

كتاب الدعوى والبيّنات

فيه سبعة أبواب ، لأن الدعوى تدور على خمسة أشياء : الدعوى وجوابها ، واليسين ، والبينة والنكول ، فهذه خمسة . والسادس في مسائل تتعلق بهذه الأصول ، والسابع في دعوى النسب ، وإلحاق القائف .

الأول في الدعوى ، وفيه مسائل :

إحداها في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى ، كالحق إذا كان عقوبة كالتقصاص ، وحد القذف ، اشترط رفعه إلى القاضي . لعظم خطره ، وإن كان مالا ، فهو عين ، أو دين ، فإن كان عيناً ، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة ، أشغل به ، وإلا فلا بد من الرفع . وأما الدين ، فإن كان من عليه مقراً غير متمنع من الأداء طالبه ليؤدي ، وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله ، لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه ، فإن خالف ، وأخذ شيئاً من ماله ، لزمه رده . فإن تلف عنده ، وجب ضمانه ، فإن اتفقا ، جاء خلاف التقاص . وإن لم يكن كذلك ، فإما أن يمكن تحصيل منه بالقاضي ، وإما أن لا يمكن ، فإن لم يمكن بأن كان منكراً ، ولا بينة لصاحب الحق ، فله أن يأخذ جنس حقه من ماله إن ظفر به ، ولا يأخذ غير الجنس مع ظفره بالجنس . وفي « التهذيب » وجه أنه يجوز وهو ضعيف . فإن لم يجد إلا غير الجنس ، جاز الأخذ على المذهب ، وبه قطع لجسهور ، وقيل : قولان ، وإن أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن كان مقراً مساطلاً ، أو منكراً عليه وله بينة ، أو كان يرجو إقراره لو

حضر عند القاضي ، وعرض عليه اليمين ، فهل يستقل بالأخذ أم يجب
الرفع إلى القاضي ؟ وجهان ، أصحهما جواز الاستقلال ، قاله أبو
إسحاق ، وابن أبي هريرة ، وصححه القاضيان أبو الطيب ، والرويانى ،
للحديث الصحيح في قصة هند^(١) ، ولأن في المرافعة مشقة ومؤنة ،
وتضييع زمان . ومتى جاز للمستحق الأخذ ، فلم يصل إلى المال إلا
بكسر الباب ، وتقب الجدار ، جاز له ذلك ، ولا يضمن ما فوته ، كمن
لم يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله ، فأتلفه لا يضمن ، وقيل :
يضمن وهو شاذ ، ثم إن كان المأخوذ من جنس الحق ، فله تملكه .
وإن كان من غير جنسه ، لم يكن له التملك ، وقيل : يتملك قدر
حقه ، ويستقل بالمعاوضة للضرورة ، كما يستقل بالتعيين عند أخذه
الجنس ، والصحيح الأول ، ثم هل يرفعه إلى القاضي لبيعه ، أم يستقل
بيعه ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما عند الجمهور الاستقلال ،
هذا إن كان القاضي جاهلاً بالحال ، ولا بينة للأخذ ، فإن كان القاضي
عالمًا ، فالذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه ، فإن أوجبنا الرفع إلى القاضي ،
فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه ، أو يفوضه إلى غيره ؟ وجهان ،
أصحهما : الأول ، وفي طريقة عند الرفع وجهان ، أحدهما : يبيعه
القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال ، وهذا يبطل فائدة تجويز
البيع عند العجز عن البينة . والثاني : يواطئ رجلاً يقر له بالحق ،

(١) وهو ما روته عائشة قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي
سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله إن
أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا
ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل علي في ذلك من جناح ، فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم « خذي من ماله المعروف ما يكفيك ويكفي بنيك »
أخرجه البخاري ، ومسلم .

ويستنع من الأداء ، ويقر له الأخذ بالمال حتى يبيعه القاضي . وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين ، ويضعف وجوب الرفع . ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد . بيع المأخوذ به ، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة ، بيع الثوب بنقد البلد ، ثم يشتري به حنطة . وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري غير الحنطة بالثوب ، ولا يوسط النقد بينهما ، وهل يكون المأخوذ مضموماً على الآخذ حتى لو تلف قبل البيع ، أو التملك يتلف من ضمانه أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : نعم وهو الذي ذكره الصيقلاني والإمام ، والغزالي . لأنه أخذه لغرضه ، كالمستام بل أولى ، لأن المالك لم يسلطه ، فعلى هذا ينبغي أن^(١) نبادر إلى البيع بحسب الإمكان ، فإن قصر ، فنقصت قيمته ، ضمن النقصان ، ولو انخفضت القيمة ، وارتفعت ، وتلف ، فهي مضبونة عليه بالأكثر ، ولو اتفق رد العين ، لم يضمن نقص القيمة كالغاصب ، ولو باعه ، وتملك ثمنه ، ثم قضى المستحق دينه ، ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب ، فأخذه ، وباعه ، ثم رد الغاصب المغصوب ، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه ، وينبغي أن لا يرد شيئاً ، ولا يعطي شيئاً .

فرع

ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة ، فإن انتفع ، لزمه أجره المثل .

فرع

لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه ، فإن زاد ، فالزيادة مضبونة عليه ، فإن لم يسكنه بأن لم يظف الا بمتاع يزيد قيمته على

(١) في الأصل : إنا .

قدر حقه ، فإن قلنا : لو كان المأخوذ قدر حقه لا يكون مضسناً ، فكذا الزيادة ، وإن قلنا : يكون مضسناً لم يضمن الزيادة على الأصح ، ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه ، فإن كان مما يتجزأ باع منه قدر حقه ، وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها ، وإن كان لا يتجزأ ، فإن قدر على بيع البعض بها هو حقه ، باعه وسعى في رد الباقي إليه ، وإن لم يقدر باع الجميع ، وأخذ من ثمنه قدر حقه ، وحفظ الباقي إلى أن يرده .

فرع

حقه دراهم صحاح ، فظفر بمكسرة ، فله أخذها ، وتملكها بحقه ، ولو استحق مكسرة ، فظفر بصحاح ، فالمذهب جواز الأخذ ، لاتحاد الجنس ، وقيل : فيه الخلاف في اختلاف الجنس ، لاختلاف الغرض ، وإذا أخذها ، فليس له تملكها ، ولا يشتري بها مكسرة لامتناع ، لما فيه من الربا ، ولا متساوياً ، لأنه يجحف بالمأخوذ منه ، لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير ، ويشتري بها دراهم مكسرة ويملكها .

فرع

شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ماله عليه ، ففي حصول التقاض أقوال مشهورة في كتاب الكتابة ، فإن قلنا : لا يحصل التقاض ، فجحد أحدهما الآخر ، فهل للآخر جحده ، ليحصل التقاض للضرورة ؟ وجهان ، أصحهما : نعم .

فرع

كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد ، أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريم الغريم ، بأن يكون لزيد على عمرو دين ، ولعمرو على

بكر مثله . يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله على عمرو . ولا يسع من ذلك رد عمرو . وإقرار بكر ولا جحد بكر استحقاق زيد على عمرو .

فرع

جحد دينه . وله عليه صك بدين آخر قد قبضه . وشهود الصك لا يعلمون القبض . قال القاضي أبو سعد : له أن يدعي ذلك . وقيم البينة . ويقبضه بدينه الآخر . وفي فتاوى القفال أنه ليس له ذلك .

قلت : الصحيح قول أبي سعد ولو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه حيث جوز أو قبل بيعه . فهي على ملك المأخوذ منه والله أعلم

المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه ، ويحتاج إلى معرفته . لأن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه . لقوة جانبه . وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمة الله عليه في مسألة إسلام الزوجين التي سنذكرها الآن إن شاء الله تعالى ، أظهرهما عند الجمهور أن المدعي من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، والثاني : المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء ، والمدعى عليه من لا يخلى ولا يكفيه السكوت ، فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو ، أو عيناً في يده ، فأنكر ، فزيد هو الذي لو سكت ترك ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر ، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو ، وفراغ يده من حق غيره ، وعمرو هو الذي لا يترك ، ويوافق قوله الظاهر ، فزيد مدع بمقتضى القولين وعمرو مدعى عليه ، ولا يختلف موجبهما غالباً ، وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معاً ، فالنكاح باق ، وقالت : بل على التعاقب ولا نكاح ، فإن قلنا : المدعي من لو سكت ترك ، فالمرأة مدعية وهو مدعى عليه ،

لأنه لا يترك لو سكت ، لأنها تزعم انفساخ النكاح ، فيحلف ، ويستمر النكاح ، وإن قلنا بالأظهر ، فالزوج مدع ، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر ، وهي مدعى عليها ، فتحلف ، ويرتفع النكاح . ولو قال الزوج : أسلت قبلي . فلي النكاح ولا مهر ، وقالت : بل أسلنا معاً ، وهما بحالهما ، فقوله في الفراق يلزمه ، وأما المهر ، فالقول قوله على الأظهر ، وعلى الثاني قولها ، لأنها لا تترك بالسكوت ، لأن الزوج يزعم سقوط المهر ، فإذا سكتت ولا بينة ، جعلت ناكلة . وحلف وسقط المهر . قال الأصحاب : والأمناء الذين يصدقون في الرد يسيئهم مدعون ، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر ، لكن اكتفي منهم باليمين ، لأنهم أثبتوا أيديهم ، لغرض المالك . وقد اتسبهم ، فلا يحسن تكليفهم بنية الرد ، وأما على القول الثاني . فهم مدعى عليهم ، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك . قال الروياني وغيره : وقد يكون الشخص مدعياً ومدعى عليه في المنازعة الواحدة . كما في صورة التحالف . هذا كلام الأصحاب وبالله التوفيق .

فصل

في حد الدعوى الصحيحة ، وشرطها أن تكون معلومة ملزمة . الأول العلم بالمدعى به ، فإن كان نقداً ، اشترط ذكر جنسه ونوعه وقدره ، قال ابن الصباغ : وإن اختلف الصحاح والمكسرة بين أنها صحاح أو مكسرة . ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي . ولا حاجة إلى بيان وزنه . وإن كان غير نقد . نظر إن كان عيناً وهي مما تضبط بالصفة ، كالحبوب والحيوان والثياب ، وصفها بصفات السلم . ولا يشترط ذكر القيمة في الأصح ، وإن كانت تالفة ، كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية ، ولا يشترط ذكر القيمة ، وإن كانت متقومة . اشترط ذكر القيمة ، لأنها الواجب عند التلف . وإن ادعى سيفاً محلياً . اشترط ذكر قيمته . ويقومه بالذهب إن كان محلياً بالفضة ، وبالفضة

إن كان محلياً بالذهب ، فإن كان محلياً بهما ، قومه بأحدهما للضرورة ، وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي مائة درهم من نقد كذا قيمتها كذا ديناراً ، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره ، وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم ، فإن جعلناه مثلياً ، فينبغي أن لا يشترط التعرض للقيمة ، وفي العقار يتعرض للناحية والبلدة ، والمحلة والسكة ، وتبين الحدود ، ويستثنى من اشتراط العلم صوراً ، إحداها : إنما يعتبر إذا طلب معيناً ، فأما من حضر ليعين ، ويفرض له القاضي ، كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا : لا يجب المهر بالعقد^(١) ، والواهب يطلب الثواب ، فلا يتصور الإعلام .

الثانية : قال : أدعي أن مورثك أوصى لي بثوب ، أو بشيء تسمع الدعوى ، لأن الوصية تحتل الجهالة ، فكذا دعواها ، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية ، ومنهم من ينازع كلامه فيه ، ويصح دعوى الإبراء عن المجهول إن صححنا الإبراء عن المجهول .

الثالثة : ادعى أن له طريقاً في ملك غيره ، وادعى حق إجراء الماء ، قال القاضي أبو سعيد : الأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى ، ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق والمجرى ، وكذا لا تصح الشهادة المرتبة عليها ، وقال أبو علي الثقفي : يشترط إعلام قدر الطريق والمجرى ، قال : وكذا لو باع بيتاً من دار ، وسمى له طريقاً ، ولم يبين قدره لا يصح ، قال القاضي : وعندي أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى ، لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق والمسيل بالذرعان ، لأن الشهادة أعلى شأناً ، فإنها تستقل بقوة

(١) في الاصل : بالعاقد .

إيجاب الحكم بخلاف الدعوى ، ولو أحضر المدعي ورقة ، وحرر فيها دعواه ، وقال : أدعي ما فيها ، وأدعي ثوباً بالصفات المكتوبة فيها ، ففي الاكتفاء به لصحة الدعوى وجهان •

الشرط الثاني : كونها ملزمة ، فلو قال : وهب لي كذا أو باع ، لم تسمع دعواه حتى يقول : ويلزمه التسليم إلي ، لأنه قد يهب ويبيع ، وينقضها قبل القبض هكذا نقله الروياني^(١) والغزالي وغيرهما ، ويقرب منه ما ذكره القاضي أبو سعد أنه يقول في دعوى الدين : لي في ذمته كذا ، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه ، قال : وإنما يتعرض لوجوب الأداء ، لأن الدين المؤجل لا يجب أدائه في الحال ، وكان هذا إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى ، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة ، ولا يشترط التعرض لوجوب التسليم • قال ابن الصباغ : لو قال هذه الدار لي وهو يمنعنيها ، صحت الدعوى ، ولا يشترط أن يقول : هي في يده ، لأنه يجوز أن ينازعه ، وإن لم تكن في يده ، وإذا ادعى ولم يقل للقاضي : مره بالخروج عن حقي ، أو سله جواب دعواي ، فهل يطالبه القاضي ؟ وجهان ، قال ابن الصباغ : الأصح نعم ، للعلم بأنه الغرض من الحضور ، وإنشاء الدعوى ، قال القاضي أبو سعد : الأصح لا ، لأنه حقه ، فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين •

قلت : الأول أقوى • والله أعلم

فعلى هذا الثاني طلب الجواب شرط آخر في صحة الدعوى ، وسواء شرطنا هذا الاقتراح ، أم لم نشرطه ، فاقترحه ، فيمكن أن

(١) وعلى هامش الأصل : الفوراني ، وهو كذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

يقال : يغني ذلك عن قوله : ويلزمه التسليم إلي ، وأن من شرطه بناء على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور .

فرع

لا يشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، فتصح دعوى دنيء على شريف ، وقال الاصطخري : إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي ، لم يلتفت إلى دعواه ، مثل أن يدعي الدنيء استتجار الأمير ، أو الفقيه ، لعلف الدواب ، أو كنس بيته ، ومثله دعوى المعروف بالتعنت ، وجر ذوي الأقدار إلى القضاة ، وتحليفهم ليفقدوا منه بشيء .

فرع

ادعى عليه مالا ، وقام ، وأقام شاهدين ، شهدا على إقراره بشيء ، أو قالوا : نعلم أن له عليه مالا ، ولا نعلم قدره ، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان ، حكاهما البغوي وغيره ، أحدهما : نعم ، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه ، كما لو أقر ببهم ، وأصحهما : لا ، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عبد ، أو ثوب ، ولم يصفاه .

فرع

عن فتاوى القفال : ادعى دراهم مجهولة لا يسمع القاضي دعواه ، ويقول له : بين الأقل الذي تتحققه ، وإن ادعى ثوباً ولم يصفه أيضاً^(١) ، لم يصنع إليه ، بل لو قال : هو كرباس^(٢) ، ولم يصف ، أمره أن يأخذ

(١) وعلى هامش الأصل : أصلاً ، وهي كذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

(٢) الكرباس ، بكسر الكاف : الثوب الخشن فارسي معرب والجمع كرابيس ، وينسب إليه بئعه ، فيقال : كرابيسي وعرف بهذه النسبة جماعة ، منهم أبو علي الحسين بن علي الكرابيسي البغدادي صاحب الشافعي وأشهرهم بانتياب مجلسه ، وأحفظهم لمذهبه توفي (٢٤٨) هـ .

بالأقل ، وهذا فيه إرشاد وتلقين ، ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم ، لكن الأخذ بالأقل من صفة ثوب عينه لاوجه له •

المسألة الثالثة : إذا قامت بينة على المدعى عليه ، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما ادعاه ، لم يجبه ، لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة ، ولأنه كطعن في الشهود ، وإن ادعى إبراء أو قضاء في الدين ، أو بيعاً ، أو هبة وإقباضاً في العين ، نظر إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة ، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه ، وإلا فلا يلتفت إلى قوله ، وإن ادعى أنه جرى قبل شهادة الشهود ، فإن لم يحكم القاضي بعد ، حلف المدعي على نفيه ، وإن حكم ، لم يحلفه على الأصح ، ولو قال المدعى عليه : الشهود فسقة ، أو كذبة ، والمدعي يعلم ذلك ، فهل له تحليفه على أنه لايعلم ؟ وجهان ، وطردا في كل صورة ادعى ما لو أقر به الخصم لنفقه^(١) ولكن لم يكن المدعى عين حق له ، بأن قال المدعى عليه : إنك أقررت لي بكذا ، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى : إن المدعي حلفني مرة ، وأراد تحليفه ، أو قذفه ، فطلب الحد ، فادعى زنى المقدوف ، وأراد تحليفه ، ويشبه أن يكون الأصح أن له التحليف ، ويؤيده ما سبق من قول الأصحاب : إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة ، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف التحليف • وإن كان المقدوف ميتاً ، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لايعلم زنى مورثه ، حلف ، وهذه الصورة محكية عن النص ، لكن ذكر البغوي أن الأصح أنه لا يحلفه إذا ادعى فسق الشهود ، أو كذبهم ، وأما تحليف القاضي والشهود ، فلا يجوز قطعاً ، لارتفاع منصبيهما •

المسألة الرابعة : قامت بينة على المدعى عليه ، وادعى أن المدعي

(١) في الاصل : لنفقه •

باعه العين المدعاة ، أو باعها لبائعه ، أو ادعى أنه أبرأه من الدين المدعى ، فأنكر ، فلا يخفى أن القول قول المدعي ، وأن المدعى عليه مدع فيما ذكره يحتاج إلى بينة ، فإن استمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام على الصحيح ، وقيل : يوم فقط . ولو ادعى الإبراء ولم يأت ببينة ، وقال : حلفوه أنه لم يرئني ، حلفناه ، ولا يكلف توفية الدين أولاً ، وعن القاضي وجه أنه يستوفى منه الدين أولاً ، ثم إن شاء حلفه ، لأنها دعوى جديدة ، والصحيح الأول ، وليس كما لو قال لوكيل المدعي : أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه ، ولا يؤخر إلى حضور الموكل وحلفه ، لعظم الضرر في التأخير وهنا الحلف متيسر في الحال . ولو قال : إنه أبرأني من هذه الدعوى ، فهل يحلف المدعي أنه لم يرئنه ؟ وجهان اختار القفال ، والغزالي المنع ، وادعى الروياني أن المذهب التحليف ، لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه ، برىء .

فرع

مدعي الدفع إن قال : قضيت أو أبرأني ^(١) فذاك ، وإن أطلق ، وقال : لي بينة دافعة واستفسر ، لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً إلا أن يعرف معرفته ، وإن عين جهة ، ولم يأت ببينة عليها ، وادعى عند انقضاء مدة المهلة بلا جهة أخرى ، واستمهل ، فينبغي أن لا يجاب ، وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع .

الخامسة : الدعوى أنواع ، منها دعوى الدم ، ويشترط تفصيلها كما سبق في القسامة ، وأما دعوى النكاح والبيع ، وسائر العقود ، فقال الشافعي رحمه الله : لو ادعى أنه نكح امرأة ، لم يقبل منه حتى

(١) في الأصل : وأبراني .

