمال ابن الهمام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، وصوّرتها دار الفكر، لبنان، ط: 1/ 1389هـ، 1970م.

بدر الدين العيني، أبو محمد محمد بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي (762هـ)، **البنية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: 1/ 1420هـ، 2000م.

برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد مازة البخاري (616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط: 1/ 1424هـ/ 2004م تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي.

تحقيق وتحليل رسالة الجواب الشريف للحضرة الشريفة في أن قول أبي يوسف ومحمد هو قول أبي حنيفة

تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي (1010هـ)، **الطبقات السنية في تراجم الحنفية**، دار الرفاعي، د. ط. د. ت، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو.

الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني (816هـ)، **التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط: 1/ 1403هـ/ 1983م.

الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحنفي (1088هـ)، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، دار الفكر، بيروت، ط: 1/ 1412هـ - 1992م.

الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي (463هـ)، **تاريخ بغداد وذيوله**، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط: 1/ 1417هـ.

الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بجرم (255هـ)، **السنن**، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية ط: 1/ 1412هـ - 2000م.

الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ط3
1405هـ / 1985م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (748هـ)، مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، لجنة إحياء
المعارف النعمانية، حيدر آباد الدكن بالهند، ط: 3 / 1408هـ.

الرازي الحنفي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (666هـ)، مختار الصحاح، المكتبة
العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا ط: 5 / 1420هـ - 1999م.

الزركلي، خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي (1976م)، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15 / 2002م.

الزنجشيري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (538هـ)، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل،
دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 3 / 1407هـ.

الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي (762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة
الريان، بيروت، لبنان، ط 1 / 1418هـ / 1997م.

سراج الدين الغزنوي، أبو حفص عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الحنفي (773هـ)، الغرة المنيفة في تحقيق
بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتب الثقافية، ط: 1 / 1406هـ - 1986م.

السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون
طبعة، 1414هـ - 1993م.

سعيد بن منصور، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (227هـ)، السنن، الدار السلفية،
الهند، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط: 1 / 1403هـ - 1982م.

السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر (540هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية،
بيروت. لبنان ط: 1، 1405هـ / 1984م.

الشربلالي الحنفي، حسن بن عمار بن علي المصري (1069هـ)، حاشية على درر الحكام شرح غرر الأحكام،
دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ:

شهاب الدين الشَّيْلِي، أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس (947هـ)، حاشية الشلي على
تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط: 1 / 1313هـ

الشيخ نظام البرنهابوري البلخي وجماعة من علماء الهند، بأمر السلطان: محمد أورنگ زيب عالمكير، الفتاوى
العالمكيرية أو الفتاوى الهندية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، وصورتها دار الفكر، بيروت، ط: 2 / 1310هـ.

شيخي زادة، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي (1078هـ)، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.

الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (476هـ)، **طبقات الفقهاء**، دار الرائد العربي، بيروت. لبنان، تهذيب: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس ط1 1970م.

الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (310 هـ)، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، بدون تاريخ.

عبد الرزاق الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (211 هـ)، **المصنف** المجلس العلمي-الهند، توزيع المكتب الإسلامي-بيروت، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي ط: 2/ 1403 هـ-1983م.

عبد الغني الغنيمي الميداني (1298هـ)، **اللباب شرح الكتاب**، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.

عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي (775هـ)، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، مير محمد كتب خانه، كراتشي د.ط/ د.

عبد الوهاب خلاف (1375 هـ)، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: 2 1357 هـ-1938م.

علي حيدر خواجه أمين أفندي (1353هـ)، **درر الأحكام شرح مجلة الأحكام**، دار الجليل، بيروت، ط: 1 1411 هـ-1991م تعريب وتحقيق: فهمي الحسيني.

فخر الدين الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي الحنفي (743 هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط: 1/ 1313 هـ.

فريد الدين الدهلوي، عالم بن العلاء الأندريتي الهندي (786 هـ)، **الفتاوى التتارخانية**، تحقيق: شبير أحمد القاسمي، مكتبة زكريا، ديوبند، الهند، ط: 1/ 1431 هـ-2010م.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي (770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المكتبة العلمية، بيروت.

قاسم بن قطلوبغا المصري الحنفي، **مختصر القدوري وبهامشه الترجيح والتصحيح على مختصر القدوري**، تحقيق: عبد الله نذير أحمد مزي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 1/ 1426 هـ-2005م.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط2 1406 هـ/1986م.

الكمال بن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (861هـ)، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، وصوّرتها دار الفكر، لبنان، ط: 1/ 1389هـ، 1970م.

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، نور محمد كارخانه تجارت كتب آرام باغ كراتشي.

اللكوني، عبد الحي بن عبد الحليم (1304هـ)، عمدة الرعاية على شرح الوقاية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 2009/1م.

مالك بن أنس (179هـ)، الموطأ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط: 1406هـ - 1985م.

