استعمالا اما اذا كانت مشكلا فانت المراة ففيه اتفاق بين ابي حنيفة ومحمد انه يقضي للزوج وانما يظهر
الاختلاف بين ابي حنيفة ومحمد في حرف واحد اذا مات الزوج وبقيت المراة ففي قول ابي حنيفة يقضى للمراة
وفي قول محمد يقضى لورثة الزوج اما مذهب ابي حنيفة فان للمراة يدا حقيقة وللزوج يد مجاورته لانه لما مات
فقد زالت يده عما كان في يده وانما جعلت يد الورثة بمنزلة يده على ما يبقى الحكم والجار وللمراة يد حقيقة
لان يدها باقية ويد الحقيقة اولى بالاعتبار من يد الجار واما مذهب محمد فان الورثة قاموا مقام
المورث فصار خصومتهم بمنزلة خصومة المورث ولو كان الميت حيا كان احق به فكذلك وارثه
واما مذهب ابي يوسف ان الزوج هو القاضي على المراة وما في يدها كانه في يده فينبغي في القياس ان يقضى
للزوج كما قال ابن ابي ليلى الا ترى ان رجلا لو كان يعول اخته او بنته واختلفا في متاع البيت فالقول
قول الرجل في قولهم جميعا فكذلك هنا الا انى استحسن في جهاز مثلها لان الحال شاهد لها بذلك المقدار
واما مذهب زفر ان المشكل بينهما نصفان لان تحتهما قد استويا في ذلك وليس احدهما اولى من الاخر
قوله وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه اي في المشكل كذا قال
بعض الشارحين استدلالا بما ذكر في شروح الجامع الصغير واشارة كتاب الاشارات ان قوله في
المشكل وغيره كذلك لانه قال فيها اذا اختلف الزوجان في متاع البيت قال ابو يوسف يعطى للمراة
جهاز مثلها باعتبار الظاهر الظاهر العادة والظاهر يصلح للترجيح وما بقي فللرجل وقال ابو حنيفة ومحمد ما
يصلح للرجل فهو له وما يصلح للنساء فهو لها اعتبارا باليد الاستعمال وما كان مشكلا فهو للرجل لان يده
اقوى فانه القوام وهي في التحقيق في يده فاما اذا مات احدهما قال ابو حنيفة المشكل للحي ايهما كان
وقال محمد للزوج او لوارثه ان كان ميتا الى هنا لفظ الاشارات فصل فيمن لا يكون خصما لما ذكر احكام
من يكون خصما شرع فيما لا يكون خصما وقدم الاول لان الكتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة في الكلام
الخ كون لا يكون خصما فذكره بعده قوله وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغايب او رهنه
عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي هذه مسئلة القدوري
وهي تسمى المسئلة المخمسة وهي من مسائل كتاب الدعوى من الاصل ودائرة في الكتب في مواضع كثيرة
وسميت مخمسة لما فيها من الخلاف في مواضع خمسة كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير هذا
الذي ذكره القدوري اذا كان العين قايما اما اذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الاشياء الاترى
الى ما ذكر في الجامع في باب الوكيل يكون خصما فيما لو هلك في يده عبد مات وفي يده شان فادعى انسان عليه
ضمان العبد واقام ذو اليد بينة انه كان وديعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لانه يدعي الدين
في ذمته ولو كان يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا قال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير دار
او ثوب في يد انسان ادعى رجل عليه انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغايب اودعنيه او اعارنيه او
اجره او رهنه مني او غصبته منه فهي خمسة اوجه وتسمى مخمسة لهذا فان لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه
الخصومة الا على قول ابن ابي ليلى لانه متهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع الا بحجة وان اقام ذو
اليد بينة على ذلك فان ذكر الشهود اسم الغايب ونسبه تقبل البينة على وصول العين اليه من
الغايب فتندفع عنه الخصومة بالاجماع الا على قول ابن شبرمة ولا تقبل على اثبات الملك للغايب لان ذا
اليد خصم فيما يحتاج اليه لدفع الخصومة وذلك باثبات وصول العين اليه من جهة الغايب اما الاحاجة له في
اثبات الملك للغايب فلم يكن خصما عنه في اثبات الملك له الا ترى ان الشهود لو قالوا ان فلانا الغايب
دفعها

دفعها اليه ولا ندري لمن كان الملك لم يقبل شهادتهم على الدفع وتندفع الخصومة عن ذي اليد وقول ابي يوسف