يقول : نكحتها بولي وشاهدي عدل ، فمن الأصحاب من اكتفى في دعوى النكاح بالإطلاق ، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل ، كما يكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق ، وحملوا النص على الاستحباب والتأكيد ، وقال أبو علي الطبري : إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل ، وإن ادعى دوامه ، فلا ، لأن الشروط لا تعتبر في الدوام، وأخذ عامة الأصحاب بظاهر النص ، وأوجبوا التفصيل والتعرض للشروط ابتداء ودواماً ، لأن الفروج يحتاط لها ، كالدماء ، والوطء المستوفى لا يتدارك ، كالدّم . وأما الجواب عن المال ، فإن كان المدعى نفس المال، فإنما اكتفى بالإطلاق ، لأن أسبابه لا تنحصر ، فيشق ضبطها ، وإن كان عقداً على مال ، كبيع وإجارة وهبة ، فثلاثة أوجه أحدها قاله ابن سريج : يشترط التفصيل ، وذكر الشروط كالنكاح ، والثاني : إن تعلق العقد بجارية ، اشترط احتيماً للبضع ، وإلا فلا ، والثالث وهو أصحها ، ونقله ابن كج عن النص : لا يشترط مطلقاً ، لأن المقصود المال وهو أخف شأنًا ، ولهذا لا يشترط فيها الإشهاد بخلاف النكاح . وأما التعرض في دعوى النكاح، لعدم مانع النكاح، كالردة والعدة والرضاع، فلا يشترط على الصحيح ، لأن الأصل عدمها ، ولكثرتها ، فإن شرطنا التفصيل في النكاح ، فيقول : نكحتها بولي وشاهدين . ويشترط وصف الولي والشاهدين بالعدالة على الصحيح ، وقياسه وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يشترط تعيين الشاهدين والولي، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يخل عن ولي وشاهدين ، ويشترط التعرض لرضى المرأة إن كان رضاها شرطاً ، فإن كانت أمة ، اشترط التعرض للعجز عن الطول ، ولخوف العنت على الأصح ، وإن شرطنا التفصيل في دعوى البيع ، قالوا : يقول : تعاقدنا بثلث معلوم ونحن جائزاً التصرف ، وتفرقنا عن تراض ، ويشترط في الشهادة على النكاح

التفصيل إن قلنا باشتراطه في دعوى النكاح ، وفي فتاوى القفال أنه يشترط أن يقولوا بعد تفصيل النكاح : ولا نعلم أنه فارقتها ، أو وهي اليوم زوجته ، والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق على المذهب ، لأنها لا تقر إلا عن تحقق ، وقيل : في اشتراط التفصيل فيه الخلاف في الدعوى والشهادة ، وهو ضعيف . ولو شهدوا على إقرارها ، لم يشترط أن يقولوا : ولا نعلم أنه فارقتها ، ولتكن الشهادة على البيع والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح ، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع المدعين بالصحة وجهين ، وبلاشتراط أجاب الغزالي في « الوجيز » وقال في « الوسيط » : الوجه القطع باشتراطه في النكاح ، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على أنه لا يشترط تفصيل الشرائط ، وإيراد الهروي يقتضي إطرادهما مع اشتراط التفصيل ليتضمن ذكر الصحة نفي المانع .

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة ، وتارة على وليها المجرى ، كما سبق في مسألة تزويج الولين المرأة بشخص ، وسبق هناك أن الأئمة قالوا : لو ادعى كل واحد من الزوجين سبق نكاحه ، وعلم المرأة به ، بني على أن إقرارها به هل يقبل ؟ إن قلنا : لا ، فلا تسمع دعواهما عليها ، وإن قلنا : نعم وهو الأظهر سمعت ، وهذا يقتضي كون سماع دعوى النكاح عليها أبداً فيه هذا الخلاف ، فكأنهم لم يذكروه هنا اقتصاراً على الأظهر .

المسألة السادسة : دعوى المرأة النكاح إن اقترنت بها حق من حقوق النكاح ، كصداق ونفقة ، وقسم وميراث بعد موته ، سمعت ، وإن تمحضت دعوى الزوجية ، سمعت أيضاً على الأصح ، فإن سمعت ، نظر ، إن سكت المدعى عليه ، وأصر على السكوت ، أقامت البينة عليه ، وإن أنكر ، فهل يكون إنكاره طلاقاً ؟ وجهان ، أصحهما : لا ،

فإن قلنا : هو طلاق ، سقط ما ادعته ، ولها أن تنكح زوجاً غيره ، ولو رجع عن الإنكار ، وقال : غلطت في الإنكار ، لم يقبل رجوعه ، وإن قلنا : ليس إنكاره طلاقاً ، فإنكاره كسكوته ، فيقيم البينة عليه ، وإن رجع ، قبلنا رجوعه ، وسلمنا الزوجة إليه ، وإن لم تكن بينة ، وحلف الرجل ، فلا شيء عليه ، وله أن ينكح اختها وأربعاً سواها ، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً . وإن اندفع النكاح ظاهراً حتى يطلقها أو يموت . قال البغوي : أو يفسخ بإعساره ، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ وليكن هذا مفرعاً على أن لها أن تفسخ بنفسها أما إذا أحوجناها إلى الرفع إلى القاضي ، فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول : إن كنت نكحتها ، فهي طالق ، ليحل لها النكاح ، وإن نكل الرجل ، حلفت هي ، واستحقت المهر والنفقة .

فرع

امرأة تحت رجل ادعى آخر أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل ، لأن الحرية لا تدخل تحت اليد ، فلو أقام كل واحد منهما بينة ، لم يقدم بينة من هي تحته ، بل هي كاثنين^(١) أقام كل واحد منهما بينة على نكاح خلية ، فينظر إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، فقد تعارضتا ولا يجيء قولاً القسمة والقرعة ، وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين ، قدمت البينة التي سبق تاريخها بخلاف ما لو كان هذا التعارض في مال ، فإن في الترجيح بالسبق قولين ، لأن^(٢) الانتقال في الأموال غالب دون النكاح . ولو

(١) في الاصل : كاثنين .

(٢) في الاصل : لانه .

قامت بينة أحدهما على النكاح ، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح ،
فبينة النكاح أولى ، كما لو شهدت بينة واحد بأنه غصب منه كذا ،
وبينة الآخر بأنه أقر له به ، ولو أقرت لأحدهما ، فعلى ما ذكرنا إذا
زوحها وليان لشخصين ، وادعى كل واحد سبق نكاحه .

فرع

ادعت ذات ولد أنها منكوحته ، وأن الولد منه ، وسمعنا دعوى
النكاح منها ، فإن أنكر النكاح والنسب ، فالقول قوله يمينه ، وإن
قال : هذا ولدي من غيرها ، أو هذا ولدي ، لم يكن مقراً بالنكاح ،
وإن قال : هو ولدي منها ، وجب المهر ، وإن أقر بالنكاح ، فعليه النفقة
والمهر والكسوة^(١) ، فإن قال : كان نكاح تفويض ، فلها المطالبة بالفرض
إن لم يجز دخول ، وإن جرى ، فقد وجب المهر بالدخول ، فلا معنى
لإنكاره .

المسألة السابعة : ادعى رق بانغ ، فقال البالغ : أنا حر الأصل ،
فالقول قوله ، وعلى المدعي البينة ، وسواء كان المدعي استخدمه قبل
الإنكار ، وتسلط عليه ، أم لا ، وسواء جرى عليه البيع مراراً ،
وتداوله الأيدي أم لا ، فإن كان اشتراه من غيره ، وحلف على نفي
الرق ، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن ؟ فيه كلام سنذكره إن شاء
الله تعالى في المسألة الرابعة من الباب الثاني . فإن قال البالغ لمن هو في
يده : إنك أعنتني أو أعنتني من باعني لك ، طولب بالبينة ، ولو ادعى
رق صغير ، فإن لم يكن في يده ، لم يصدق إلا ببينة ، وإن كان في يده ،
نظر إن استندت إلى النقاط ، فكذلك على الأظهر ، وفي قول : تقبل ،
ويحكم له بالرق ، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط ، صدق وحكم

(١) في الأصل : والنسوة .

له ، كما لو ادعى الملك في دابة^(١) أو ثوب في يده ، فلو كان مميزاً ، فأنكر ، فالأصح أنه يحكم له برقه ، ولا أثر لإنكاره ، والثاني : أنه كالبالغ ، وإذا حكمنا له برقه في الصغير ، فبلغ ، وأنكر الرق ، فالأصح استمرار الرق حتى تقوم بينة بخلافه ، والثاني : يصدق منكر الرق إلا أن تقوم به بينة ، ولا فرق في جريان الوجهين بين أن يدعي في الصغير ملكه ويستخدمه ، ثم يبلغ وينكر^(٢) ، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ ، ثم يدعي ملكه ، وينكر المستخدم واليد على البالغ المسترق ، وإن لم ينعن عن البينة عند إنكاره ، فهي غير ساقطة بالكلية ، بل يجوز اعتمادها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بأن الظاهر أن الحر لا يسترق ، وقال الشيخ أبو محمد : لا يجوز شراؤه مع سكوته ، كما لا يجوز مع إنكاره الرق ، بل يسأل ، فإن أقر ، اشترى •

الثامنة : في سماع الدعوى بدين مؤجل أوجه ، أصحها : لا ، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال ، والثاني : نعم ، والثالث : تسمع إن كان له نية ، ليستحل فيأمن غيبتها وموتها ، وإلا فلا ، أو في دعوى الأمة الاستيلاء والرقيق التدبير ، وتعليق العتق بالصفة طريقتان أحدهما : تقبل ، لأنها حقوق ناجزة ، والثاني : على الخلاف في الدين المؤجل الاستيلاء أولاهما^(٣) بالقبول ، وهذا المذكور في التدبير إذا لم نجوز الرجوع عنه بالقبول ، فإن جوزناه ، فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي •

قلت : المذهب سماع دعوى الاستيلاء والتدبير ، وتعليق العتق •
وانشأ علم

(١) في الأصل : دار •

(٢) في الأصل : وينكسر •

(٣) في الأصل : أولا •

فرع

ادعي عليه دين مؤجل قبل المحل ، فله أن يقول في الجواب : لا يلزمني دفع شيء إليك الآن ، ويحلف عليه ، وهل له أن يقول : لاشيء علي مطلقاً ، قال القفال : فيه وجهان بناء على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب ؟ وفيه وجهان •

التاسعة : سلم ثوباً أو غيره إلى دلال لبيعه ، فجحده ، وشك في بقاء الثوب ، فلا يدري أيطالب بالعين ، أم بالقيمة ، فقد سبق في أواخر باب القضاء على الغائب وجهان ، أصحهما : له أن يدعي على الشك ، فيقول : لي عنده كذا ، فإن بقي ، فعليه رده ، وإلا فقيمته أو مثله ، والثاني : يشترط في الدعوى الجزم ، فيفرد لكل واحد من المطالبة دعوى برأسها ، فإن قلنا بالأول ، فأنكر المدعى عليه ولا بينة ، حلف على نفي الجميع ، وإن نكل ، وردت اليمين على المدعي ، فهل يحلف على التردد ، كما لو ادعى على التردد ، أم يشترط التعيين ؟ وجهان ، وإن قلنا : يفرد لكل مطلب دعوى ، فادعى مارآه أقرب ، ونكل الخصم ، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه ، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك ؟ وجهان ، أصحهما : نعم استدلالاً بنكوله على كذبه ، كما يستدل بخط أبيه ، وأجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف ، وتأكد ظنه بنكول المودع هل يحلف اليمين المردودة ، وفي فتاوى القفال ، انه ادعى عليه ثوباً ، فقال : كان في يدي وهلك ، فأغرم لك القيمة ، فقال المدعي للحاكم : قد أقر بالثوب ، فحلفه أنه لا يلزمه تسليمه إلي ، حلفه ، فإن حلف ، قنع منه بالقيمة ، وإن نكل وحلف المدعي على بقاء الثوب طولب بالعين •

الباب الثاني في جواب الدعوى

جواب المدعى عليه إقرار ، أو إنكار ، فإن سكت ، وأصر على

السكوت ، جعل كالمنكر الناكل ، فترد اليمين على المدعي ، فهو كالإنكار . والكلام في الإقرار وصيغته على ما سبق في كتاب الإقرار، وقول المدعى عليه : لي عن دعواك مخرج ، ليس بإقرار ، لاحتمال الخروج بالإنكار ، وكذا قوله : لفلان علي أكثر مما لك ، ليس بإقرار للمخاطب بما دعاه ، لاحتمال إرادة الاستهزاء . قال القاضي أبو سعد : وكذا لو قال : لك علي أكثر مما ادعيت ، لم يكن إقراراً لاحتمال أن يريد . لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت ، وكما لا يكون قوله : لفلان علي أكثر مما لك إقراراً للمخاطب ، لا يكون إقراراً لفلان أيضاً ، لاحتمال أن يريد بالحق الحرمة . فلو قال : لفلان علي مال أكثر مما ادعيت ، فهذا إقرار لفلان ، إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر تنزيلاً على كثرة^(١) التركة أو الرغبة ، كما سبق في الإقرار . ولو قال : الحق أحق أن يؤدي ، فليس بإقرار ، لأن المعنى حيث يكون حقاً، فأما أنا فبريء .

فصل

في مسائل الباب هي ست ، الأولى : ادعى عليه عشرة ، فقال : لا يلزمني العشرة ، فليس بجواب تام ، بل التام أن يضيف إليه ولا شيء منها ، أو ولا بعضها ، وكذا يحلف إن حلف ، لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها ، فاشتراط مطابقة الإنكار واليمين دعواه ، وقال القاضي حسين : لا يكلف في الإنكار أن يقول : ولا شيء منها ، وإنما يكلف ذلك في اليمين ، والصحيح الأول ، وإذا حلفه القاضي على أنه لا يلزمه العشرة ، ولا شيء منها ، فحلف على نفي العشرة ، واقتصر عليه ، لم تلزمه العشرة بتمامها ، لكنه ناكل عما دون العشرة ، فللمدعي

(١) في الأصل : كثر .

أن يحلف على استحقاق مادونها بقليل ، ويأخذه ، ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين ، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة ، قال البغوي : إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها ، فله أن يحلف على بعضها ، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها ، لم يكن له الحلف على بعضها ، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه ، وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى ، فذلك إذا لم يسنده إلى عقد ، فإن أسنده ، بأن قالت المرأة : نكحني بخمسين وطالبته به ، ونكل الزوج ، لم ^(١) يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين ، لأنه يناقض ما ادعته أولاً . وإذا ادعى أن الدار التي في يدك ملكي يلزمك تسليمها إلي ، فإذا أنكر المدعى عليه ، يحلف أنها ليست ملكاً له ، ولا شيء منها ، ولو ادعى أنه باعه إياها ، كفاه أن يحلف أنه لم يبيعها .

الثانية : إذا ادعى مالاً وأسنده إلى جهة بأن قال : أقرضتك كذا ، وطالبه ببدله ، أو قال : غصبت ^(٢) عبدي ، فتلف عندك ، فعليك كذا ضماناً ، أو مزقت ثوبي ، فعليك كذا أرشاً ، أو اشتريت منك كذا ، وأقبضتك ثمنه ، أو اشتريت مني كذا ، فعليك ثمنه ، وطالبه بالمدعى ، فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة ، بل يكفيه أن يقول : لا يستحق علي شيئاً ، ولا يلزمني تسليم شيء إليك ، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة : لا شفعة لك عندي ، أو لا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك ، لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض والغصب وغيرهما ، ويعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة ، فلو

(١) في الأصل : ولم .

(٢) في الأصل : غصب .

نقي^(١) الإقراض ونحوه كان كاذباً ، وإن اعترف به ، وادعى المسقط طوبى بالبينة ، وقد يعجز عنها ، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق ، ولو قالت المرأة : طلقني ، فقال : أنت زوجتي ، كفاه وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق ، وأفضى الأمر إلى الحلف ، حلف على ما أجاب ، ولم يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة ، ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق ، جاز ، ذكره البغوي . ولو تعرض في الجواب للجهة ، فقال : ما بيعتك ، أو ما أقرضتني ، أو ما مزقت ، فالجواب صحيح ، إن حلف على وفق الجواب ، فذاك ، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لا يلزمه شيء ، فهل يمكن ، كما لو أجاب كذلك ، أم لا ليطابق اليمين الإنكار ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، وهو المنصوص . ولو كان في يده رهون ، أو مستأجر ، وادعاه مالكة ، كفاه أن يقول : لا يلزمني تسليمه ، ولا يجب التعرض للملك ، فإن أقام المدعي بينة بالملك ، نقل في « الوسيط » عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه ، واعترض عليه بأنه قد يصدق الشهود ، ولا يجب التسليم لإجارة أو رهن ، ولو اعترف بالملك ، وادعى رهناً أو إجارة ، وكذبه المدعي ، فمن المصدق منهما ؟ وجهان سبقا في باب اختلاف المتراهنين ، فإن صدقه صاحب اليد ، فذاك ، وإن صدق المالك — وهو الصحيح — ، احتاج مدعي الرهن أو الإجارة إلى البينة ، فإن لم توافقه بينة ، وخاف جحود الراهن لو اعترف له بالملك ، فما حيلته ؟ وجهان ، قال القفال : حيلته تفصيل الجواب ، فيقول : إن ادعت ملكاً مطلقاً فلا يلزمني التسليم ، وإن ادعت رهوناً عندي ، فاذكره لأجيب ، وقال القاضي حسين : لا يقبل الجواب المردد ، بل حيلته أن يجحد ملكه

(١) في الأصل : بقي .

إن جحد صاحبه الدين والرهن ، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن ، وخاف
الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين ، فعلى الوجه الأول يفصل ،
فيقول : إن ادعيت ألفاً لي عندك به كذا رهناً فحتى أجيب ، وإن ادعيت
ألفاً ، فلا يلزمي . وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود ،
فلمن عليه الدين أن يجحده ، ويجعل هذا بذلك ، ويشترط التساوي ،
والوجه الأول أصح ، وبه قطع الفوراني ، وذكر أن المدعى عليه يفصل
الجواب أبداً ، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء^(١) مثل أن يدعي عليه
ألفاً ، فيقول : إن ادعيت عن ثمن كذا فحتى أجيب ، وإن ادعيت عن
جهة أخرى ، فلا يلزمي .

فرع

ادعت على رجل ألفاً صداقاً يكفيه أن يقول : لا يلزمي تسليم
شيء إليها ، قيل للفقهاء : هل للقاضي أن يقول : هل هي زوجتك ؟
فقال : ما للقاضي ولهذا السؤال ؟ لكن لو سأل ، فقال : نعم ، قضى
عليه بمهر المثل إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا ، فلا يلزمه أكثر منه .

الثالثة : إذا ادعى عقاراً أو منقولاً على إنسان ، وقال المدعى
عليه : ليس هو لي ، نظر ، أ يقتصر عليه ، أم يضيفه إلى مجهول ، أم
إلى معلوم ؟ فإن اقتصر عليه ، أو أضافه إلى مجهول بأن قال : هو لرجل
لا أعرفه ، أو لا أسميه ، فثلاثة أوجه ، أحدهما : يسلم المال إلى المدعي ،
إذ لا مزاحم له ، والثاني : تنصرف الخصومة عنه ، ويتنزع الحاكم
المال من يده ، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق ، أخذه ، وإلا حفظه
إلى أن يظهر مالكة ، وأصحهما : لا ينصرف ، ولا ينتزع المال من يده ،
فعلى هذا إن أقر بعد ذلك لمعين ، قبل ، وانصرفت الخصومة إلى ذلك

(١) في الأصل : شيئاً .