المبارك بن محمد بن محمد ابن الاثير الجزري مقدمة كتاب جامع الأصول في أحاديث الرسول تحقيق شعيب الأرنؤوط، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان، ط: 1، 1389هـ/1969م.

مجمع اللغة العربية في مصر، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر ط4 1425هـ/2004م.

محمد أمين بن عابدين، شرح عقود رسم المفتي، تحقيق أبو لبابة، مكتبة الخليج.

محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي، دار المعرفة-بيروت.

محمد بن الحسن الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد (189 هـ)، الأصل المعروف بالمبسوط، تحقيق: أبو الوفا الأفعاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي.

محمد تقي العثماني، أصول الإفتاء وآدابه، دار القلم-دمشق، ط: 1/1435هـ-2014م: (112).

محمد زاهد الكوثري (1952م)، حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي، دار الأنوار، مصر، 1368هـ/1948م.

محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق-سوريا، ط: 2 1427هـ/2006م.

محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، الرياض، ط: خاصة/ 1423هـ - 2003م.

المرتضى الزبيدي، محمد بن محمد (1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د.ط/ د.ت.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (593هـ)، *بديّة المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة*، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، القاهرة

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين (593هـ)، *الهداية في شرح بداية المبتدي*، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

المزّي، أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن (742هـ)، *تهذيب الكمال في أسماء الرجال*، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1/ 1400 هـ - 1980 م.

مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (261هـ)، *صحيح مسلم*، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، وصورته دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1374 هـ - 1955 م، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

منلا خسرو محمد بن فراموز (885هـ)، *درر الحكام شرح غرر الأحكام*، دار إحياء الكتب العربية مطبوع ومع حاشية الشرنبلالي، بدون طبعة وبدون تاريخ.

الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي (683هـ)، *الاختيار لتعليل المختار*، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1356 هـ - 1937 م.

نجل ابن عابدين محمد علاء الدين أفندي (1306 هـ)، *قوة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار* دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان 1415 هـ = 1995 م.

نجم الدين النسفي، أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل (537هـ)، *طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية*، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، بدون طبعة/ 1311 هـ.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (676هـ)، *المجموع شرح المهذب*، مع *تكملة السبكي* ومحمد نجيب المطيعي، دار الفكر.

وليد الأعظمي، *أعيان الزمان وجيران النعمان في مقبرة الخيزران*، مطبعة الإخوان، بغداد.

اليافعي، أبو محمد عفيف الدين عبد الله بن أسعد (768هـ)، *مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان*، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1 / 1417 هـ - 1997 م.

يعقوب الباحسين، *التخريج عند الفقهاء والأصوليين*، مكتبة الرشد، الرياض، 1414 هـ، بدون طبعة.

Seyit Mehmet UĞUR, ABDÜLGANÎ B. İSMAİL en-NABLUSÎ'NİN "el-CEVÂBÜ'Ş-ŞERÎF Lİ'L-HAZRETİ'Ş-ŞERÎFE fî ENNE MEZHEBE EBÎ YÛSUF ve MUHAMMED HÜVE MEZHEBÜ EBÎ HANÎFE" İSİMLİ RİSALESİNİN TAHKİK VE TAHLİLİ, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 29, 2017, s. 601-633.



ÖZGEÇMİŞ

Abdulhadi Muhammad Ali Huseyin, orta ve liseyi Abi Ubaidah bin Al Jarrah Sharia'da okudu. Halep'in Türkmen Bareh köyünde bulunan, Halep Üniversitesi'ne katıldı ve son seneye ulaştı. Ancak ülkedeki savaş sebebiyle eğitimini devam etmedi, ve eğitimini devam ettirmek için 2013 yılında Türkiye'ye geldi. Daha sonra Yalova Üniversitesi İslami İlimler Fakültesinde lisansa başladı ve 2018 yılında mezun oldu. Ardından aynı üniversitede yüksek lisans programına başladı.

RESUME

Abd alHadi Muhammad Ali Hussein, He studied middle and high school at Abi Ubaidah bin Al-Jarrah Sharia High School, located in the village of Turkman Bareh in the countryside of Aleppo, He joined the University of Aleppo and reached his last year, However the outbreak of war in the country prevented him from completing his knowledge request to Turkey in 2013 AD, then He joined the Faculty of Islamic Sciences at Yalova University and graduated in 2018, then He is enrolled in the graduate Studies Department at the same university, Then he started studying for a master's degree at the same university.

السيرة الذاتية

عبد الهادي محمد علي حسين، درس المرحلة الإعدادية والثانوية في ثانوية أبي عبيدة بن الجراح الشرعية، الواقعة في قرية تركمان بارح من ريف حلب، التحق بجامعة حلب ووصل إلى السنة الأخيرة، إلا أنه بسبب نشوب الحرب في البلاد لم يكمل الدراسة، فرحل بقصد إتمام الدراسة ومتابعة طلب العلم إلى تركيا في عام 2013م، ثم انتسب إلى كلية العلوم الإسلامية في جامعة يالوا وتخرج بها سنة 2018م، ثم سجل في قسم الدراسات العليا في نفس الجامعة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.