الاول قول ابي حنيفة ومحمد اذا اقام البينة ان فلانا اودعه نعرفه باسمه ووجهه حيث يقبل الشهادة
وتندفع الخصومة كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وروى عن ابي يوسف ان ذا اليد اذا كان مشهورا بالمكر
والحيل والافتعال فالقاضي لا يسمع هذا الدفع منه اذا دفع عنده كونه متهما في الدفع على ما عرف في الدعوى
قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ان العادة قد جرت بان يدفع ما في يده الى
رجل ليودعه اياه ثم يغيب فلا يتوجه عليه الخصومة فمتى اتهم لا يقبل بينته فان قال الشهود نعرف فلانا
الغايب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه ثبت
وصول العين اليه من جهة غير المدعي فثبت ان يده يد غيره وانه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة
كما لو اقر المدعي بذلك تندفع الخصومة فكذلك هنا وعند محمد لا يسمع هذه البينة ما لم يذكروا اسم الغايب
ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو يملك نقل الخصومة الى غيره اما لا يملك ابطال الخصومة لانه
حق المدعي ومتى صار الغايب معروفا بالاسم والنسب كان نقلا واذا لم يصر معروفا لا يتمكن المدعي
من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعي وان قال الشهود اودعه رجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه
بوجهه وقال ذو اليد اعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هذه شهادة للمجهول ولعل المودع هو المدعي
فعلى اعتبار كون المدعي هو المودع لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان
قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذو اليد لا اعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذو
اليد فصار مكذبا لهم في بعض شهادتهم فان قال ذو اليد اعرفه بوجهه وشهوده شهدوا انه اودعه رجل
فالقاضي يسال الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا لا تقبل وان شهدوا على المدعي
انه اقر ان رجلا دفع اليه يقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو اقر المدعي عند
القاضي ان رجلا دفعه اليه لا اعرفه بوجهه ونسبه تندفع الخصومة فكذا هنا وهذا لان الشهادة حصلت
العلوم وهو اقرار المدعي فيقبل لكن المقر له مجهول وجهالة المقر له لا تمنع صحة الاقرار فاما جهالة المشهود له
تمنع صحة الاقرار فاما جهالة المشهود له تمنع قبول الشهادة ولو لم يكن الى ذي اليد بينة على الايداع عنده
متى قضى القاضي به للمدعي ثم حضر ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض وهذا خلاف ما اذا
اقام الخارج البينة على النتاج او على الملك المطلق على ذي اليد وقضى القاضي به ثم اقام ذو اليد البينة على
النتاج حيث يبطل القضاء للخارج لانه ظهر به بطلان القضاء ولو قال المدعي هذه الدار كانت دار فلان الغايب
اشتريتها منه وقبضتها منه ونقدت الثمن وقال ذو اليد فلان ذلك اودعها عندي وانكر شراه فلا
خصومة بينهما لانهما اتفقا انها ملك الغايب ووصلت الى اليد من جهته وانه ليس بخصم قال في الجامع ولو
ان المدعي ادعى على ذي اليد ان ذا اليد غصبها منه او اودعها او اعارها اياه او اجرها او رهنها فيها
واقام ذو اليد بينة انها وديعة فلان لا تندفع الخصومة لانه يدعي عليه الفعل وبان تكون يده
غيرا ولا تكون في يده لا يتبين ان الفعل لم يوجد منه فاذا انكر ما يدعي عليه صار بمنزلة دعوى الغصب
المطلق في كل موضع صار ذو اليد خصما وقضي بالعين للمدعي ثم حضر المقر له واقام البينة على المدعي
ان العين له تقبل بينته لانه لم يصر مقضيا عليه بالقضاء على ذي اليد لان ذا اليد لم يتلق الملك من جهته
لا تثبت كونه مودع فلان حتى يكون يده كيد المقر له فكان المقر له واجنبي اخر سواء ولو ان المدعي
ادعى الشراء من ذي اليد واقام ذو اليد بينة انها وديعة فلان لا تندفع الخصومة لانه يدعي عليه
السمع وحكي عن القضاة الثلاثة وهم القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو سعيد البردعي والقاضي ابو حازم

Copyright © King Saud University