المعين ، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه أو يحلفه ، وهل يمكن من أن يعود ، فيدعيه لنفسه ؟ وجهان • ولو قال في الجواب : نصفه لي ، ولا أدري لمن النصف الآخر ، ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة ، أما إذا أضافه إلى معلوم ، فالمضاف إليه ضربان ، أحدهما : من تتعذر مخاصمته ، وتحليفه بأن قال : هو وقف على الفقراء ، أو على المسجد الفلاني ، أو على ابني الطفل ، أو هو ملك له ، فالذي قطع به الغزالي ، والشيخ أبو الفرج أن الخصومة تنصرف عنه ، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله ، ولا تغني إلا البينة • قال أبو الفرج : وإذا قضى له القاضي بالبينة كتب صورة الحال في السجل ، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ ، وقال البغوي : إذا قال : هو لابني الطفل ، أو وقف عليه ، لم تسقط الدعوى ، فإن أقام بينة أخذه ، وإلا حلف المدعى عليه : أنه لا يلزمه تسليمه إليه إذا كان هو قيم الطفل •

اختار في « المحرر » قول البغوي • والله أعلم

الضرب الثاني : من لا تتعذر مخاصمته وتحليفه ، كشخص معين ، وهو نوعان ، حاضر في البلد ، وغائب ، فال حاضر يراجع ، فإن صدق (١) المدعى عليه ، انصرفت الخصومة إليه ، وإن كذبه ، فأربعة أوجه الثلاثة السابقة في الإقرار ، ورابعة حكاة ابن الصباغ أنه يقال للمدعى عليه : ادعه لنفسك ، فتكون الخصم ، أو لمن يصدقك ، فيكون هو الخصم ، فإن امتنعت ، جعلناك ناكلاً ، وحلفنا المدعي •

النوع الثاني : الغائب ، فإذا أضاف المدعي إلى غائب ، ففي انصراف الخصومة عنه أوجه ، أصحها — وبه قال الأكثرون — ينصرف ، والثاني : لا ، والثالث : إن قال : ليس لي ، وإنما هو لفلان ، فلا ،

(١) في الأصل : صرف •

فإن قلنا : لا ينصرف ، نظر ، إن لم يكن للمدعي بينة ، فله تحليف المدعى عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه ، فإن نكل حلف المدعي ، وأخذ المال من يده ، ثم إذا عاد الغائب ، وصدق المقر ، رد المال عليه بلا حجة ، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه ، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر ، أخذ المال من يده أيضاً ، وهل هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة معه ، أم على الغائب ، لأن المال بمقتضى الإقرار له ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، ولا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمين ، ويثبت القاضي في السجل أنه قضى له بالبينة بعد ما أقر المدعى عليه أنه لفلان الغائب ، ليكون الغائب على حجته ، وإذا عاد ، وأقام البينة ، قضى له لترجح جانبه باليد ، وإن لم يقمها ، أقر المال في يد المدعي ، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجل أن الغائب قدم ، ولم يأت ببينة ، أجابه إليه ، وإن قلنا : تنصرف الخصومة عنه ، فإن لم يكن للمدعي بينة ، وقف الأمر إلى أن يحضر الغائب ، وإن كانت له بينة ، قضى له بالمال ، وهل هو قضاء على الغائب ، ويحتاج معه إلى اليمين ، أم على الحاضر الذي تجري الخصومة معه ، فلا يحتاج إليها ؟ وجهان ، رجح العراقيون ، والرويانى الثاني ، ولكن الأول أقوى ، وأليق بالوجه المفرع عليه ، واختاره الإمام والغزالي ، هذا كله إذا لم يقم المدعى عليه بينة أن المال للغائب ، فإن أقامها ، نظر إن ادعى أنه وكيل من جهة الغائب ، وأثبت الوكالة فبينته على أن المال للغائب مسموعة مرجحة على بينة المدعي . وإن لم يثبت الوكالة ، فذكر الإمام والغزالي فيه ثلاثة أوجه ، أصحها : لا تسمع بينته ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، لأنه ليس بمالك ولا نائب ، فعلى هذا الحكم كما لو لم يقم بينة . والثاني : تسمع ، والثالث : إن اقتضت البينة على أنه لفلان الغائب ، لم تسمع ، وإن تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى

عليه بعارية ، أو غيرها ، سمعت ، فإن لم يسمعها فادعى لنفسه حقاً لازماً ،
كرهن وإجارة ، وتعرضت البينة لذلك ، ففي السماع وجهان • وإذا
سمعنا بينته لصرف اليمين عنه ، حكم للمدعي بينته ، فإن رجع الغائب ،
وأعاد البينة ، قدمت بينته ، وإن سمعناها لعلقة الإجارة والرهن ،
فهل تقدم هذه البينة ، أم بينة المدعي ؟ وجهان ، أصحهما : تقديم
بينة المدعي ، ويكون فائدة بينته صرف اليمين عنه ، هذا ما ذكره الإمام ،
والغزالي ، والذي يفتى به - وهو المفهوم من كلام الأصحاب - أن
المدعي إذا أضاف المدعى عليه إلى الغائب خصومة معه ، وأخرى مع
الغائب ، فإذا أقام البينة ، انصرفت الخصومة عنه لا محالة ، ولا يجيء
فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصر على الإقرار للغائب ، وبنوا على
انصراف الخصومة عنه أن المدعي لو أقام البينة والحالة هذه ، فلا بد
له من اليمين مع البينة ، والقضاء قضاء على غائب بلا خلاف ، وهي
بالإضافة إلى الغائب غير مسموعة ، فلا يحكم للغائب بالملك بالبينة التي
أقامها الحاضر على أنه للغائب ، فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في
رهن الحاضر ، وإجارته ، فوجهان ، أحدهما : تسمع هذه البينة للغائب
أيضاً ، وترجح بينته على بينة المدعي ، لقوتها باليد ، وأصحهما :
لا تسمع ، فعلى هذا تعمل بينة المدعي •

فرع

متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه بإقراره لحاضر
أو لغائب أو مجهول على وجه ، فهل للمدعي تحليفه ؟ قولان بناء على
أنه لو أقر له بعد إقراره لغيره ، هل يغرم القيمة ، وفيه خلاف سبق في
الإقرار ، إن قلنا : نعم ، حلفه ، فلعله يقر فيغرم القيمة ، وإن قلنا : لا ،
فإن قلنا : النكول ورد اليمين ، كالإقرار ، لم يحلفه ، وإن قلنا : كالبينة

خلفه ، لأنه قد ينكل ، فيحلف المدعي ، ويأخذ القيمة ، وكأن العين تالفة • وهل يسترد العين من المقر له وفاء بتنزيله منزلة البينة ؟ وإذا أوجبنا القيمة ، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً ، أو يمين المدعي بعد نكوله ، ثم سلمت له العين بيينة ، أو يمينه بعد نكول المقر له ، لزمه رد القيمة ، لأنه أخذها للحيلولة ، وقد زالت •

مرع

ادعى أن هذه الدار وقف علي ، وقال من هي في يده : هي ملك لفلان ، وصدقه المقر له ، انتقلت الخصومة^(١) إليه ، وليس له طلب القيمة من المقر ، لأنه يدعي الوقف ، ولا يعتاض عنه ، كذا قاله البغوي • وكان لا يبعد طلب القيمة ، لأن الوقف يضمن بالقيمة عند الإلتلاف والحيلولة في الحال كالإلتلاف • ولو رجع الغائب ، وكذب المدعى عليه في إقراره ، فالحكم كما سبق فيمن أضاف إلى جاحد ، فكذبه ، ولو أقام المقر له الحاضر ، أو الغائب بعد الرجوع بينة على الملك ، لم يكن للمدعي تحليف المقر ، ليغرمه ، لأن الملك استقر بالبينة ، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به •

المسألة الرابعة : اشترى ثوباً وعبداً من رجل ، فادعاه آخر ، نظر إن ساعده المشتري ، وأقر له بما ادعاه ، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ، وإن استحلف ، فنكل ، فحلف المدعي ، وأخذ المال ، قال الشيخ أبو علي : ليس له الرجوع بالثمن أيضاً بلا خلاف ، لتقصيره بالنكول وحلف المدعي بعد نكوله كإقراره ، ويجوز أن يفرض في هذا الخلاف بناء على أنه كالبينة •

(١) في الأصل : الخصوم •

قلت : هذا ضعيف أو باطل ، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما ، وكذا نقل الشيخ أبو علي تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع • والله اعلم

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة ، وأخذ المال ، نظر إن لم يصرح في منازعته للمدعي بأنه كان ملكاً لبائعي ، ولا بأنه ملكي بأن قامت البينة - وهو ساكت - ، فله الرجوع بالثمن قطعاً ، وإن صرح بذلك ، فوجهان ، أحدهما : لا يرجع ، لأن المدعي ظالم باعترافه ، وأصحهما الرجوع مهما قال ذلك على وجه الخصومة ، أو اعتمد ظاهر اليد ، ثم إن خلاف ذلك بالبينة ، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء : بعني هذه الدار ، فإنها ملكك ، ثم قامت بينة بالاستحقاق ، ولا يجريان فيما لو كان الموجود مجرد الشراء ، وإن كان الشراء إقراراً للبائع بالملك ، وفرقوا بأن ذلك إقرار تضمنه الشراء ، فبطل يبطلان المبيعة والإقرار المستقل بخلافه ولو اشترى عبداً في الظاهر ، فقال : أنا حر الأصل ، فقد سبق أن القول قوله ، وأن على المشتري البينة على رقه ، أو على إقراره بالرق له ، أو للذي باعه إياه ، فإذا حلف حكم بحريته في الظاهر ، ثم أطلق ابن الحداد أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ، وفصل أكثرهم ، فقالوا : إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق ، رجع ، وإن صرح ، فعلى الوجهين •

فروع

من كلام القاضي أبي سعد الهروي : أقر المشتري للمدعي بالملك ، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي ، ليرجع بالثمن على البائع ، لم يمكن ، لأنه يشبث الملك لغيره بلا وكالة ولا نيابة ، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة - والحالة هذه - لم يلتفت إليه لاستغنائها عن البينة

بالإقرار ، وله تحليف البائع ، لأنه ربما أقر ، فيرجع عليه ، فإن نكل ، فهل يحلف المشتري يمين الرد ، إن قلنا : النكول واليمين كالإقرار ، فنعم ، وإن قلنا : كالبينة ، فلا . ولو ادعى المسترق المبيع أنه حر الأصل ، أو اعترف به المشتري ، ثم أراد المشتري إقامة البينة أنه حر الأصل ، مكن ، لأن الحرية حق الله تعالى ، ولكل أحد إثباتها ، وإذا ثبتت ، ثبت الرجوع ، ولا يكفي في الرجوع بينة بمطلق الحرية ، لاحتمال أن المشتري هو الذي اعتقه . ولو أقام المشتري بعد ما أقر للمدعي بينة على إقرار البائع بأن المال للمدعي قبلت ، وثبت الرجوع ، لأنه إذا بان إقرار البائع من قبل ، لغا إقرار المشتري ، ولو أقام مدعي الاستحقاق البينة ، وأخذ العين ، ثم قامت بينة بأن البائع كان اشتراها من هذا المدعي سمعت ، يرد الحكم الأول ، وتكون العين للمشتري بالمبايعة السابقة .

فصل

جارية في يد رجل ادعى رجل أنها له ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام المدعي بينة ، أو حلف بعد نكول المدعي عليه ، وحكم له بها فأخذها ، فوطئها ، ثم قال : كذبت في دعواي ويميني ، والجارية لمن كانت في يده ، لزمه ردها ومهرها ، وأرش نقصها إن نقصت ، ولا يقبل قوله : إنها كانت زانية ، لأنها تنكر ما يقول . وإن أولدها ، ثم كذب نفسه ، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد والاستيلاد ، لأن إقراره لا يلزم غيره ، ولكن عليه قيمة الولد والأم مع المهر ، وليس له وطؤها بعد ذلك إلا أن يشتريها منه ، فإن مات ، عتقت وولائها موقوف ، فإن وافقته الجارية في الرجوع ، لم يبطل الاستيلاد على الأصح ، ولو أن صاحب اليد أنكر وحلف^(١) ، وأولد الجارية ، ثم عاد ، وقال : كنت مبطلاً

(١) في الأصل : حلف .

في الإنكار والجارية المدعي ، فالكلام في المهر ، وقيمة الولد ، والجارية ، والاستيلاء على ما سبق في طرف المدعي .

المسألة الخامسة : ما يقبل إقرار العبد فيه ، كالحد ، والقصاص ، فالدعوى فيه يكون على العبد ، والجواب بطلب منه ، وما لا يقبل إقراره فيه وهو الأرض ، وضمان الأموال ، فالدعوى فيه تتوجه على السيد ، لأن الرقبة التي تتعلق بهاق للسيد ، ولو وجهت الدعوى على العبد ، فوجهان ، أحدهما - وهو اختيار الإمام والغزالي - المنع ، لأن إقراره به غير مقبول ، فعلى هذا هل للمدعي تحليفه ؟ يبنى على أن الأروش المتعلقة بالرقبة هل تتعلق بالذمة أيضاً ؟ وفيه قولان سيأتيان في كتاب العتق إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : نعم ، فلا طلبة في الحال ، ولا إلزام ، وإنما هو شيء يتوقع فيما بعد ، كالدين المؤجل ، ويجيء الخلاف السابق في سماع الدعوى بالدين المؤجل ، فإن سمعناها ، فله تحليف العبد ، فإن نكل ، وحلف المدعي اليمين المردودة ، لم يكن له التعلق بالرقبة ، لأن اليمين المردودة وإن جعلت كالبينة ، فلا تؤثر إلا في حق المتداعيين ، والرقبة حق السيد . وقيل : له التعلق بالرقبة إن جعلناها كالبينة ، والوجه الثاني وهو المقطوع به في « التهذيب » في باب مداينة العبد : أن الدعوى مسموعة على العبد إن كان للمدعي بينة ، وكذا إن لم تكن بينة ، وقلنا : اليمين المردودة كالبينة ، وإن قلنا : كالإقرار فلا ، وفي كل واحد من الوجهين إشكال ، والمتوجه أن يقال : تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرض في ذمته تفرعاً على الأصلين المذكورين ، ولا تسمع الدعوى ، والبينة عليه لتعلقه بالرقبة .

المسألة السادسة : من ادعى على رجل عيناً ، أو ديناً ولم يحلفه ، وطلب كفيلاً منه ليأتي بالبينة ، لم يلزمه إعطاء كفيل ، وإن اعتاد القضاة خلافه ، هذا هو المعروف للأصحاب ، وقال بعض المتأخرين :

الأمر فيه إلى رأي الحاكم ، وإن أقام شاهدين ، وطلب كفيلاً إلى أن يعدلاً ، فالصحيح أنه يطالب به فإن امتنع^(١) ، حبس لا متناعه لا لثبوت الحق ، وقال القفال : لا يلزمه إعطاء الكفيل ، لكن للحاكم أن يطالبه إذا رأى^(٢) اجتهاده إليه ، وخاف هربه ، وقد سبق في الضمان قول إن كفالة البدن باطلة ، وبالله التوفيق •

الباب الثالث في اليمين

فيه أطراف :

الأول في نفس الحلف ، وصيغ الأيمان مستوفاة في موضعها ، والمقصود لأن بيان قاعدتين إحداهما : أن للتغليظ مدخلاً في الأيمان المشروعة في الدعاوى مبالغة في الزجر ، وفيه مسائل : الأولى التغليظ يقع بوجوده ، أحدها التغليظ اللفظي ، وهو ضربان ، أحدهما : التعديد ، وهو مخصوص باللعان والقسامة ، وواجب فيهما ، الثاني : زيادة الأسماء والصفات ، بأن يقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، أو والله الطالب الغالب ، المدرك المهلك ، الذي يعلم السر وأخفى ، وهذا الضرب مستحب ، فلو اقتصر على : « الله » كفى ، واستحب الشافعي رحمه الله أن يقرأ على الحالف (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً^(٣)) الآية وأن يحضر المصحف ، ويوضع في حجر الحالف ، وذكر بعضهم أنه يحلف قائماً زيادة في التغليظ • والوجه

(١) في الأصل : فامتنع .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : إذا أدى .

(٣) سورة آل عمران : ٧٧ .

الثاني : التغليظ بالمكان ، والثالث : التغليظ بالزمان ، وهما مفصلان في كتاب اللعان . وهل التغليظ بالمكان مستحب ، أم واجب لا يعتد بالحلف في غيره ؟ قولان ، أظهرهما : الأول ، وقيل : مستحب قطعاً ، والتغليظ بالزمان مستحب ، وقيل كالمكان ، ورأى الإمام طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي ، ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان التغليظ بحضور جمع ، ولم يذكره هنا ، ويشبه أن يقال : الأيمان المتعلقة بإثبات حد ، أو دفعه يكون التغليظ فيها بالجمع ، كما هو في اللعان .

قلت : الصواب القطع بأنه لا يعتبر هنا . والله أعلم

ثم التغليظ هل يتوقف على طلب الخصم ، أم يغلف القاضي وإن لم يطلب الخصم ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، حكاه ابن كج ، ويشبه أن يجري ، سواء قلنا بالاستحباب أو بالإيجاب .

المسألة الثانية : يجري التغليظ في دعوى الدم والنكاح ، والطلاق والرجعة ، والإيلاء واللعان ، والعق والحد ، والولاء والوكالة والوصاية ، وكل ما ليس بمال ، ولا يقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، وليس قبول شهادة النساء فيها منفردات لقلّة خطرهما ، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً ، وتوقف الإمام في الوكالة ، وأما الأموال فيجري التغليظ في كثيرها وهو نصاب الزكاة عشرون ديناراً أو مائتا درهم ، وأما قليلها وهو ما دون ذلك ، فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة الحالف ، فله التغليظ . وعن ابن القطان وجه غريب أن المال الواجب بجناية عمداً وخطأ يغلف فيه وإن قل .

الثالثة : ما جرى فيه التغليظ يستوي فيه يمين المدعى عليه ، واليمين المردودة ، واليمين مع الشاهد ، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين من أحد الطرفين دون الآخر مثل ان ادعى عبد على سيده عتقاً ، أو كتابة فأنكر السيد ، فإن بلغت قيمته نصاباً ، غلظ عليه ، وإلا فلا ، فإن نكل ، غلظ على العبد بكل حال ، والوقف من جانب المدعى عليه لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً ، وكذا من جانب المدعي إن أثبتناه بشاهد ويمين ، وإن لم تثبته بهما ، غلظ كالعنق ، وفي وجه ما غلظ من طرف غلظ من الآخر ، والصحيح الأول ، وإذا ادعى الزوج الخلع على مال ، وأنكرته حصلت البيئونة بقوله ، وتصدق الزوجة في إنكار المال يمينها ، وينظر في التغليظ إلى قلة المال وكثرته ، فإن ردت اليمين ، وحلف الزوج ، فكذلك ، لأن مقصوده المال ، وإن ادعت هي الخلع ، وأنكر ، غلظ عليه ، [لأن مقصوده استدامة النكاح ، وإن نكل ، فحلفت غلظ] ، لأن مقصودها الفراق .

الرابعة : من به مرض أو زمانة ، لا يغلظ عليه في المكان لعذره ، وكذا الحائض ، إذ لا يمكنها اللبث في المسجد ، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم خلاف سبق ، فإن أحضرت ، فكالرجل في التغليظ ، وإن قلنا : لا تحضر ، بل يبعث القاضي من يحكم بينها وبين خصمها ، فإن اقتضى الحال تحليفها ، فهل يغلظ عليها بالمكان ، وتكلف حضور الجامع أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ، ومتابعوه والغزالي .

فرع

من توجهت عليه يمين مغلفة ، وكان حلف بالطلاق أن لا يحلف يميناً مغلفة ، فإن قلنا : التغليظ واجب ، غلظ [ويحنت] ، وإن امتنع ، جعل ناكلاً ، وإن قلنا : مستحب ، لم يغلظ .

عليه إلتلاف ثوب قيمته عشرة ، فإن قال في الجواب : ما أتلفت ، يحلف
القاعدة الثانية : يشترط كون اليمين مطابقة للإنكار ، فإن ادعى
كذلك ، وإن قال : لا يلزمني شيء ، حلف كذلك ، ويشترط وقوعها
بعد تحليف القاضي ، فلو حلف قبله ، لم يعتد [به] ، فلو قال الحاكم
في تحليفه : قل : بالله ، فقال : بالرحمن ، لم يكن مجيباً ، وكان نكولاً .
ولو قال : قل : بالله ، فقال : والله ، أو تالله ، فهل هو نكول كالصورة
الأولى أم لا ، لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به ؟ وجهان ، ويجريان فيهما
لو غلظ عليه باللفظ ، فامتنع ، واقتصر على قوله : والله ، وفيما لو أراد
التغليظ بالزمان والمكان فامتنع ، فقال القفال في امتناعه من التغليظ
اللفظي : الأصح أنه ناكل ، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي ، وقطع
بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزماني دون اللفظي .

الطرف الثاني في كيفية الحلف ، فإن حلف على فعل نفسه ، حلف
على البت ، سواء كان يشبه أم ينفيه^(١) ، لأنه يعلم حال نفسه ، وإن
حلف على فعل غيره ، فإن حلف على إثباته ، حلف على البت ، وإن
حلف على نفيه ، حلف أنه لا يعليه ، وقد يختصر ، فيقال : اليمين على
البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره ، فإذا ادعى عليه مال ، فأنكر ،
حلف على البت ، وإن حلف على نفيه ، حلف على البت ، فإن ادعى إبراء
أو قضاء ، وأنكر المدعي ، حلف على البت ، ولو ادعى وارث على رجل
أن لمورثي عليك كذا ، فقال المدعي عليه : أبرأني ، أو قضيته ، حلف
المدعي على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه ، ولو كان في يده دار ،
فقال رجل : غضبها مني أبوك أو بائعك ، فأنكر ، حلف على نفي العلم

(١) في الاصل : يشبه أم يبقيه .

لغصبه ، ولو ادعى رجل على وارث الميت ديناً على الميت ، لم يكف ذكر الدين ووصفه ، بل يذكر مع ذلك موت من عليه ، وأنه حصل في يده من التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه ، وأن يعلم دينه على مورثه ، وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض للعلم ، فيقول : غصب مني مورثك كذا ، وأنت تعلم أنه غصبه ، ثم إذا تعرض لجميع ذلك ، فإن أنكر الوارث الدين ، حلف على نفي العلم ، فإن نكل ، حلف المدعي على البت ، وإن أنكر موت من عليه ، فهل يحلف على نفي العلم ، أم على البت ، لأن الظاهر اطلاعه عليه ، أم يفرق بين تعهده حاضراً ، أم غائباً ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول ، وإن أنكر حصول التركة عنده ، حلف على البت ، وإن أنكر الدين ، وحصول التركة معاً وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده ، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة ، ونفي العلم بالدين جميعاً ، حلف عليهما ، لأن له غرضاً في إثبات الدين ، فلعلة يظفر بوديعة للبيت أو دين فيأخذ منه حقه . ولو ادعى على رجل أن عبدك جنى علي بما يوجب كذا ، وأنكر فهل يحلف على نفي العلم أم على البت ؟ وجهان ، أصحها : الثاني ، لأن عبده ماله ، وفعله كفعله ، ولذلك سمعت الدعوى عليه ، ولو ادعى أن بهيئتك أتلفت لي زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان ، فأنكر ، حلف على البت ، لأنه لادمة لها ، والمالك لا يضمن بفعل البهيسة ، بل بتقصيره في حفظها وهو أمر يتعلق بالحالف ، ولو نصب البائع وكيلاً . ليقبض الثمن ، ويسلم المبيع ، فقال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبيع ، وترك حق الجنس ، وأنت تعلم ، فهل يحلف على البت ، أم على نفي العلم ؟ قولان اختيار أبي زيد البت ، لأنه ثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع .

قلت : نفي العلم أقوى . والله أعلم

ولو طلب البائع تسليم المبيع ، فادعى حدوث عجز عنه ، وقال
للمشتري : أنت عالم به ، فأنكر ، حلف على البت ، لأنه يستبقي يمينه
وجوب تسليم المبيع إليه ، ولو مات عن ابن في الظاهر ، فقال آخر :
أنا أخوك والميراث بيننا ، فأنكر ، حلف على البت ، لأن الأخوة رابطة
بينهما ، فهو حالف في نفسه ، هكذا ذكر الصورتين ابن القاص ، ونازعه
آخرون ، وقالوا : يحلف على نفي العلم .
قلت : نفي العلم هو الصحيح . والله أعلم

فرع

ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين ، بل يجوز البت
بناء على ظن مؤكد يحصل من خطئه أو خط أبيه ، أو نكول خصمه .

فرع

لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم ،
فقد مال عن العدل .

فرع

النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف وعقيدته ، وأما النية
والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي لا يغني ، ولا يدفع إثم
اليمين الفاجرة . ولو استثنى . أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه ونيته أو
بلسانه . ولم يسمعه الحاكم ، فكذلك ، وإن سمعه ، عزره ، وأعاد اليمين
عليه . وإن وصله بكلام . لم يفهمه القاضي منعه منه ، وأعاد اليمين

عليه ، فإن قال : كنت أذكر الله تعالى قيل له : ليس هذا وقته ، وأما العقيدة ، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجار ، والقاضي يرى إثباتها ، وأنكر المدعى عليه ، فليس له أن يحلف عملاً باعتقاده ، بل عليه اتباع القاضي ، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي ، وهل يلزمه في الباطن؟ وجهان ، الصحيح باتفاقهم : نعم ، والثاني : لا ، وعن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهراً وباطناً ، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً ، فلو حلفه المجتهد على حسب اجتهاده لم يأنم .

قلت : هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه ، أما إذا حلف الانسان ابتداء ، أو حلفه غير القاضي من قاهر ، أو خصم ، أو غيرهما ، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف ، وينفعه التورية قطعاً ، سواء حلف بالله تعالى ، أو بطلاق وعناق وغيرهما صرح به الماوردي ، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكره في كتاب الطلاق . والله اعلم

الطرف الثالث في الحالف ، وهو كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة ، وقيل : كل من توجهت عليه دعوى لو أقر لمطلوبها ألزم به ، فإذا أنكر ، حلف عليه ، وقبل منه ، ويستثنى عن هذا الضبط صور ، فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه ، إحداها : يجزيء التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والقياء ، وفي^(١) الإيلاء ، وفي العتق والاستيلاد ، والولاء ، والنسب ، ولا تسمع دعوى في حدود الله تعالى ، ولا بطلب الجواب ، لأنها ليست حقاً للمدعي ، فإن تعلق به حق آدمي ، بأن قذفه ، فطلب حد القذف ، فقال القاذف : حلفوه انه لم يزن

(١) في الاصل : والإيلاء .

فالأصح أنه يحلف ، كما سبق في المسألة الثالثة من الباب الأول ، فإن حلف ، أقيم على القاذف ، وإن نكل ، وحلف القاذف ، سقط حد القذف ، ولا يثبت بحلفه حد الزنى على المқذوف • ولو ادعى سرقة ماله ، سمعت دعواه للمال ، وحلف المدعى عليه ، فإن نكل ، حلف المدعى ، واستحق المال ، ولا يقطع المدعى عليه ، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة ، وإذا أقر بما يوجب حداً ، وادعى شبهة بأن وطئ جارياً أبيه ، وقال : ظننتها تحل لي ، وهو ممن يجوز أن يشته عليه مثله ، حلف وسقط بحلفه الحد ، ولزم المهر ، وتسمع الدعوى • ويجري التحليف في القصاص وحد القذف ، وكذا في الشتم ، والضرب الموجبين للتعزير •

الثانية : ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم ، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط ، أو ادعى عليه ما يسقط شهادته ، لم يحلفا ، لارتفاع منصبهما عن التحليف ، وقد سبق هذا في الباب الأول ، وفي أول أدب القضاء ، ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلماً ، وأنكر ، فقد سبق وجهان^(١) في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين وهو الأصح ، هذا في دعوى تتعلق بالحكم ، وأما ما لا يتعلق بالحكم ، كدعوى مال وغيره ، فهو كسائر الناس في الخصومات الشرعية يحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته ، أو قاض آخر •

الثالثة : الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان ، صدق بلا يمين : كما سبق في الإقرار ، ومن ادعى عليه شيء ، فقال : أنا صبي بعد وهو محتسل • لم يحلف • وتوقف الخصومة حتى يبلغ ، وإن وقع في السبي من أنبت ، وقال : استنبت الشعر بالعلاج ، وأنا غير

(١) في الأصل : وجهها .

بالغ ، بني على القولين السابقين في الحجر أن إنبات العانة نفس البلوغ أم علامته ، إن قلنا بالأول ، فلا حاصل لكلامه ، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر فالمنصوص المعروف في المذهب أنه يحلف وهو مشكل من جهة أنه يدعي الصبى ، وتحليف من يدعي الصبى لا وجه له ، كما سبق في الإقرار ، فقال ابن القطان والقفال : هذا التحليف احتياط واستظهار ، ومقتضى كلام الجمهور أنه واجب ، وصرح به الروياني ، ونفى الخلاف فيه ، واعتمدوا في تحليفه الإنبات ، وقالوا : كيف ترك الدليل الظاهر بزعم مجرد ؟ فإذا حلف ، ألحق بالصبيان ، وحقن دمه ، وإن نكل ، فالمنصوص أنه يقتل ، والثاني : يخلى ، والثالث : يجبس حتى يحلف أو يقر ، والرابع : يجبس حتى يتحقق بلوغه ، ثم يحلف على ما ادعاه من الاستعجال ، فإن لم يحلف قتلناه .

الرابعة : ادعى رجل ديناً على ميت ، أو أنه أوصى له بشيء ، وللميت وصي في قضاء دينه ، وتنفيذ وصاياه ، فأنكر ، فإن كان للمدعي بينة ، حكم بها ، وإن لم يكن وأراد تحليف الوصي على نفي العلم ، لم يمكن ، لأن مقصود التحليف أن يقر ، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية ، فلا معنى لتحليفه ، فلو كان وارثاً ، حلف بحق الوراثـة وقيّم القاضي كالوصي .

فرع

على إنسان حق لرجل ، فطلبه به رجل ، وزعم أنه وكيل المستحق ، ولم يقم بينة ، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة ، لم يكن له (١) ، لأنه لو اعترف بالوكالة ، لم يلزمه تسليم الحق ، هذا هو المذهب ، وسبق في الوكالة وجه أنه يلزمه التسليم ، وعلى هذا له تحليفه ، وإن

(١) في نسخ الظاهرية : لم يمكن .

له تحليفه ، وإن لم يلزمه التسليم باعترافه إذا قلنا : اليمين المردودة كالبينة .

فرع

هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم ؟ وجهان ، حكاهما الإمام عن القاضي حسين اشتراطه ، وغيره منعه ، وقد سبق في الوكالة أن الإمام حكى عن القاضي حسين أنه إذا كان الخصم غائباً ، نصب الحاكم مسخراً عنه ، كان المراد هنا إذا كان حاضراً في البلد ، وهناك إذا كان غائباً ، والأصح سماع البينة من غير حاجة إلى حضوره ، ولا إلى نصب مسخر ، ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم ، استغنى عن حجة يقيمها إن كان الخصم حاضراً فإن لم يكن ، فينبى على أن القاضي هل يقضي بعلمه ؟

الطرف الرابع : فائدة اليمين وحكمها ، وهو انقطاع الخصومة ، والمطالبة في الحال ، لاسقوط الحق وبراءة الذمة ، فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه ، سمعت ، وقضى بها ، وكذا لو ردت اليمين على المدعي ، فنكل ، ثم أقام بينة ، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة ، فإن كان قال حينئذ : لا بينة لي حاضرة ولا غائبة ، فهذه (١) الصورة ذكرناها في الطرف الثاني من الباب الثاني من أدب القضاء مضمومة إلى مالهو اقتصر على قوله : لا بينة لي ، وفيهما خلاف ، والأصح السماع أيضاً ، وذكرنا هناك أنه لو قال : لا بينة لي حاضرة ، ثم أقام بينة سمعت ، فلعلها حضرت ، وأنه لو قال : لي بينة ولا أقيمها ، بل أردت يمينه ، أجابه القاضي ، وحلف المدعى عليه ، هذا هو الأصح . وفي فتاوى القفال أنه لا يجيبه ، بل يقول : أحضر البينة .

(١) في الأصل : وهذه .

فرع

أقام المدعي بدعواه شهوداً ، ثم قال : كذب شهودي ، أو شهدوا مبطلين ، فلا شك في سقوط بينته ، وامتناع الحكم ، وفي بطلان دعواه وجهان ، أحدهما : يبطل ، كما لو كذب نفسه ، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى ، وأصحهما : لا ، لاحتمال كونه محقاً في دعواه والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون ، وفي مثل هذا قال الله تعالى : (والله يعلم إنك لرسوله ، والله يشهد إن المنافقين لكاذبون)^(١) وبني على الوجهين مالو أقام المدعي شهوداً ، فزعم المدعى عليه أن المدعي أقر بأن شهوده كذبة ، وأقام عليه شاهداً ، وأراد أن يحلف معه هل يمكن ، ويحكم بشأده ويمينه ، إن قلنا : هذا الإقرار لا يبطل أصل الدعوى ، فلا ، لأن المقصود حينئذ الطعن في الشهود ، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها ، وجرح الشهود ، والطعن فيهم لا يثبت بشاهد ويمين ، وإن كانت الشهادة بمال ، وإن قلنا : يبطلها ، مكن ، لأن المقصود حينئذ إسقاط^(٢) الدعوى بالمال ، فهو كادعاء الإبراء بشاهد ويمين .

فروع

في فتاوى القفال وغيره : أقام شاهدين في حادثة ، وكانا استبعا الدار منه ، بطلت شهادتهما ، ولو أقام شاهدين بأن هذه الدار ملكه ، وأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا : لأشهادة لنا في ذلك سألهما الحاكم متى قال ذلك شاهدي المدعي ؟ فإن قالا : قالاه أمس ، أو من شهر ، لم تندفع شهادتهما بذلك ، لأنهما قد لا يكونان شاهدين ، ثم يصيران . وإن قالا : قالا حين تصديا لإقامة الشهادة ،

(١) سورة المنافقين : ١ .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : سماع .

اندفعت شهادتهما • ولو أقام المشهود عليه بشاهدين أن المدعي ، أقر بأن شاهده شربا الخمر وقت كذا ، فإن طالت المدة بينه وبين أداء الشهادة ، لم يقتض ذلك رد الشهادة ، وإن قصرت ، ردت شهادتهما ، وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت ، سئل المدعي عن وقته ، وحكم بما يقتضيه تعيينه ، ولو أقام المدعي بينة ، ثم قال للقاضي : لاتحكم بشيء حتى تحلفه ، بطلت بينته ، لأنه كالمعترف بأنها ما^(١) لا يجوز الحكم بها •

قلت : هذا مشكل^(٢) ، فقد يقصد تحليفه ليقيم البينة ، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة ، أو غير ذلك من المقاصد التي لاتقتضي قدحاً في البينة ، فينبغي أن لاتبطل البينة • **والله أعلم**

فصل

إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم ، فقال للحاكم : قد حلفني مرة على هذا بطله ، فليس له تحلفني ، فإن حفظ القاضي ما قاله ، لم يحلفه ، ومنع المدعي مما طلب ، وإن لم يحفظه ، حلفه ، ولا ينفعه إقامة البينة عليه ، لما سبق أن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه ، وإلا فلا يعتمد بينة ، وعن ابن القاص جواز سماع البينة فيه ، حكاه الهروي ومقتضاه الطرد في كل باب ، وإن قال : حلفني عند قاض آخر وأطلق ، وأراد تحليفه على ذلك ، فوجهان ، قال ابن القاص بالمنع ، إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه ، وهكذا فيدور الأمر ، ولا ينفصل ، وأصحهما ، وبه قطع البغوي وغيره يمكن منه ، لأنه محتمل غير مستبعد ، ولا يسمع مثل ذلك من المدعي ، لئلا

(١) في الأصل : فيما •

(٢) في الأصل : قد اشكل •

يتسلسل ، فعلى هذا إن كانت له بينة أقامها وتخلص عن الخصومة ، وإن استسهل ليقيم ، فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام ، وعن القاضي حسين أنه لا يمهل أكثر من يوم ، وإن لم يكن بينة ، حلف المدعي أنه ما حلفه ، ثم يطلب المال ، فإن نكل ، حلف المدعي عليه ، وسقطت الدعوى . فلو أراد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه ، قال البغوي : ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى ، لأنها الآن في دعوى أخرى . ولو قال المدعي في جواب المدعي عليه : حلفني مرة على أنني ما حلفته ، وأراد تحليفه ، لم يجب ، لأنه يؤدي إلى مالا يتناهى ، ولو ادعى مالا على رجل ، فأنكر وحلف ، ثم قال المدعي بعد أيام : حلفت يومئذ ، لأنك كنت معسراً لا يلزمك تسليم شيء إلي وقد أيسرت الآن ، فهل يسمع لإمكانه ، أم لا لئلا يتسلسل ؟ وجهان .

قلت : الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر . والله أعلم

فرع

إنما يحلف المدعي عليه إذا طلب المدعي يمينه ، فإن لم يطلب ، ولم يقطع عن المخاصمة ، لم يحلفه القاضي ، ولو حلف لم يعتد بتلك اليمين ، وقال القفال الشاشي : لا يتوقف التحليف على طلبه ، والصحيح الأول ، ولو امتنع من تحليفه بالدعوى السابقة ، جاز ، لأنه لم يسقط حقه من اليمين ، فإن قال : أبرأتك عن اليمين ، سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى ، وله استئناف الدعوى وتحليفه .

الباب الرابع في النكول

إذا أنكر المدعي عليه ، واستحلف ، فنكل عن اليمين ، لم يقض عليه بالنكول ، بل ترد على المدعي ، فإن حلف قضى له ، فإن لم يعرف المدعي ، تحول اليمين إليه بنكول المدعي عليه ، عرفه القاضي ، وبين أنه إن حلف استحق ، وإنما يحصل النكول بأن

يعرض القاضي اليمين عليه ، فيمتنع ، وفسر العرض بأن يقول : قل
والله ، والامتناع بأن يقول : لا أحلف ، أو أنا ناكل ، قال الإمام :
قوله : قل : والله ليس أمراً جازماً ، وإنما المراد بيان وقت اليمين المعتمد
بها على المدعي ، ولو قال : أتحلف بالله ، وقال : لا ، فليس بنكول ،
ولو بدر حين سمع هذه الكلمة وحلف ، لم يعتد بيمينه ، لأنه استنجاز
لا استحلاف . ولو قال له : احلف ، فقال : لا أحلف ، قال البغوي :
ليس بنكول ، وقال الإمام : نكول وهو أوضح ، ولا فرق بين قوله :
قل : بالله ، وقوله : احلف بالله ، ولو استحلف ، فلم يحلف ، ولا تلفظ
بأنه ناكل أو ممتنع ، فسكوته نكول ، كما أن السكوت عن الجواب
في الابتداء يجعل كالإنكار ، ثم ذكر الإمام وغيره أنه إن صرح بالنكول ،
لم يشترط حكم القاضي بأنه ناكل ، وإن سكت حكم القاضي بأنه
ناكل ليرتب عليه رد اليمين ، وقول القاضي للمدعي : احلف نازل
منزلة قوله : حكمت بأن المدعى عليه ناكل ، وإنما يحكم بأنه ناكل
بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت لدهوة وغباوة ونحوهما ،
ويستحب للقاضي أن يعرض^(١) اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ،
والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول ، ولو
تفرس فيه سلامة جانب ، شرح له حكم النكول ، وإن لم يشرح ، وحكم
بأنه ناكل ، وقال المدعى عليه : لم أعرف النكول ، ففي نفوذ الحكم
احتمالان للإمام أصحهما النفوذ . وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل
أن ينكل ، ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود ، فيحلف ، نظر
إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل ، أو قال للمدعي : احلف ،
لم يكن له الحلف ، وإن أقبل عليه ليحلفه ، ولم يقبل بعد ما حلف ، فهل
هو كما لو قال : احلف ؟ وجهان ، وإن لم يجر شيء من ذلك ، فله

(١) في الاصل : يعرف .

الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل ، وقبل أن يعرض اليمين على المدعي ، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة ، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد ، هكذا أطلق البغوي وغيره ، ومقتضاه التسوية بين التصريح بالنكول ، وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول ، أو بعد عرض اليمين على المدعي ، وفي التصريح احتمال ، وحيث منعناه العود إلى الحلف ، فذلك إذا لم يرض به المدعي ، فإن رضي ، فله العود إليه على الأصح ، لأن الحق لا يعدوهما ، فلو رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه ، فلم يحلف ، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد ، لأنه أبطل حقه برضاه بيمين المدعى عليه .

فرع

نقل الروياني أن قول القاضي للمدعي : أتحلف أنت ؟ كقوله : احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك ، قال : وعندي فيه نظر .

(١) فصل

المدعي إذا ردت اليمين عليه قد يحلف ، وقد يمتنع ، فإن حلف ، استحق المدعى ، وهل يمينه بعد نكول المدعى عليه كالبينة ، أم كإقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان ، أظهرهما الثاني ، ويتفرع عليهما مسائل كثيرة مذكورة في مواضعها . ومنها أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء ، أو الإبراء بعد ما حلف المدعي ، فإن قلنا : يمينه كالبينة ، سمعت بينة المدعى عليه ، وإن قلنا : كالإقرار ، فلا ، لكونه مكذباً للبينة بالإقرار ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فرع .

وهل يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة ، أم لا بد من حكم الحاكم بالحق ؟ وجهان ، حكاهما الهروي ، الأرجح الأول ، أما إذا امتنع المدعي من الحلف ، فيسأله القاضي عن امتناعه ، فإن لم يتعلل بشيء أو قال : لا أريد الحلف ، فهذا نكول يسقط حقه من اليمين ، وليس له مطالبة الخصم وملازمته ، وهل يتمكن من استئناف الدعوى ، وتحليفه في مجلس آخر ، فإن نكل ، حلف المدعي ، أم لا يتمكن من ذلك ، ولا ينفعه بعده إلا البينة ؟ وجهان ، الذي ذكره العراقيون ، والهروي ، والرويانى الأول ، وبالثاني قال الإمام والغزالي والبغوي ، وهو أحسن وأصح ، لثلاث تكرر دعواه في القضية الواحدة ، وإن ذكر المدعي لامتناعه سبباً ، فقال : أريد أن آتي بالبينة أو أسأل الفقهاء ، أو أنظر^(١) في الحساب ، ترك ولم يبطل حقه من اليمين ، وهل تقدر مدة الإمهال بثلاثة أيام ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، لثلاث تطول مدافعته ، والثاني : لا تقدير ، لأن اليمين حقه ، فله تأخيرها إلى أن يشاء كالبينة . ولم يذكر الشافعي رحمه الله فيما إذا امتنع المدعي عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه ، فقال ابن القاص : قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل المدعي عليه عن سبب امتناعه أيضاً ، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين بأن امتناع المدعي عليه أثبت للمدعي حق الحلف ، والحكم بيمينه ، فلا يؤخر حقه بالسؤال ، وامتناع المدعي لا يثبت حقاً لغيره ، فلا يضر السؤال . ولو قال المدعي عليه حين استحلف : أمهلوني لأنظر في الحساب ، أو أسأل الفقهاء ، فهل يسهل ثلاثة أيام ، أم لا يسهل شيئاً إلا برضى المدعي ؟ وجهان ، أصحهما وأشهرهما الثاني ، لأنه مقهور محمول على الإقرار ، أو اليمين بخلاف المدعي ، فإنه مختار في طلب حقه وتأخيرها ، ولو استمهل المدعي عليه

(١) في الأصل : وانظر .

في ابتداء الجواب لينظر في الحساب ، وذكر الهروي أنه ينظر إلى آخر المجلس إن شاء . ولو علل المدعي امتناعه بعذر كما ذكرنا ، ثم عاد بعد مدة ليحلف ، مكن منه ، وإن لم يتذكر القاضي نكول خصمه ، أثبتته بالبينة ، وكذا لو أثبت عند قاض آخر نكول خصمه له أن يحلف ، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي ، ثم حضر الموكل له أن يحلف ، ولا يحتاج إلى استئناف دعوى ، ولو أقام المدعي شاهداً ليحلف معه ، فلم يحلف ، فهو كما لو ارتدت اليمين إليه ، فلم يحلف ، فإن علل امتناعه بعذر ، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبداً ، أم لا يزداد على ثلاثة أيام ؟ وإن لم يعلل بشيء ، أو صرح بالنكول ، فقد ذكر الغزالي والبغوي أنه يبطل حقه من الحلف ، وليس له العود إليه ، واستسر العراقيون على ما ذكره هناك ، قال الأصحاب : لو امتنع من الحلف مع شاهده ، واستحلف الخصم ، انقلبت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه ، فليس له أن يعود ويحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر ، وأقام الشاهد ، فله أن يحلف معه ، وعلى الأول لا ينفعه إلا بينة كاملة .

فصل

ما ذكرناه من أنه يرد اليمين على المدعي ، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب ، لكن قد يتعذر رد اليمين ، وحينئذ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول ، وبيانه بصور ، إحداها طوبى صاحب المال بالزكاة ، فقال : بادلت بالنصاب في أثناء الحول ، أو دفعت الزكاة إلى ساع آخر ، أو غلط الخارص في الخرص ، أو أصاب الشر جائحة ، واتهمه الساعي ، فيحلف على ما يدعيه إيجاباً أو استحباباً على الخلاف السابق في كتاب الزكاة ، فإن نكل ، لم يطالب

بشيء إن قلنا بالاستحباب ، وإن قلنا بالإيجاب ، فإن انحصر المستحقون في البلد ، وقلنا بامتناع النقل ، ردت اليمين عليهم ، وإلا فيتعذر الرد على الساعي والسلطان ، وفيما يفعل أوجه ، أحدها : لا يطلب بشيء إذا لم تقم عليه حجة ، والثاني : يحبس حتى يقر ، فيؤخذ منه ، أو يحلف ، فيترك ، والثالث إن كان صاحب المال على صورة المدعي بأن قال : أديت في بلد آخر ، أو إلى ساع آخر ، أخذت منه الزكاة ، وإن كان على صورة المدعي عليه بأن قال : ما تم حولي أو الذي في يدي لفلان المكاتب ، لم يؤخذ منه • والرابع - وهو الأصح الأشهر - يؤخذ منه الزكاة ، وكيف سبيله ؟ وجهان قال ابن القاص : هو حكم بالنكول ، ورواه عن ابن سريج ، وسببه الضرورة ، وقال الجمهور : ليس حكماً بالنكول ، لكن مقتضى ملك النصاب ، ومقتضى الحول الوجوب ، فإذا لم يثبت دافع ، أخذنا الزكاة •

الثانية : إذا مات ذمي في أثناء السنة ، فهل عليه قسط ماضى ، أم لاشيء عليه ؟ قولان سبقا ، فلو غاب ذمي ، ثم عاد مسلماً ، فقال : أسلمت قبل تمام السنة ، فليس علي جزية ، أو ليس تمامها ، وقال عامل الجزية : بل أسلمت بعدها ، فعليك تمام الجزية ، حلف الذي أسلم استحباباً في^(١) وجه ، وإيجاباً في وجه ، فإن قلنا بالإيجاب فنكل ، فهل يقضى عليه بالجزية ، أم لا يطلب بشيء ، أم يحبس ليقر ، فيؤخذ منه ، أو يحلف ، فيترك ؟ فيه أوجه • قال الإمام : وقيد ابن القاص بما إذا غاب ، ثم عاد مسلماً ، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا ، وصادفناه مسلماً بعد السنة ، وادعى أنه أسلم قبل تمامها ، وكتم إسلامه ، لم يقبل قوله ، لأن الظاهر أن من أسلم بدار الإسلام لم يكتمه^(٢) •

(١) في الاصل : وفي ، والواو زائدة .

(٢) في نسخ الظاهرية : لا يكتمه .

الثالثة : ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ، وطلب إثبات اسمه في الديوان ، فوجهان . أحدهما : يصدقه بلا يسين ، لأنه إن كان كاذباً ، فكيف نحلفه وهو صبي ؟ وإن كان صادقاً ، وجب تصديقه . وأصحهما : يحلف عند التهمة ، فإن نكل ، لم يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه . ويقرب منه أن من شهد الواقعة من المراهقين إذا ادعى الاحتلام ، وطلب سهم المقاتلة ، أعطي إن حلف ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يعطى . ثم قيل : هو إعطاء بلا يسين ، لأن احتلامه لا يعرف إلا منه ، فصدق فيه ، كما تصدق المرأة في الحيض ، ويقع الطلاق المعلق عليه . وقيل : لأن شهود الواقعة تقتضي استحقاقهم السهم ، وأصحهما : لا يعطى . قال ابن القاص : وهو قضاء بالنكول ، وقال غيره : إنما لم يعط ، لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد .

الرابعة : مات من لا وارث له ، فادعى القاضي ، أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته ، فأنكر المدعى عليه ، ونكل ، فهل يقضى^(١) عليه بالنكول ، ويؤخذ منه المال ، أم يجبس حتى يقر ، أو يحلف ، أم يترك لكن يائتم إن كان معانداً ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ويجري فيما لو ادعى ولي صبي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء ، وأنكر الوارث ، ونكل . ولو ادعى ولي صبي ، أو مجنون ديناً له على رجل ، فأنكر ، ونكل ، ففي رد اليمين على الولي أوجه ، أحدهما : ترد ، لأنه المستوفي ، والثاني : لا ، لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد . والثالث : إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه ، ردت ، وإلا فلا ، وأجري الخلاف فيما لو أقام شاهداً هل يحلف معه ، وفيما لو ادعى على الولي دين في ذمة

(١) في الأصل : فهي يقضى .

الصبي هل يحلف الولي إذا أنكر • والوصي والقيم في ذلك كالولي . ويجري في قيم المسجد والوقف إذا ادعى للمسجد أو للوقف . وأنكر المدعى عليه ، ونكل • وتحلف الولي والصبي سبق لهما ذكر في آخر كتاب الصداق ، ثم ميل الأكثرين إلى ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة . ولا بأس بوجه التفصيل ، وقد رجحه أبو الحسن العبادي ، وبه أجاب السرخسي في الأمالي ، فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي ، انتظرنا بلوغ الصبي ، وإفاقة المجنون ، وكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه ، وتصير اليمين موقوفة على البلوغ ، والإفاقة ، ويعود في قيم المسجد والوقف الوجهان في أنه يقضى بالنكول ، أم يجبس ليحلف أو يقر ، والأصح في مسألة من لا وارث له أن لا يقضى بالنكول ، بل يجبس ليحلف أو يقر ، وإنما حكمنا فيما قبلها من الصور بالمال ، لأنه سبق أصل يقتضي الوجوب ، ولم يظهر دافع • ولو ادعى قيم المحجور عليه ، ونكل المدعى عليه ، حلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال ، ولكن لا يقول إلي ، وقيمه يقول في الدعوى : يلزمك تسليمه إلي •

الخامسة : للقاذف أن يحلف المقدوف أنه لم يزن كما سبق ، فإن نكل ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه يرد اليمين على القاذف ، فإن حلف ، اندفع عنه حد القذف ، وقيل : يسقط بنكوله حد القذف ولا يرد اليمين ، حكاه الهروي •

الباب الخامس في البيعة

أما صفة الشهود ، فسبق بيانها في الشهادات ، والمقصود هنا بيان حكم تعارض البيعتين ، وتعارضهما قد يقع في الأملاك ، وقد يقع في غيرها ، كالعقود ، والموت ، والوصية ، ويشتمل الباب على أربعة أطراف :

الأول في الأملاك ، فإذا تعارضتا فيه ، فإما أن يفقد أسباب الرجحان ، وإما لا ، القسم الأول أن يفقد ، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث ، وإما في أيديهما ، ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما . لأن ذلك من أسباب الرجحان •

الحالة الأولى : إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث ، فلا يخفى أن المدعى عليه يحلف لكل واحد منهما يميناً إن ادعاها لنفسه ، ولا بينة لواحد منهما ، وأنه لو اختص أحدهما بينة على ما يدعيه ، قضي له ، وإن أقام كل واحد بينة ، تعارضتا ، وفيهما قولان أظهرهما : يستقطن ، فكأنه^(١) لا بينة ، فيضار إلى التحليف ، والثاني : يستعملان ، فينتزع العين ممن هي في يده •

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال ، أحدها : تقسم العين المدعاة بينهما ، والثاني : توقف إلى تبين الأمر أو يصطلحا ، والثالث : يقرع ، فيأخذها من خرجت قرعته ، وهل يحتاج معها إلى يمين ؟ قولان ، أحدهما لا ، والقرعة مرجحة لبينته ، والثاني نعم ، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين ، فعلى هذا يحلف من خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق . ثم يقضى له ، ثم قيل القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البيئتان صريحاً ، فإن تكاذبتا ، سقطتا قطعاً ، والأشهر طردهما في الحالين . وصريح التكاذب أن لا يمكن الجمع بتأويل ، بأن شهدت إحداها بقتله في وقت . والأخرى بجناية في ذلك الوقت ، فإن أمكن الجمع بتأويل . فليس تكاذباً بأن شهدت هذه أنه ملك زيد ، وهذه أنه ملك عمرو . فإنه يحتمل أن كل واحدة علمت سبباً ، كشراء ووصية ، واستصحب حكمه ، أو شهدت هذه بأنه أوصى به لزيد ، وهذه أنه

(١) في نسخ الظاهرية : وكأنه •

أوصى به لعمره ، فإنه يحتمل الإيصاء مرتين ، وقيل : القولان إذا لم يمكن الجمع ، فإن أمكن قسم قطعاً ، وقيل : إن لم يمكن سقطتا قطعاً وإلا استعملتا قطعاً ، كما في الوصية . وقيل : يبقى قول التوقيف ، وقيل : لا تجتمع الأقوال الثلاثة بل موضع القسمة إذا أمكن الجمع ، والقرعة إذا لم يمكن ، والمذهب ما سبق ، فلو تنازعا في زوجية امرأة ، أقام كل واحد بينة ، وتعارضتا ، فقول السقوط بحاله ، ولا مجال للقسمة ، ولا للقرعة على الأصح ، ويجيء الوقف على الصحيح لو أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البيتين ، إن قلنا بالسقوط ، قبل إقراره ، وحكم به ، وإن قلنا بالاستعمال ، فوجهان ، أحدهما : يصير المقر له كصاحب يد ، فترجح بينته ، والثاني : لا ، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة ، وإن أقر قبل تمام البيتين قبل إقراره قطعاً ، وصار المقر له صاحب يد .

الحالة الثانية : أن تكون العين في يدهما ، وادعاها كل واحد ، فإن أقامتا بيتين ، فطريقان ، أحدهما — وبه قال الفوراني والغزالي — يجيء القولان في السقوط والاستعمال ، فإن أسقطنا ، بقي المال في أيديهما كما كان ، وإن استعملنا ، فعلى قول القسمة يجعل بينهما ، ولا يجيء الوقف ، وفي القرعة وجهان ، والثاني — وبه قال ابن الصباغ والبعوي — يجعل المال بينهما ، لأن بينة كل واحد ترجحت في النصف الذي في يده ، والحاصل للفتوى من الطريقتين بقاء المال في يدهما كما كان ، ولو شهدت بينة كل واحد له بالنصف الذي في يد صاحبه ، حكم القاضي لكل منهما بسا في يد صاحبه ، ويكون المال في يدهما أيضاً ، كما كان ، لكن لا لجهة السقوط ، ولا بالترجيح باليد ، ثم قال الأئمة :

من أقام البيعة أولاً ، وتعرض شهوده للكل ، لم يضر وإن كان صاحب يد في النصف الذي في يده ، وقلنا : بيعة صاحب اليد لا تسمع ابتداء كما سيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى ، لأن هنا غير مستغن عن البيعة للنصف الذي يدعيه ، ثم إذا أقام الثاني البيعة على الكل ، سمعت ، وترجحت بينته في النصف الذي في يده ، فيحتاج الأول إلى إعادة البيعة للنصف الذي في يده ، وقال في « الوسيط » : لا يبعد أن يتساهل في الإعادة ، وإن كان لأحدهما بيعة دون الآخر ، قضى له بالكل ، سواء شهد شهوده بالكل ، أم بالنصف الذي في يد صاحبه ، وإن لم يكن لواحد منهما بيعة ، فكل واحد مدع في نصف ، ومدعى عليه في نصف ، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر ، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه ، لإثبات ما في يده ، بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما في يده ، نص عليه وهو المذهب ، ومنه خلاف سبق في باب التحالف في البيع ، فإن حلفا ، أو نكلا ، ترك المال في يدهما كما كان ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، قضى للتحالف بالكل ، ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه ، ونكل الآخر بعده ، حلف الأول اليمين المردودة . وإن نكل الأول ، ورغب الثاني في اليمين ، فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه ، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو ، فهل يكفيه الآن يمين واحد يجمع فيها النفي^(١) والإثبات أم لا بد من يمين للنفي ، وأخرى للإثبات ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، فيحلف أن الجميع له ، ولا حق لصاحبه فيه ، أو يقول : لاحق له في النصف الذي يدعيه ، والنصف الآخر لي .

(١) في الأصل : للنفي .

فرع

ادعى نصف دار ، وادعى آخر كلها ، وأقام كل واحد بينة ، والدار في يد ثالث ، تعارضتا في النصف ، فإن قلنا بالسقوط ، سقطتا في النصف الذي فيه التعارض ، وأما النصف الآخر ، ففيه طريقان ، قال ابن سريج ، وأبو إسحاق وغيرهما : فيه قولان تبعيض^(١) ، الشهادة ، فإن بعضناها ، سلم ذلك النصف لمدعي الكل . وإلا بطلت في ذلك النصف أيضاً ، وصار كما لو لم تكن بينة ، والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد ، وصححه الشيخ أبو علي - : يسلم إليه النصف قطعاً ، وإن قلنا بالاستعمال ، سلم النصف لمدعي الكل ، ويقسم النصف الآخر إن قلنا بالقسمة ، وإن قلنا بالقرعة أو بالوقف ، أقرع في النصف أو وقف ، ولو تداعيا كذلك ، والدار في يدهما ، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده ، فإن أقام مدعي الكل بينة ، قضى له بالكل ، وإن أقام كل واحد بينة بما يدعيه ، بقيت الدار في يدهما كما كانت . ولو ادعى أحدهما الكل ، والآخر الثلث ، فإن كان في يد ثالث ، فعلى قول السقوط تسقطان في الثلث . وهل تبطل بينة الكل في الثلثين ؟ فيه الطريقان السابقان^(٢) ، وعلى الاستعمال تجري الأقوال الثلاثة ، وإن كانت في يدهما ، وأقام كل واحد بينة بما يدعي ، فلمدعي الثلث ، لثلث ، والباقي لمدعي الكل .

دار في يد رجل ادعى زيد نصفها ، فصدقه ، وعمرو نصفها ، فكذبه صاحب اليد وزيد معاً ، ولم يدعه أحد منهما لنفسه ، فالنصف

(١) في الاصل : تبعيض .

(٢) في الاصل : في الطريقين السابقين .

الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه أم يوقف في يد صاحب اليد ، أم
ينتزعه ويحفظ إلى ظهور مالكة ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاهما الفوراني •
ننت : أقواها الثالث • والله اعلم

فرع

ادعى رجل داراً وآخر ثلثيها ، وآخر نصفها ، ورابع ثلثها ، وهي
في يد خامس ، وأقام كل واحد من الأربعة بينة بدعواه ، فلا تعارض في
الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه ، وفي الباقي يقع التعارض ،
فالسدس الزائد على النصف يتعارض فيه بينة مدعي الكل ، ومدعي
الثلثين ، وفي السدس الزائد على الثلث يتعارض بينهما ، وبين مدعي
النصف • وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة ، فإن قلنا بالسقوط ،
سقطت البينات في الثلثين ، وأما الثلث ، ففهو الطريقان في تبعض الشهادة ،
والمذهب أنه يسلم لمدعي الكل ، وإن قلنا بالاستعمال ، فإن قسمنا ،
فالسدس الزائد على النصف بين مدعي الكل ، ومدعي الثلثين بالسوية ،
والسدس الزائد على الثلث لهما ، ولمدعي النصف أثلاثاً ، والثلث الباقي
للأربعة أرباعاً ، فيجعل ستة وثلاثين سهماً لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه
على اثنين وعلى ثلاثة ، فيضرب اثنين في ستة ، ثم في ثلاثة ، فلمدعي
الكل ثلثها وهو اثنا عشر ، ونصف السدس الزائد على النصف هو
ثلاثة ، وثلث السدس الزائد على الثلث وهو اثنان ، وربع الثلث الباقي
وهو ثلاثة ، فالجملة عشرون وهي خمسة أضعاف الدار ، ولمدعي الثلثين
ثلاثة من السدس الزائد على النصف ، وسهمان من السدس الزائد على
النصف . وسهمان من السدس الزائد على الثلث ، وثلاثة من الثلث
الباقي ، فالجملة ثمانية هي تسع الدار ، ولمدعي النصف سهمان من
السدس الزائد على الثلث ، وثلاثة من الثلث الباقي ، ولمدعي الثلث ثلاثة

من الثلث الباقي ، وإن قلنا بالقرعة ، أقرع ثلاث مرات ، مرة في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل ، ومدعي الثلثين ، وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما ، وبين مدعي الكل ، ومدعي الثلثين ، وأجري في السدس الزائد على الثلث بينهما وبين مدعي النصف ، وأجري في الثلث بين الأربعة . وإن قلنا بالوقف توقفنا ، وإن كانت الدار في يد المتداعين الأربعة ، وأقام كل واحد بيعة ، جعلت بينهم أرباعاً لأن بيعة كل واحد ترجح في الربع الذي في يده اليد ، وإن لم يكن بيعة ، فالقول قول كل واحد في الربع الذي في يده ، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً .

فرع

دار في يد ثلاثة ، ادعى أحدهم نصفها ، وآخر ثلثها ، وثالث سدسها ، ولا بيعة جعلت بينهم أثلاثاً ، نص عليه في « المختصر » واعترض عليه بأن مدعي السدس لا يدعي غيره ، فكيف يعطى الثلث ، فأجاب الأصحاب بأن صورة النص فيما إذا ادعى كل واحد منهم استحقاق اليد في جميعها إلا أن الأول يقول : النصف ملكي ، والنصف الآخر لفلان الغائب ، وهو في يدي عارية أو وديعة ، والآخرون يقولون نحو ذلك ، فكل واحد منهم صاحب اليد في الثلث ، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت ، ثم جعل نصف الثلث الذي في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار ، فأما إذا اقتصر كل واحد منهم على أن لي منها كذا ، فلا يعطى لمدعي السدس إلا السدس ، ولا يتحقق بينهم والحالة هذه نزاع ، ولو أقام كل واحد منهم بيعة على ما يدعيه لنفسه ، حكم المدعي الثلث بالثلث ، لأن له فيه بيعة يبدأ ، ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك ، وفيما يحكم به لمدعي النصف وجهان ، أحدهما بالنصف ، لأن له في الثلث يبدأ وبيعة ، وفي السدس الباقي بيعة ،

والآخرا ن لا يدعيانه ، والثاني بالثلث ونصف السدس ، والأول أصح ، وبه أجاب ابن كج والقفال ، ثم مدعي الثلث ، ومدعي السدس لا يحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء ، ولكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامتها للسدس الزئد على ما في يده ، ويتصور إقامة البينة من جهتهم فيما إذا أقام مدعي النصف ، ثم أقام الآخرا ن على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول ، ويجوز أن يفرض من مدعي السدس إقامة البينة على أن السدس للغائب مع إقامة البينة على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده للغائب يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب ، وقد سبق بيانه •

فرع

دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم كلها ، وآخر نصفها ، والثالث ثلثها ، وأقام واحد من الأولين بينة بما ادعاه دون الثالث ، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليد ، ولمدعي النصف كذلك ، ثم لمدعي الكل أيضاً نصف ما في يد الثالث^(١) بينته السليمة عن المعارض ، وفي النصف الآخر تتعارض بينته وبينه مدعي النصف ، فإن قلنا بالسقوط ، فالقول قول الثالث في هذا السدس ، وفي بطلان البيتين فيما سوى هذا السدس الطريقان السابقان في تبعض الشهادة ، وإن قلنا بالاستعمال ، لم^(٢) الإقراع والتوقف ، وإن قلنا بالقسم ، قسم بينهما هذا السدس بالسوية ، فيصير لمدعي الكل النصف ونصف سدس ، ولمدعي النصف الباقي هكذا أورد المسألة الشيخ أبو علي وغيره •

القسم الثاني أن تتعارض البيتان ، وهناك ما يرجح أحدهما ، فيعمل بالراجعة ، وللرجحان أسباب : أحدها أن تختص ، إحداهما

(١) في الأصل : الثلث .

(٢) الكلمة مطموسة في الأصل ، ولم نتبينها ، وهي في إحدى نسخ الظاهرية . يخف ، وفي الأخرى : يجب .

بزيادة قوة ، وفيه صور إحداها : لو أقام أحدهما شاهدين ، والآخر شاهداً ، وحلف معه ، فقولان ، أحدهما : يتعادلان ، وأظهرهما : يرجح الشاهدان ، لأنها حجة بالإجماع ، وأبعد عن تهمته بالكذب في يمينه ، فعلى هذا لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد ، فهل يرجح صاحب اليد ، أم صاحب الشاهدين ، أم يتعادلان ؟ أوجه ، أصحها الأول ، وحكى البغوي الأولين قولين •

الثانية : لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين ، أو زاد ورعهم ، فالمذهب أنه لا ترجيح ، وقيل قولان ، وفي الرواية ثبت الترجيح بذلك . وقيل : هي كالشهادة ، والمذهب الفرق ، لأن للشهادة^(١) نصاً بآي تتبع . ولا ضبط للرواية ، فيعمل بأرجح الظنين •

الثالثة : أقام أحدهما رجلاً وامرأتين ، والآخر رجلين ، فلا يرجح الرجلان^(٢) على المذهب ، وقيل : قولان ، السبب الثاني : اليد . فإذا ادعى عينا في يد غيره ، وأقام بينة أنها ملكه ، وأقام من هي في يده بينة أنها ملكه ، رجحت بينة من هي في يده على بينة الخارج ، وهل^(٣) يشترط في سماع بينة الداخل أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث وغيرهما ؟ وجهان ، أحدهما : نعم لأنهما ربما اعتمدا ظاهر اليد ، وأصحهما : لا ، كبينة الخارج ، فإنها تسمع مطلقة مع احتمال أنهم اعتمدوا يد^(٤) سابقة ، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين أن يبين الداخل والخارج سبب الملك أو يطلق^(٥) ، ولا بين إسناد البينتين ،

(١) في الأصل : الشهادة .

(٢) في الأصل : ترجيح للرجلان .

(٣) في الأصل : وهذا .

(٤) في الأصل : يد .

(٥) في الأصل : مطلقاً .

وإطلاقهما إذا سمعنا بيعة الداخل مطلقة . ولو تعرضنا للسبب ، فلا فرق بين أن يتفق السبيان ، أو يختلفا ، ولا بين إن يسند الملك إلى شخص ، بأن يقول : كل واحد اشتريته من زيد ، أو يسند إلى شخصين وفيما إذا أسند إلى شخص واحدأنها يتساويان ، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث ، وكل واحد يدعي الانتقال منه .

فرع

متى تسمع بيعة الداخل ، لها أربعة أحوال ، أحدها : أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شيء ، فالصحيح أنها لا تسمع ، لأن البيعة إنما تقام على خصم ، وقيل : تسمع لغرض التسجيل . الثاني : يقيمها بعد الدعوى عليه ، وقبل أن يقيم المدعي بيعة ، فالأصح أنها لا تسمع أيضاً ، لأن الأصل في جانبه اليمين ، فلا يعدل عنها ما دامت كافية ، وقال ابن سريج : تسمع بينته لدفع اليمين كالمودع تسمع بينته^(١) على الرد والتلف ، وإن كفته اليمين . الثالث : يقيمها بعد أن أقام الخارج البيعة ، لكن قبل أن يعدلها ، فوجهان ، أحدهما : لا تسمع ، لأنه مستغن عنها بعد . وأصحها تسمع ، ويحكم بها ، لأن يده بعد البيعة معرضة للزوال ، فيحتاج إلى تأكيدها . الرابع : يقيمها بعد بيعة المدعي وتعديلها ، فقد أقامها في أوان إقامتها ، فإن لم يقيمها حتى قضى القاضي للمدعي ، وسلم المال إليه ، نظر إن لم يسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد ، فهو الآن مدع خارج ، وإن أسنده ، واعتذر بغية الشهود ونحوها ، فهل تسمع بينته . وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وينقض القضاء الأول ، لأنها إنما أزيلت ، لعدم الحجة ، وقد ظهرت الحجة ، فلو أقام البيعة بعد الحكم للمدعي ، وقبل التسليم إليه ، سعت بينته ، وقدمت على الصحيح لبقاء اليد حساً .

(١) في الأصل : يمينه .

فرع

هل يشترط أن يحلف الداخل مع بينته ، ليقضى له ؟ وجهان ،
أو قولان ، أصحهما : لا ، كما لا يحلف الخارج مع بينته ، وبنوا
الخلاف على خلاف في أن القضاء للداخل باليد ، أم بالبينة المرجحة
باليد ، إن قلنا باليد ، حلف ، وإلا فلا .

فرع

إذا أطلق الخارج دعوى الملك ، وأقام بينة ، وقال الداخل : هو
ملكي اشتريته منك ، وأقام به بينة ، فالداخل أولى ، لأن مع بينته
زيادة علم ، وهو الانتقال ، ولأنه عند الإطلاق مقدم ، فهنا أولى ، ولو
قال الخارج : هو ملكي ورثته من أبي ، وقال الداخل : ملكي اشتريته
من أبيك ، فكذلك الحكم ، ولو انعكست الصورة ، فقال الخارج :
هو ملكي ، اشتريته منك ، وأقام بينة ، وأقام الداخل بينة أنه ملكه ،
فالخارج أولى لزيادة علم بينته ، ولو قال كل واحد لصاحبه : اشتريته
منك ، وأقام به بينة ، وخفي التاريخ ، فالداخل أولى ، ثم في الصورة
الأولى ، وهي أن يطلق الخارج ، ويقول الداخل : اشتريته منك لا تزال
يد الداخل قبل إقامته البينة . وقال القاضي حسين : تزال ، ويؤمر
بالتسليم إلى المدعي ، لاعترافه بأنه كان له ، ثم يثبت ما يدعيه من
الشراء ، والصحيح الأول ، لأن البينة إذا كانت حاضرة ، فالتأخير
إلى إقامتها سهل ، فلا معنى للاتزاع والرد ، فلو زعم أن بينته غائبة
لم يتوقف ، بل يؤمر في الحال بالتسليم ، ثم إن أثبت ما يدعيه ، استرد ،
ويجري الخلاف فيما لو ادعى ديناً ، فقال المدعى عليه : أبرأني ، وأراد
إقامة البينة ، لا يكلف توفية الدين على قول الأكثرين ، وعلى قول
القاضي يكلف ، ثم إن أثبت ما يقول ، استرد .

فصل

من أقر بعين لرجل ، ثم ادعاها لاتسمع دعواه إلا أن تذكر تلقي الملك منه ، ولو أخذت منه بيينة ، ثم ادعاها هل يحتاج إلى ذكر التلقي ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأنه صار مؤاخذاً بالبيينة ، كما لو أقر ، وأصحهما : لا ، كالأجنبي^(١) ، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبي وأطلق ، سمعت .

فروع

أكثرها عن ابن سريج رحمه الله . أقام الخارج بيينة أن هذه العين ملكي غصبها مني الداخل ، أو قال : أجرتها له ، أو أودعها عنده ، وأقام الداخل بيينة أنها ملكه ، فهل يقدم الخارج أم الداخل ؟ وجهان ، الأصح : الخارج ، وبه قال ابن سريج ، وصححه العراقيون ، وبه أجاب الهروي ، وخالفهم البغوي ، فصحح تقديم الداخل ، فلو لم تكن بيينة ، ونكل الداخل عن اليمين ، فحلف الخارج ، وحكم له ، ثم جاء الداخل ببيينة ، سمعت على الصحيح ، كما لو أقامها بعد بيينة الخارج ، وقيل : لاتسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار ، ولو تنازعا شاة مذبوحة في يد أحدهما رأسها وجلدها وسواقطها ، وفي يد الآخر باقيةا ، وأقام كل واحد بيينة أن الشاة له ، قضي لكل واحد بما في يده ، ولو كان في يد كل واحد شاة ، فادعى كل واحد أن الشاتين له ، وأقاما بيتتين تعارضتا ، فلكل واحد التي في يده ، لاعتقاد بيئته باليد . وإن أقام كل واحد بيينة أن التي في يد الآخر ملكه قضي لكل واحد بما في يد الآخر .

السبب الثالث : اشتمال أحدهما على زيادة تاريخ ، فإذا أركتا ، نظر إن اتفق تاريخهما ، فلا ترجيح ، وإن اختلف ، بأن شهدت بيينة

(١) في الأصل : كما لو أقره لأجنبي .

زيد أنه ملكه منذ سنة ، وبينه عمرو أنه ملكه منذ سنتين ، فهل تتعارضان ، أم يقدم أسبقهما تاريخاً ؟ طريقان : المذهب التقديم . ويطرد الخلاف في بينتي شخصين تنازعا نكاح امرأة إذا اختلف تاريخهما ، وفيما إذا تعارضا مع اختلاف التاريخ لسبب الملك ، بأن أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة ، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين ، فلو نسبنا العقدين إلى شخص واحد ، فأقام هذا بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة ، وذلك بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنتين ، فالسابق أولى بلا خلاف ، وطردها الخلاف أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة ، فأقام أحدهما بينة أنها أرضه زرعها ، والآخر أنها ملكه مطلقاً ، لأن بينة الزرع تثبت الملك من وقت الزراعة . هكذا ذكره البغوي ، وفيه تصريح بأن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة ، وبينه الآخر أنه ملكه من أكثر من سنة كان فيه الخلاف ، فإن رجحنا سبق التاريخ ، حكمنا بها لصاحب السبق ، وله الأجرة والزيادات الحادثة من يومئذ ، وإن لم نرجح به ، ففيه الخلاف السابق في أصل التعارض ، وإن كانت إحداها (١) مؤرخة ، والأخرى مطلقة ، فالمذهب أنهما سواء فتعارضان (٢) ، وقيل : تقدم المؤرخة . ولو تنازعا دابة ، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه ، والآخر بينة أنها ملده ، وهو الذي تنجها ، قال الأكثرون : هو على الخلاف في سبق التاريخ ، وطرده في كل بينتين أطلقت إحداها الملك ، ونصت (٣) الأخرى على سببه من إرث وشراء وغيره ، وقيل : تقدم بينة التنازع قطعاً ، لأنها تثبت ابتداء الملك له ، والتي سبق تاريخها لا تثبت ابتداء ملكه ، وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقتين فيما لو تنازعا ثمرة وحنطة ،

(١) في الأصل : كان أحدهما .

(٢) في الأصل : فتعارضتا .

(٣) في الأصل : ونصبت .

فشهدت إحداهما بأنها حدثت من شجرته ، أو بذرته ، ولا يقتضي جريان القطع فيما لو تعرضت إحداهما للشراء وسائر الأسباب ، لأنها لا توجب ابتداء ملكه ، ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث ، فلو كان في يد أحدهما ، وقامت بينتان مختلفتان التاريخ ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً ، قدمت قطعاً ، وإن كانت بينة الخارج أسبق ، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً ، قدم الداخل ، وإن جعلناه مرجحاً ، فهل يقدم الداخل أم الخارج ، أم يتساويان ؟ أوجه ، أصحها : الأول .

فصل

ادعى داراً ، أو عبداً ، أو نحوه في يد رجل ، فشهدت له بينة بالملك في الشهر الماضي ، أو بالأمس ، ولم يتعرض للحال ، نقل المزني والربيع أنها لا تسمع ، ولا يحكم بها ، ونقل البويطي أنها تسمع ، ويحكم بها ، وقال الجمهور : هما قولان ، أظهرهما ، المنع ، والطريق الثاني القطع بالمنع ، ويجري الخلاف فيما لو ادعى اليد ، وشهدوا أنه كان في يده أمس ، فإذا قلنا بالمنع ، فينبغي للشاهد أن يشهد على الملك في الحال ، أو يقول : كان ملكه ولم يزل ، أو لا أعلم له مزيلاً ، ولا يجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحاباً لحكم ما عرفه من قبل ، كشراء وإرث وغيرهما ، وإن احتمل زواله ، فلو صرح في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب ، فوجهان ، قال الغزالي : قال الأصحاب : لا يقبل ، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي ، وحركة الحلقوم . وقال القاضي حسين : تقبل ، لأننا نعلم أنه لا مستند له سواه ، ولو قال : لا أدري أزال ملكه ، أم لا ، لم يقبل قطعاً ، لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة ، ولو شهدت بينة بأنه أقر أمس للمدعي بالملك ، قبلت الشهادة ، واستديم حكم الإقرار ، وإن لم يصرح الشاهد بالملك

في الحال، وقيل بطرد القولين، والمذهب الأول لثلا تبطل فائدة الأقارير.
ولو قال المدعى عليه : كان ملكك أمس ، فوجهان ، أحدهما : لا يؤخذ
به ، كما لو قامت بينة بأنه كان ملكه أمس ، وأصحهما ، وبه قطع ابن
الصباغ : يؤخذ ، فينتزع منه ، كما لو شهدت البينة أنه أقر أمس .
والفرق أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق ، والشاهد قد يتساهل
ويخن ، فلو أسند الشهادة إلى تحقيق ، بأن قال الشاهد : هو ملكه
بالأمس ، اشتراه من المدعى عليه بالأمس ، أو أقر له به المدعى عليه
بالأمس ، قبلت الشهادة ، ولو قال : كان في يدك أمس ، فهل يؤخذ
بإقراره ؟ وجهان ، حكاهما ابن الصباغ .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

فاذا عرفت ما يحتاج إليه الشاهد إلى التعرض له على قولنا : لا
تسمع الشهادة على الملك السابق ، فكذلك إذا قلنا : الشهادة على اليد
السابقة لا تسمع ، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة ، فيقول : كان في
يد المدعي ، وأخذه المدعى عليه منه ، أو غصبه ، أو قهره عليه ، أو بعث
العبد في شغل ، فأبق منه ، فاعترضه هذا ، وأخذه ، فحينئذ تقبل
الشهادة ، ويقضى بها للمدعي ، ويجعل صاحب يد .

فرع

قد ذكرنا أن الشهود لو قالوا : ولا نعلم زوال ملكه ، قبلت
شهادتهم ، ثم نقل ابن المنذر أن الشافعي رحمه الله قال : يحلف المدعي
مع البينة ، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب ، فلا حاجة إلى اليمين ، قال
الهروي : هذا غريب .

فرع

دار في يد رجل ادعاها آخران ، وأقام أحدهما بينة أنها له ،

غصبها منه المدعى عليه ، وأقام الآخر بينة أن من (١) في يده أقر بها له ،
فلا منافاة بينهما ، فثبت الملك والغصب بالبينة الأولى ، ويلغو (٢) إقرار
الغاصب لغير المغضوب منه .

فصل

بينه المدعي لا توجب ثبوت الملك له ، ولكنها تظهره فيجب أن
يكون الملك سابقاً على إقامتها . لكن لا يشترط سبق بزمان طويل
يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة ، ولا يقدر ما لا ضرورة إليه ، فلو
أقام بينة بملك دابة أو شجرة . لم يستحق النتائج والثمرة الحاصلين قبل
إقامة البينة ، والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة تبقى للمدعى عليه ، وفي
الحمل الموجود عند إقامتها وجهان ، أحدهما : يستحقه المدعي تبعاً
للأم ، كما في العقود ، والثاني : لا ، لاحتمال كونه لغير مالك الأم
بوصية . ومقتضى هذا الأصل أن (٣) من اشترى شيئاً : فادعاه مدع .
وأخذه منه بحجة مطلقة لا يرجع على بائعه بالشن . لاحتمال انتقال
ملك من المشتري إلى المدعي ، وتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها .
لكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع . بل لو باع المشتري أو
وهب . وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه . كان للمشتري الأول
الرجوع أيضاً . وسبب الحاجة إليه في عهدة العقود . ولأن الأصل أن
لا معاملة بين المشتري والمدعي ، ولا انتقال منه ، فيستدام الملك المشهود
به إلى ما قبل الشراء ، وعن القاضي حين وجه أنه لا رجوع إذا كان
دعوى المدعي ملكاً سابقاً وفاء بالأصل المذكور ، وحمل ما أطلقه

(١) في الأصل : أنها .

(٢) في الأصل : ويل له .

(٣) في الأصل : الاصلان .

الأصحاب عليه . وحكى الهروي وجهاً^(١) أن قيام البينة يقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي .

فرع

المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده . وانتزع منه . ولم يظفر ببائعه ، هل له أن يطالب الأول بالثمن ؟ في فتاوى القاضي حسين : الأصح أنه لا يطالبه .

فصل

ادعى ملكاً مطلقاً ، فشهد الشهود بالملك . وذكروا سببه . لم يضر ، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب بناء على أن ذكر السبب مرجح ، لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً . لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد ، بل يدعى الملك وسببه ، ثم يعيدون الشهادة ، فحينئذ ترجح بينته ، وقيل : لا حاجة إلى إعادة البينة ، وتكفي الشهادة على ما هو المقصود واقعة بعد الدعوى والاستشهاد ، ولو ادعى الملك . وذكر سببه ، وشهدوا بالملك ، ولم يذكروا السبب ، قبلت شهادتهم . لأنهم شهدوا بالمقصود ، ولا تناقض ، ولو ادعى الملك وسببه ، وذكر الشهود سبباً آخر ، فالصحيح بطلان شهادتهم ، للتناقض ، وقيل : تقبل على أصل الملك ، ويلغو السبب ، ولو شهد شاهد بألف عن ثمن ، وآخر بألف عن قرض ، والدعوى مطلقة ، فقد سبق في الإقرار أنه لا يثبت بشهادتهما شيء ، وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف .

(١) في الاصل : وجهين .

فرع

في يده دار حكم له حاكم بسلكتها ، فادعى خارج انتقال الملك منه إليه ، وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح ، ولم يبينوه ، قال الهروي : وقعت هذه المسألة ، فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى ، والحكم بها للخارج ، كما لو عينوا السبب ، وكذا أفتى الماوردي ، والقاضي أبو الطيب ، قال : وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا ، وهو طريقة القفال وغيره ، لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء ، فصار كالشهادة بأن فلاناً وارث لا يقبل ما لم يبين جهة الإرث .

الطرف الثاني في العقود ، وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا قال المكري : أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة ، فقال : اكريت جميع الدار بالعشرة ، فإن لم يكن بينة تحالفا ، ثم يفسخ العقد أو ينفسخ على ما سبق في باب التحالف ، وعلى المستأجر أجرة مثل ما سكن في الدار أو البيت ، فلو أقام أحدهما بينة دون الآخر ، قضى بالبينة ، فإن أقاما بينتين ، فقولان ، وقيل : وجهان أحدهما خرجه ابن سريج ، تقدم بينة المستأجر ، لاشتغالها على زيادة وهي اكتراء جميع الدار ، وأظهرهما ، وهو المنصوص : يتعارضان ، فيكون على قبولي التعارض ، وإن قلنا بالسقوط ، تحالفا ، وإن قلنا بالاستعمال ، جازت القرعة على الصحيح ، وفي اليمين معها الخلاف السابق . وقال ابن سلسة : لا يقرع ، لأن القرعة عند تساوي الجانبين ، ولا تساوي ، لأن جانب المكري أقوى لملك الرقبة ، وأما الوقف والقسمة ، فلا يجبان هكذا أطبق عليه الأصحاب ، وفيه إشكال ، ونقل الماسرجسي قولاً أنه تجيء القسمة في الملك ، والوقف في الأجرة . ولو اختلفا والزيادة في جانب المكري ، بأن قال : أكريتك بعشرين .

قال : بل بعشرة . فقول التعارض بحاله ، وعلى تخريج ابن سريج : بينة المكري راجحة للزيادة . ويطرد ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بينة أحدهما زيادة ، ولو وجدت الزيادة في الجانبين بأن قال : أكريتك هذا البيت بعشرين . فقال : بل جميع الدار بعشرة ، فلا بن سريج رأيان ، الصحيح منهما : الرجوع إلى التعارض ، والثاني : الأخذ بالزيادة من الجانبين ، فيجعل جميع مكري بعشرين ، وهذا فاسد ، لأنه خلاف قول المتداعيين ، والشهود ، ثم قال العراقيون والروائيون وغيرهم : هذا إذا كانت البيتان مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، أو اتفق تاريخهما ، فإن اختلف بأن شهدت إحداهما أن كذا مكري من سنة من أول رمضان ، والأخرى من أول شوال ، فقولان ، أظهرهما وبه قطع العراقيون والروائيون تقدم أسبقهما تاريخاً ، لأن العقد السابق صحيح ، ولا مخالفة ، والثاني تقدم المتأخرة ، لأن العقد الثاني ناسخ ، وربما تخللت إقالة ، قال صاحب « التقريب » وغيره : موضع القولين إذا لم يتفقا على أنه لم يجر إلا عقد ، فإن اتفقا عليه ، تعارضتا .

المسألة الثانية : في يده دار جاء رجلان ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها من صاحب اليد بكذا ، وسلمت الثمن ، وطالبه بتسليم الدار ، فإن أقر لأحدهما ، سلمت الدار إليه ، وهل يحلف الآخر ؟ قال الشيخ أبو الفرج : إن قلنا : إتلاف البائع كافة سماوية ، فلا ، وإن قلنا : كإتلاف الأجنبى ، وأثبتنا الخيار ، فأجاز ، وأراد أن يطلب من البائع قيمتها . بني التحليف على الخلاف في أنه لو أقر للثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم فيحلف أم لا ؟ فلا^(١) وقد سبق نظائره ، وللآخر^(٢) أن يدعي الثمن فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه ، وإن

(١) في الأصل : أم لاخلاف .

(٢) في الأصل : وللآخر .

أنكر ما ادعى ولا بينة ، حلف لكل واحد يمينا ، وبقيت الدار في يده ، وإن أقام أحدهما بينة ، سلمت الدار إليه ، وليس للآخر تلحيفه لتغريم العين ، لأنه لم يفوتها عليه ، إنما أخذت بالبينة ، وله دعوى الثمن ، وإن أقاما بينتين ، نظر ، إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف ، قدم أسبقهما تاريخاً ، وإن لم تكونا كذلك ، فله حالان ، الأولى أن يستمر صاحب اليد على التكذيب ، فيتعارضان ، فإن قلنا بالسقوط سقطتا . وحلف المدعى عليه لكل واحد منهما ، كما لو لم يكن بينة ، وهل لهما استرداد الثمن ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، هذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، فإن تعرضت ، فلا رجوع بالثمن ، لأن العقد استقر بالقبض ، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده ، وإن قلنا بالاستعمال ، فالأشهر أنه لا يجيء الوقف ، والأصح مجيئه ، فتتزع الدار من يده ، والثمنان ، ويوقف الجميع ، وإن قلنا بالقرعة ، فمن خرجت قرعته . سلمت إليه الدار بالثمن الذي سماه ، واسترد الآخر الثمن الذي أداه . وإن قلنا بالقسمة ، فلكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه ، ولهما خيار الفسخ ، لأنه لم يسلم جميع المعقود عليه ، فإن فسخا ، استردا جميع الثمن المشهود به ، وإن أجاز ، استرد كل واحد نصف الثمن المشهود به بناء على الأظهر ، وهو أن الإجازة بالقسط ، ويجوز أن يجيز أحدهما ، ويفسخ الآخر ، ويسترد جميع الثمن . ثم إن سبقت الإجازة الفسخ ، رجع المجيز بنصف الثمن ، وليس له أن يأخذ النصف المردود ، ويضمه إلى ما عنده ، لأنه حين أجاز ، رضي بالنصف . وإن سبق الفسخ الإجازة ، فهل للمجيز أخذ الجميع ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأننا نفرع على قول القسمة ، فلا يأخذ إلا ما اقتضته ، والمردود يعود إلى البائع ، وأصحهما ، وبه قطع العراقيون له ذلك ، لأن

بينته قامت بالجمع ، وقد زال المزاحم ، ونقل الربيع قولاً : ان البيعين مفسوخان ، وروي باطلان ، وهو معنى مفسوخان هنا ، ويعمل بمقتضى قول المدعى عليه ، وامتنع جماعة من جعله قولاً ، منهم من غلظه ، ومنهم من قال : هو تخريج له .

الحالة الثانية : أن يصدق صاحب اليد أحدهما ، فعلى قول السقوط تسلم الدار للمصدق ، وكأنه أقر له ولا بينة ، وعلى قول الاستعمال وجهان ، قال ابن سريج : يقدم المصدق ، وكأنه نقل إليه يده ، فصار معه يد وبينة ، والأصح المنع لاتفاق البيتين على إسقاط يده ، واتزاع المال منه باتفاق الأقوال ، واليد المزالة لا يرجع بها ، فعلى هذا هو كما لو لم يصدق واحد منهما . ثم إن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البيتان مختلفتي التاريخ بين أن يكونا مطلقتين أو متحدتي التاريخ أو إحداهما^(١) مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، بل صرحوا بالتسوية ، إلا أن أبا الفرج الزاز استدرك ، فقال : هذا إذا لم يقدم المؤرخة على المطلقة ، فإن قدمناها ، قضينا^(٢) لصاحبها ولا تجيء الأقوال .

عن الشيخ أبي عاصم : لو تعرضت إحدى البيتين ، لكون الدار ملك البائع وقت البيع ، أو لكونها ملك المشتري الآن كانت مقدمة ، وإن لم يذكر تاريخاً . ولو ذكرت إحداهما ، نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة ، سواء كانت سابقة ، أم مسبوقة ، لأن التعرض للنقد

(١) في الأصل : أحدهما .

(٢) في الأصل : قضينا .

يوجب التسليم ، والأخرى لا توجب لبقاء حق الحبس^(١) للبائع ،
فلا تكفي المطالبة بالتسليم .

فرع

في يده دار جاء اثنان يدعيانها ، قال أحدهما : اشتريتها من زيد
وهي ملكه وقال الآخر : اشتريتها من عمرو وهي ملكه ، وأقام كل واحد
بينة بما يقوله . فهما متعارضتان ، فإن قلنا بالسقوط . فكأنه لا بينة ،
ويحلف صاحب اليد لكل واحد يسيراً ، وإن قلنا بالاستعمال ، ففي مجيء
قول الوقف الخلاف السابق . ويجيء قولاً القرعة والقسمة والتفريع
كما سبق ، إلا أن^(٢) على قول القسمة إذا اختار أحدهما فسخ العقد ،
والآخر إجازته لا يكون للسجيز أخذ النصف الآخر ، سواء تقدم الفسخ
أو الإجازة إذا ادعى الشراء بين شخصين ، لأن المردود يعود إلى غير من
يدعي المجيز الشراء منه ، فكيف يأخذه . وحيث أثبتنا الخيار على قول
القسمة ، فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، ولا اعترف به المدعي ،
وإلا فإذا جرى القبض ، استقر العقد ، وما يحدث بعده ليس على البائع
عهده . وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد : وهي ملكه ،
لأن من ادعى مالاً في يد شخص ، وقال : اشتريته من فلان ، لم تسمع
دعواه حتى يقول : اشتريته منه وهو ملكه ، ويقوم مقامه أن يقول :
وتسلمته منه ، أو سلمه إلي ، لأن الظاهر أنه إنما يسلم ما يسلكه ، وفي
دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول وأنت تملكه ، ويكتفى
بأن اليد تدل على الملك ، وكذا يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة :
اشتراه من فلان وهو يملكه ، أو اشتراه وتسلمه منه ، أو وسلمه إليه .
قال الإمام : ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشترى من فلان وآخرين

(١) في الأصل : للجنس .

(٢) في الأصل : الآن .

أن فلاناً كان يملكه إلى أن باعه . لكن هؤلاء شهدوا بالملك والمبيع جميعاً ، فكأن المراد إذا أقام شهوداً بالشراء وقت كذا ، وآخرين أنه كان يملكه إلى ذلك الوقت .

فروع

أقام أحد المدعين بينة أنه اشترى الدار من فلان . وكان يملكها . وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى . حكم ببينة الثاني . ولا يحتاج أن يقول المقيم البينة : وأنت تملكها . كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد . لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه .

المسألة الثالثة : دار في يده جاء اثنان ، قال كل منهما : بعثك هذه الدار . وكانت ملكي بكذا ، فأد الشن . فإن أقر لهما . طوب بالثمنين . وإن أقر لأحدهما ، طوب بالثمن الذي سماه . وحلف للآخر . وإن أنكر ما ادعياه ، ولا بينة حلف لهما يمينين ، وإن أقام أحدهما بينة قضي له . وحلف للآخر ، وإن أقاما بينتين ، نظر إن أرختا تاريخين مختلفين ، لزمه الثمنان ، لإمكان الجميع . وإن اتحد تاريخهما بأن أرختا بطلوع الشمس ، أو زوالها ، تعارضتا ، لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لهذا وحده ، ولذاك وحده ، فعلى قول السقوط كأنه لا بينة ، وعلى القرعة يقرع ، فمن خرجت قرعته ، قضي له بالثمن الذي شهدت به بينة ، وللآخر تحليفه بلا خلاف ، لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه . وعلى القسمة لكل واحد نصف الثمن الذي سماه ، وكأن الدار لهما وباعاه بثمانين متفقين أو مختلفين ، وفي مجيء الوقف الخلاف السابق ، والمذهب مجيئه . وإن كانت البيتان مطلقتين أو إحداها مطلقة . والأخرى مؤرخة ، فوجهان ، أصحهما أنهما كمختلفتي التاريخ ، فيلزمه الثمنان لإمكان الجمع . والثاني : أنهما كمتحدتي التاريخ ، لأن الأصل

براءة ذمة المشتري ، فلا يلزمه إلا اليقين ، وبهذا قال القاضي أبو حامد ، وابن القطان ، فعلى هذا يعود خلاف التعارض وفيه طريق ثان^(١) وهو القطع بالوجه الأول ، وقيل : إن شهدت البيتان على الإقباض مع البيع ، وجب الثمنان قطعاً ، ولو شهدت البيتان على إقرار المدعى عليه بما ادعى ، فالصحيح أن الحكم كما لو قامت على البيعين ، فينظر أقامتا على الإقرار مطلقاً ، أم على الإقرار بالشراء من زيد في وقت ، ومن عمرو كذلك ، وقيل : يجب الثمنان ، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً ، وما ذكرناه من أنهما إذا أرختا تاريخين مختلفين يلزمه الثمنان يشترط فيه أن يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الأول ، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني ، ثم العقد الثاني ، فإن عين الشهود زمناً لا يتأتى فيه ذلك ، لم يجب الثمنان ، قال الإمام : ولو شهد اثنان أنه باع فلاناً في ساعة كذا ، وشهد آخران أنه كان ساكناً تلك الحالة ، أو شهد اثنان أنه قبل فلاناً ساعة كذا ، وآخر أنه كان ساكناً تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئاً ، ففي قبول الشهادة الثانية وجهان ، لأنها شهادة على النفي ، وإنما تقبل شهادة النفي في المضائق ، وأحوال الضرورات ، فإن قبلناها ، جاز التعارض .

قلت : الأصح القبول ، لأن النفي المحصور ، كالأبواب في إمكان الإحاطة به . **والله أعلم**

فرع

قال الأكثرون : صورة المسألة أن يقول كل واحد : بعتك كذا

(١) في الأصل : طريقان .

وهو ملكي وهكذا لفظ الشافعي رحمه الله في « المختصر » وقال أبو
الفياض^(١) : لا يشترط ذلك ، وإذا قلنا بالقسمة عند التعارض : فقسم
الثلث بلا خيار لصاحب اليد ، لأنه حصل له تمام البيع ، ولا غرض له
في عين البائع ، وقال ابن القطان : له الخيار ، فقد يرضى بعاملة واحد
دون اثنين .

المسألة الرابعة : عبد في يد رجل ، ادعى أن سيده أعتقه ، وادعى
رجل أنه باعه إياه بكذا ، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه ، ولا بينة حلف
لهما يمينين ، وإن أقر بالعتق ، ثبت العتق ، ولم يكن للمشتري تحليفه .
وإن قلنا : إتلاف البائع كالألفة السماوية ، لأنه بالإقرار متلف قبل
القبض ، فينسخ البيع ، لكن لو ادعى تسليم الثمن ، حلف له
وإن أقر بالبيع ، قضى به ، وليس للعبد تحليفه ، لأنه لو اعترف به ،
لم يقبل ، ولم يلزمه غرم ، قال الروياني : وليس لنا موضع يقر لأحد
المدعين ، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا ، وإن أقام كل واحد
بينه ، نظر إن اختلف تاريخهما ، قضى بأسبقهما ، وإن اتحد تعارضتا ،
وفيهما القولان ، فإن قلنا بالسقوط ، فهو كما لو لم يكن ، وإن قلنا
بالاستعمال ، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق ، وإن قلنا بالقرعة
قضى لمن خرجت له ، وإن قلنا بالقسمة ، عتق نصف العبد ، ونصفه
لمدعي الشراء بنصف الثمن ، وله الخيار ، فإن فسخ ، فالصحيح أنه
يعتق النصف الآخر أيضاً ، لأن البينة شهدت بإعتاقه الجميع ، وإنما لم
يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء وقد زالت ، وقيل : لا يعتق وإن
أجاز ، فإن كان المدعى عليه معسراً ، لم يسر العتق ، وإن كان موسراً ،

(١) هو محمد بن الحسن البصري نزيل بغداد من فقهاء الشافعية ،
أخذ عن أبي حامد المروزي ، وتوفي في حدود سنة ٣٨٥ هـ .

فقولان ، أو وجهان ، أحدهما : لا يسري ، لأنه عتق قهراً ، فأشبهه ما لو (١) ورث بعض قريبه (٢) ، وأظهرهما يسري ، لقيام البينة أنه أعتق باختياره ، وقيل : لا يجري قول القسمة هنا تحرزاً من تبغيض الحرية ، وصرح المزني قولاً أنه يقدم بينة العتق ، لأن العبد في يد نفسه ، وبينه صاحب اليد مقدمة وضعف الأصحاب هذا ، وامتنعوا من إثباته قولاً قالوا : وإنما يكون في يد نفسه لو ثبتت حرите ، ولو كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، فهو كما لو اتحد تاريخهما ، هذا هو المذهب ، وقيل : لا يجري هنا قول السقوط ، لأن صدقهما ممكن ، بأن باعه صاحب اليد لمدعي الشراء ، ثم اشتراه منه ، ثم أعتقه ، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البينتين لا يوجب الرجحان إلا عند ابن سريج كما سبق .

الطرف الثالث : في التداعي والتعارض في الموت والإرث ، وفيه مسائل :

الأولى : مات رجل عن اثنين مسلم ونصراني ، فقال كل منهما : مات على ديني ، فأرثه ، فلأب حالان ، الأولى أن يكون معروفاً بالتنصر ، فقال المسلم : أسلم ثم مات ، وقال النصراني : مات على ما كان ، فيصدق النصراني بيمينه ، لأن الأصل بقاءه ، فإن أقاما بينتين ، نظر إن أطلقنا ، فقالت (٣) إحداهما : مات مسلماً ، والأخرى مات نصرانياً ، قدمت بينة المسلم ، لأن معها زيادة علم ، وهو انتقاله من النصرانية ، فقدمت الناقلة على المستصحبة ، كما تقدم بينة الجرح

(١) في الأصل : كما

(٢) في الأصل : ورثته .

(٣) في الأصل : فقال .

على التعديل ، وكما لو مات عن ابن وزوجة ، فقال الابن : داره هذه ميراث ، وقالت : أصدقنيها أو باعنيها ، وأقاما بينتين ، فبينتها أولى . وكما لو ادعى على مجهول أنك عبدي ، وأقام به بينة ، وأقام المدعى عليه بينة أنه كان ملكاً لفلان ، وأعتقه ، تقدم بينة المدعى عليه : لعلها بالانتقال من الرق إلى الحرية ، وعلى هذا قياس المسائل ، وإن قيدنا بأنه تكلم في آخر عمره كلمة ، وأقام المسلم بينة أنها كانت كلمة الإسلام . وأقام الآخر بينة بأنها كانت النصرانية ، تعارضتا ، فعلى قول السقوط يسقطان ، ويصير كأن لا بينة ، فيصدق النصراني بيمينه ، وإن قلنا بالاستعمال ، فعلى الوقف يوقف ، وعلى القرعة يقرع ، فمن خرجت له ، فله التركة ، وعلى القسمة تقسم ، فيجعل بينهما نصفين كغير الإرث ، وقال أبو إسحاق : لاتجيء القسمة ، لأنها تكون حتماً بالخطأ يقيناً . لأنه لا يموت مسلماً كافراً ، وفي غير صورة الإرث لا يتحقق الخطأ في القسمة ، لاحتمال كون المدعى مشتركاً بينهما ، والصحيح الأول ، وليست القسمة حكماً بأنه مات مسلماً كافراً ، بل لأن بينة كل واحد اقتضت كون جميع المال له ، ومزاحمتها الأخرى ، فعملنا بكل واحدة بحسب الإمكان ، قال العراقيون : وليست القسمة خطأ يقيناً ، لاحتمال أنه مات نصرانياً ، فوريثاه ، ثم أسلم أحدهما . ولو قيدت بينة النصراني أن آخر كلامه النصرانية ، فهو كتنقيد البينتين .

الحالة الثانية : أن لا يكون الأب معروف الدين ، فإن لم يكن بينة ، نظر إن كان المال في يد غيرهما ، فالقول قوله ، وإن كان في يدهما ، حلف كل واحد لصاحبه وجعل بينهما ، وإن كان في يد أحدهما ، فوجهان ، أحدهما - وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي حسين وجماعته - القول قوله بيمينه ، والصحيح : أنه يجعل بينهما ، ولا أثر لليد بعد اعترافه بأنه كان للميت . وإن أقاما بينتين ، تعارضتا ، سواء أطلقنا

أو قيدنا • ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق وقيل : تقدم بينة الإسلام ، لأن الظاهر من حال من هو في دار الإسلام • والمذهب الأول • ويصلي على هذا الميت ، ويدفنه في مقابر المسلمين ، ويقول : أصلي عليه إن كان مسلماً •

فرع

يشترط في بينة النصراني أن يفسر^(١) كلمة التنصر بما يختص به النصراني ، كقولهم : (ثالث ثلاثة) هل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمته ، لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلاماً ؟ وجهان • وإذا قلنا بالقسمة ، هل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر ؟ وجهان ، الأصح : لا • وإذا قلنا بالقسمة ، فمات عن ابن وبنت ، فقال ابن سلمة : يقسم مناصفة ، وقال غيره : مثالثة ، والصواب : أنهما كرجلين ادعى أحدهما جميع دار ، والآخر نصفها ، وأقلما^(٢) يئتين ، وقد سبق أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها ، وللآخر ربعها • ثم الموت على كلمة الإسلام يوجب إرث الابن المسلم ، لكن الموت على التنصر لا يوجب بمجرد إرث النصراني ، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر ، وكان التصوير فيما إذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية حتى مات ، أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضموماً إلى الموت عليه ، وإن لم يتعرض له الشهود •

فرع

مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفره ، فقال المسلمان : مات

(١) في الأصل : نفس •

(٢) في الأصل : وأقام •

مسلماً ، وقال الأولاد : مات كافراً ، فإن كان أصل دينه الكفر ، صدق الأولاد^(١) . وإن أقاموا يئتين ، فإن أطلقنا ، قدمت بينة المسلمين ، وإن قيدنا ، فعلى الخلاف في التعارض . ويعود خلاف أبي إسحاق في جريان القسمة ، فإذا رجحنا طائفة ، قسم المال بينهم ، كما يقسم لو انفردوا . وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريراً على القسمة ، فالنصف للزوجة وللأخ ، والنصف للأولاد ، وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان ، أحدهما : ربه^(٢) وكأنه جميع التركة ، وبه قطع السرخسي . والثاني نصفه ، ليكون لها ربع^(٣) التركة ، لأن الأخ معترف به ، والأولاد لا يحجبونها باتفاقهما ، وبه قطع الإمام .

قلت : الأول أصح ، لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة . والساعم

المسألة الثانية : مات نصراني وله ابنان مسلم ونصراني ، فقال المسلم : أسلمت بعد موت أبينا ، فالميراث بيننا . وقال النصراني : قبله ، فلا ترثه ، فلها ثلاثة أحوال ، إحداها : أن يقتصر على هذا القدر ولا يتعرض^(٤) لتاريخ موت الأب ، ولا لتاريخ إسلام المسلم .

والثانية : أن يتفقا على وقت موت الأب كرمضان . وقال المسلم : أسلمت في شوال ، وقال النصراني : بل أسلمت في شعبان ، ففي الحالتين إن لم يكن بينة ، فالقول قول المسلم ، لأن الأصل بقاءه على دينه ، حلف ويشتركان في المال . وإن أقام أحدهما بينة قضى بها . وإن أقاما

(١) في الأصل : للأولاد .

(٢) في الأصل : أربعة .

(٣) في الأصل : مع .

(٤) في الأصل : يتعارض .

م
بينتين ، قدمت بينة النصراني ، لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام في شعبان ، والأخرى مستصحبة لدينه في شوال ، فمع الأولى زيادة علم .
الحالة الثالثة : أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم ، فإن اتفقا على أنه أسلم في رمضان ، ولكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان .
وقال النصراني : مات في شوال ، صدق النصراني ، لأن الأصل بقاء الحياة . وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة المسلم ، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت في شعبان ، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال . وإن شهدت بينة النصراني في هذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حياً في شوال ، أو شهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمة التنصر في نصف شوال مثلاً تعارضتا .

فرع

مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق ، وقال الآخر : أسلمت أيضاً قبله . وقال المتفق على إسلامه : بل بعد موته ، فعلى الأحوال الثلاث ، فإن اقتصر على ذلك أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان . وقال قديم الإسلام لحادث الإسلام : أسلمت في شوال . وقال الحادث : بل أسلمت في شعبان ، صدق قديم الإسلام . وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة الحادث . وإن اتفقا أن الحادث أسلم في رمضان ، وقال قديم الإسلام : مات الأب في شعبان . وقال الحادث : بل في شوال ، فالمصدق الحادث ، والمقدم بينة قديم الإسلام ، وعلى هذا يقاس نظائر الصورة الأولى ، وصورة الفرع بأن مات الأب حراً ، واحد ابنه حراً بالاتفاق ، واختلفا هل عتق الآخر قبل موته أم بعده . ولو اتفقا في صورة الفرع أن أحدهما لم يزل مسلماً . وقال الآخر : لم أزل مسلماً أيضاً ، ونازعه الأول ، فقال : كنت نصرانياً ، وإنما أسلمت بعد موت الأب ، فالقول قوله انه لم يزل مسلماً ، لأن ظاهر الدار يشهد

له • ولو قال كل واحد منهما : لم أزل مسلماً ، وكان صاحبي نصرانياً
أسلم بعد موت الأرب ، فوجهان خرجهما القفال • أحدهما : لاشيء لهما ،
لأن الأصل عدم الاستحقاق ، وأصحهما : يحلفان ، ويجعل المال بينهما ،
لأن ظاهر اليد يشهد لكل واحد فيما يقوله في حق نفسه •

فرع .

مات عن أبوين كافرين ، وابنين مسلمين ، فقال الأبوان : مات
كافراً ، وقال الابنان : مات مسلماً ، قال ابن سريج : فيه قولان ،
أشبههما بقول العلماء : أن القول قول الأبوين ، لأن الولد محكوم
بكفره في الابتداء تبعاً لهما ، فيستصحب حتى يعلم خلافه • والثاني :
يوقف المال حتى ينكشف الأمر أو يصطلحا ، والتبعية تزول بالبلوغ
وحصول الاستقلال • وقيل : القول قول الابنين ، لأن ظاهر الدار
الإسلام •

قلت : الوقف أرجح دليلاً ، ولكن الأصح عند الأصحاب أن
القول قول الأبوين ، وأنكروا على صاحب « التنبيه » ترجيحه قول
الابنين ، وهو ظاهر الفساد • والله أعلم

فرع

له زوجة وابن ماتا ، فاختلف الزوج وأخو المرأة ، فقال الزوج :
ماتت أولاً ، فورثتها أنا وابني ، ثم مات الابن ، فورثته • وقال الأخ :
مات الابن أولاً ، فورثت منه أختي ، ثم ماتت ، فأرث منها ، فإن لم
يكن بينة ، فالقول قول الأخ في مال أخته ، وقول الزوج في مال ابنه •
فإن حلفا أو نكلا ، فهي من صور استبهاام الموت ، فلا يورث ميت من
ميت ، بل مال الابن لأبيه ، ومالها للزوج والأخ • وإن أقاما بينتين ،

تعارضتنا ، وجرت أقوال التعارض . هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما ، فإن اتفقا على وقت موت أحدهما ، واختلفا في أن الآخر مات قبله أم بعده ، صدق من قال : بعده ، لأن الأفضل دوام الحياة . وإن أقاما ينتين ، قدمت بينة من قال : قبله ، لأن معها زيادة علم .

فرع

مات عن زوجه وأولاد ، فقالوا لها : كنت أمة ، فعتقت بعد موته ، أو ذمية ، فأسلمت بعد موته ، فقالت : بل عتقت وأسلمت قبله ، لهم المصدقون . وإن قالت : لم أزل حرة مسلمة ، فهي المصدقة ، لأن الظاهر معها . وفي قول : تصدق في الحرية ون الإسلام . وخرج قول : أن الأولاد يصدقون ، لأن الأصل عدم وراثتها .

المسألة الثالثة : سيد قال لعبد : إن قتلت ، فأنت حر ، وتنازع بعده العبد والوارث ، وأقام العبد بينة أنه قتل ، والوارث بينة أنه مات حتف أنفه ، فقولا ، أظهرهما : تقدم بينة العبد ، ومنهم من قطع به ، لأن معها زيادة علم بالقتل . والثاني : يتعارضان ، للمنافاة بينهما . فعلى هذا إن قلنا بالسقوط ، فكأنه لا بينة ، فيحلف الوارث ، ويستمر الرق . وإن قلنا بالقسم عتق نصفه ، أو بالعرشه إن خرجت له ، ورق إن خرجت للورث ، ولا يخفى الوقف . وإذا قدمنا بينة القتل ، فلا قصاص ، لأن الوارث ينكره . وإن قال : إن مات في رمضان فعبدى حر ، وأقام العبد بينة أنه مات في رمضان ، والوارث بينة أنه مات في شوال ، فعلى القولين أحدهما : التعارض ، وأظهرهما : تقدم بينة العبد ، لزيادة العلم بخدوث الموت في رمضان . وقال المزني : تقدم بينة الوارث ، لأن معها زيادة علم ، وهي بقاء الحياة إلى شوال . ومن حقه أن يطرد في نظائره المسألة السابقة واللاحقة . ولو أقام الوارث البينة أنه مات في شعبان ، فالقياس مجيء الخلاف وانعكاس القول الثاني

وقول المزني • ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان ، ثم شهد آخر أنه مات في شوال ، فهل ينقض الحكم ، ويجعل كما لو شهدت البيتان معاً ؟ خرجه ابن سريج على قولين ، كما لو بان فسق الشهود بعد الحكم •

فرع

قال لسالم : إن مت في رمضان ، فأنت حر ، ولغانم : إن مت في شوال ، فأنت حر ، وأقام كل واحد بينة تقتضي حريته ، فقولان ، أحدهما : لا للتعارض ، والثاني : تقدم بينة سالم ، لأن معها زيادة علم وهي حدوث الموت في رمضان • وقال المزني وابن سريج : تقدم بينة غانم • فإن قلنا بالتعارض ، فعلى السقوط يرق العبدان ، وعلى القسمة يعتق من كل عبد نصفه ، ولو قال لسالم : إن مت من مرضي ، فأنت حر ، وقال لغانم : إن برئت منه ، فأنت حر ، وأقام سالم بينة بموته ، وغانم بينة ببرئه ، فهل تقدم بينة سالم أم غانم ، أم يتعارضان ؟ أوجه ، أصحهما : الثالث ، فيكون على الخلاف السابق في التعارض • وقيل : إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية •

قلت : معنى تغليبها أنه لا يحكم بسقوط البيتين • والله اعلم

فصل

من ادعى وراثه شخص ، وطلب تركته ، أو شيئاً منها ، فليبين جهة الوراثه من بنوة أو أخوة وغيرهما • وذكر السرخسي أن المذهب أنه لا يكفي لطلب التركة ذكر الجهة ، بل يذكر معها الوراثه ، فيقول : أنا أخوه ووارثه ، وإذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، دفعت إليه التركة • وإن شهدا لصاحب فرض دفع إليه فرضه ، ولا يطالبان بضمين • وذكر الفوراني أنه يشترط

هنا ثلاثة شهود ، كما ذكره في شهادة الإفلاس . والصحيح المعروف الأول . وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة ، أو كانوا من أهلها ، ولم يقولوا : لا نعلم له وارثاً سواه ، فالشهود له إما أن لا يكون له سهم مقدر ، وإما أن يكون ، القسم الأول أن لا يكون ، فلا يعطى شيئاً في الحال ، بل يبحث القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها ، فيكتب إليها الاستكشاف ، أو يأمر من ينادي فيها : إن فلان مات ، فإن كان له وارث ، فليأت القاضي ، أو ليعث إليه . فإذا بحث مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك ، لظهر ولم يظهر ، دفع المال إلى المشهود له . وحكى السرخسي قولاً أنه لا يدفع إليه ، وقيل : إن كان ممن لا يحجب كالابن ، دفع إليه ، وإن كان يحجب كالإخ ، فلا ، والمذهب الأول . وإن دفع إليه ، فهل يؤخذ منه ضمين ؟ قولان ، أحدهما : يجب ، وأظهرهما : لا يجب ، لكن يستحب ، وقيل : لا يجب قطعاً ، وقيل : إن كان يحجب ، وجب ، وإلا فلا ، وقيل : إن كان ثقة موسراً ، لم يجب ، وإلا فيجب .

القسم الثاني : أن يكون له سهم مقدر ، فإن كان ممن لا يحجب ، دفع إليه أقل فرضه عائلاً من غير بحث ، فالزوجة تعطى ربع الثمن عائلاً ، لاحتمال أبوين وبتتين وأربع زوجات ، والزوج يعطى الربع عائلاً ، لاحتمال أبوين وبتتين معه ، والأب السدس عائلاً على تقدير أبوين ، وبتتين وزوج أو زوجة ، وللام السدس عائلاً على تقدير أختين لأب ، وأختين لأم ، وزوج أو زوجة معها . ولو حضر مع الزوجة ابن ، أعطيت ربع الثمن غير عائل ، لأن المسألة لاتعمل إذا كان فيها ابن . ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له ، أعطي تمام حقه ، وفيه وجه أنه لا يعطى تمام حقه إلا أن تقوم بينة بخلاف الإخ ، فإنه لو لم يعط شيئاً ، لصار محروماً بالكلية ، والصحيح الأول ولا يؤخذ اضمين

للمثيقين ، وفي أخذه الزيادة الخلف . وإن كان ممن يحجب ، لم يعط شيئاً قبل البحث ، وبعد البحث يعطى على الصحيح ، وفيه الوجه السابق فيمن له سهم مقدر وهو ممن يخجب . ولو قطع الشهود^(١) بأنه لا وارث له سواه ، فقد أخطوا بالقطع في غير موضعه ، ولا تبطل به شهادتهم . ولو قالوا : هذا ابنة ، ولم يذكرو كونه وارثه ، فقد أطلق البغوي أنه لا يحكم بشهادتهم ، لأنه قد يكون ابناً غير وارث ، وجعل العراقيون هذه الصورة ، كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة ، أو كانوا ولم يقولوا : لا وارث سواه ، وقالوا : ينزع المال من يد^(٢) من هو في يده بهذه الشهادة ، ويدفع المال إليه بعد البحث المذكور ، ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الورثة ، أنه^(٣) لا يعطى شيئاً بعد البحث ، لأن الابن لا يحجب غيره فقرابته مورثة والأخ يحجب غيره فقرابته غير مورثة بمجردهما . وذكر الإمام في الابن ما ذكره العراقيون ، وحكى في الأخ وجهين ، فحصل فيهما وجهان .

فرع

لو قالوا : لا نعرف له في البلد وارثاً سواه ، لم يعط شيئاً ، ولا يصح الظمان المذكور حتى يدفع إليه المال .
الطرف الرابع في العتق والرصيه :

من الأصول المهمة أن من أعتق في مرض موته عبيدين . كل واحد منهما لث ماله على الترتيب ، ولم تجز الورثة ، يحصر العتق في الأول ، وإن أعتقهما معاً ، أقرغ ، فإن علم سبق أحدهما ، ولم يعلم عيه ، فهل يفرع بينهما ، أم يعتق من كل واحد نصفه ؟ قولان ،

(١) في الأصل : المشهود .

(٢) في الأصل : يده .

(٣) في الأصل : أم

أظهرهما : الثاني ، ودرج جماعة الأول . ولو علم عين السابق ، ثم جهلت . فقل بطرد القولين ، والمذهب القطع بأنه يعتق من كل عيسد نصلاً . ولو علق عتق عبيدين بالموت . أو أوصى بينهما ومات ، وكل واحد ثلث ماله ، أقرع ، سواء وقع التعليقان أو الرصيتان معاً أو مرتباً . ولو قامت يئنة أن المريض عتق سائمه ويئنة أنه أعتق غانماً ، وكل واحد ثلث ماله ، فإن أرختا تاريخاً مختلفاً ، عتق من أعتقه أولاً ، وإن اتحد تاريخهما ، أقرع ، وإن أطلقت إحداها ، ففي « التهذيب » أنه يقرع ، لاحتمال الترتيب والمعية . وقال جماعة منهم الإمام والغزالي : احتمال الترتيب أقرب ، وأغلب من احتمال طعية ، والسابق منهما غير معلوم . وإذا كان كذلك ، وتعارضتا ، وأطلقتا ، عرفنا أن أحد الصنفين سابق ، ولم نعرفه بعينه ، فيجبي القولان في أنه يقرع بينهما ، أم يعتق من كل عبد نصفه ؟ ومن فروع القولين ما لو قامت البيئتان كذلك ، لكن أحد العبدین^(١) سدس المال ، فإن قلنا بالقرعة ، فخرجت للعبد الخسيس ، عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث ، وإن خرجت للنفيس ، عتق وحده ، وإن قلنا هناك : يعتق من كل واحد نصفه ، فهاهنا وجهان ، الصحيح وبه قطع الأكثرون : يعتق من كل واحد ثلثاه ، كما لو أوصى لرجل ثلث ماله ، ولاخر بسدسه ، أعطى كل واحد ثلثي ما أوصى له به . والثاني : يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه ، ومن الخسيس نصفه ، لأنه إن سبق عتق النفيس ، عتق كله ، وإن سبق الخسيس ، فنصف النفيس بعده جر ، فأخذ نصفه جر^(٢) على التقديرين والنزاع في النصف الثاني وهو قدر سدس المال ، فيقسم بينهما ، فيعتق من النفيس ربع آخر ، ومن الخسيس نصفه . ولو قامت بيتان بتعليق عتق عبيدين

(١) في الأصل : اختر العقبين .

(٢) في الأصل : حق .

بالموت أو بالوصية بإعتاقهما ، وكل واحد ثلث المال ، ولم تجز الورثة
أقرع بينهما ، سواء أطلقت البيتان أو أرختا ، لأن المعلقين بالموت
كالواقعين معاً في المرض . هذا هو المذهب . وقيل : قولان أحدهما :
يقرع ، والثاني : يعتق من كل عبد نصفه .

فصل

لا فرق في شهود العتق والوصية [بين] أن يكونوا أجانب ، أو
من ورثة المشهود عليه . فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم ، وهو
ثلث ماله ، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية ، وأوصى بعتق
سالم وهو ثلث ماله أيضاً ، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية
الأولى ، وثبتت^(١) بها الوصية الثانية ، لأنهما أثبتا للرجوع^(٢) بدلاً
يساويه ، فارتفعت التهمة عنهما ، ولا نظر إلى تبديل لولاء ، لأن الثاني
قد لا يكون أهدى لجمع المال ، وقد لا يورث بالولاء ، ومجرد هذا
الاحتمال لوردت به الشهادة ، لما قبلت شهادة قريب لمن يرثه . هذا
إذا كان الوارثان عدلين ، فإن كانا فاسقين ، لم يثبت الرجوع بقولهما ،
فيحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين ، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله
ثلث الباقي من المال بعد غانم ، وهو الثلثان ، وكأن غانماً هلك أو غصب
من التركة . فإن قال الوارثان : أوصى بعتق سالم ، ولم يتعرضا
للرجوع عن عتق غانم ، فالحكم كما سبق فيما لو كانت البيتان أجانب ،
فالذهب القرعة . وقيل : قولان ، ثانيهما : يعتق من كل عبد نصفه .
ولو كانت المسألة بحالها ، لكن سالم سدس المال ، فالوارثان متهمان
برد العتق من الثلث إلى السدس ، فلا تقبل شهادتهما في الرجوع في
النصف الذي لم يثبتا له بدلاً . وفي الباقي الخلاف في تبعض

(١) في الاصل : يكتب .

(٢) في الاصل : الرجوع .

الشهادة ، فإن قلنا : لاتبعيض ، وبه أجاب الشافعي رضي الله عنه في هذه المسألة ردت شهادتهما فيه أيضاً ، ويعتق العبدان ، الأول بشهادة الأجانب ، والثاني بإقرار الورثة ، فإن لم يكونا جائزين ، عتق منه قدر ما يستحقانه ، فإن قلنا : تبعض ، عتق نصف الأول ، وكل الثاني . وحكي وجه أن الرجوع لا يتبعض ، فإذا لم يثبت في البعض ، لم يثبت في الباقي ، فتبقى الشهادة بالوصية بعتق العبدین ، فيقرع كما سبق ، وهذا الخلاف إذا لم يكن في التركة وصية أخرى . فإن كان أوصى بثلث ماله لرجل ، وقامت البيئتان الغانم وسالم كما ذكرنا ، قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية غانم ، لأن للورثة رد الزيادة على الثلث ، فليس في الشهادة على الرجوع تهمة ، فيجعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث ، وعتق سالم ، فيعطى الموصى له ثلث الثلث ، ويعتق من سالم ثلثاه ، وهو ثلث الثلث ، هكذا ذكروه ، لكن برد الزيادة على الثلث لا يوجب حرمان بعض أصحاب الوصايا ، بل يوزع عليهم الثلث . وقبول شهادة الثلث توجب إرقاق غانم وحرمانه ، وهو محل تهمة ، لتعلق الأغراض بأعيان العبيد . فإن كان الوارثان فاسقين ، عتق غانم بشهادة الأجانب ، وعتق سالم بإقرارهما . ولو كانت قيمة غانم سدس المال ، وسالم ثلثه ، قبل شهادتهما على الرجوع عن وصية غانم ، وأعتق سالم . فإن كانا فاسقين ، عتق الأول ، وعتق من سالم بقدر ثلث الباقي من المال ، وهو خمسة أسداس سالم ، وكأن الأول تلف . ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم ، وكل منهما ثلث المال ، نظر ، إن كذب الوارثان الأجانب وقالوا : لم يعتق غانماً ، وإنما عتق سالماً ، عتق العبدان [فإن] لم يكونا جائزين ، عتق من سالم قدر حصتهما ، واستدرك بعض المتأخرين فقال : قياس ما سبق أن لا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد

عتق غانم ، وكان غانبا تلف ، وهذا حسن . وإن لم يكذباهما . بل
قالا : أعتق سالم ، ولا يدري هل أعتق غانما أم لا . فإن كان
الوارثان عدلين ، فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدین
أجانب ، وإن كانا فاسقين ، عتق غانم بشهادة الشهود . وأما سالم ،
فقتل الشيخ أبو حامد ، وتابعيه كثيرون : يعتق منه نصفه إذا
قلنا : يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين . وقال ابن الصباغ :
هذا سهو ، وصوابه أن يعتق خمسه ، وذكر توجيهه بطريق الجبر .
ولو شهد أجنبيان لغانم ، ووارثان لسالم كما ذكرنا ، إلا أن سالم أسدس
المال ، فإن كذب الوارثان الأجنبيين ، عتقا جميعاً ، وإن لم يكذباهما .
فإن كانا عدلين ، فهو كما لو كان شهود العبدین أجانب ، وقد سبق
بيناه . وإن كانا فاسقين ، فنقل البغوي أن الأول حر بشهادة الأجنبيين ،
ويقرع بينهما . فإن خرجت القرعة له : انحصر العتق فيه ، وإن خرجت
للثاني ، عتق الأول بالشهادة ، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال
بإقرار الوارثين ، قال : وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل عبد
ثلث المال والوارثان فاسقان ، وكان هذا جواب على قول القرعة فيما
إذا كان الشهود كلهم أجانب ، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد وغيره
على قول القسمة .

صل

شهد اثنان أن فلاناً الميت أوصى لزيد بالثلث ، وآخران أنه أوصى
لبكر بالثلث ، فالثلث بينهما سواء ، فإن قال الآخران : رجع عن زيدا ،
وأوصى لبكر بالثلث ، سلم له الثلث ، ويستوي في شهادة الرجوع
الوارث والأجنبي إذا جرى ذكر بدل . ولو شهد آخران أنه رجع عن
وصة بكر أيضاً ، وأوصى بالثلث لعمرو ، سلم الثلث له . ولو شهد
إثنان أنه أوصى بالثلث لزيد ، واثنان أنه أوصى لبكر ، ثم شهد

اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين ، فإن عينا المرجوع عنها ، ثبت الرجوع ، وكان الثلث كله للآخر • وقال ابن القطان : ليس للآخر إلا السدس ، وإنما يكون له الثلث إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى • إن لم يعين المرجوع عنها ، نص في « المختصر » أن الثلث بينهما • واختلف في وجهه ، فقال الجمهور : إيهام الشهادة بالرجوع يمنع قبولها ، كما لو شهد أنه أوصى لأحدهما ، وقال القفال : تقبل هذه الشهادة ، لأن الوصية تحتل الإيهام ، ويقسم الرجوع بينهما وكأنه رد وصية كل واحد إلى السدس ، فتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس ، وأخرى لعمر بالسدس أيضاً ، وأخرى أنه رجع عن إحدى الوصيتين ، فعلى قول الأكثرين : لا يقبل شهادة الرجوع المبهم ، ويعطى كل واحد السدس الموصى به ، وعلى قول القفال : تقبل وكأنه رجع عن نصف كل وصية ، فيعطى كل واحد منهما نصف سدس •

الباب السادس في مسائل منشورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والحدائي ، لأنها تتعلق بعضها ببعض •

يوم الجمعة كغيره في إحضار الخصم مجلس الحكم ، لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى يفرغ من الصلاة ، واليهودي يحضر يوم السبت ، ويكسر عليه سبته •

شهد اثنان أنه غصت كذا ، أو سرقه غدوة ، وآخران أنه غصبه ، أو سرقه عشية ، تعارضتا ولا يحكم بواحدة منهما ، بخلاف ما لو شهد واحد هكذا ، وآخر هكذا ، حيث يحلف مع أحدهما ، ويأخذ الغرم ، لأن الواحد ليس بحجة فلا تعارض •

شهد واحد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار ، وآخر على إتلاف

ذلك الثوب بعينه ، وقال قيمته ثمن دينار ، يثبت الأقل^(١) وللمدعي أن يحلف مع الآخر . ولو شهد بدل الواحد والواحد اثنان واثنان ، ثبت الأقل أيضاً وتعارضتا في الزيادة . ولو شهد اثنان أن وزن الذهب الذي أتلفه نصف دينار ، وآخران أن وزنه دينار ، ثبت الدينار ، لأن مع شاهديه زيادة علم ، بخلاف الشهادة على القيمة ، فإن مدركها الاجتهاد ، وقد يقف شاهد القليل على عيب . ولو ادعى عبداً في يد رجل ، وأقام بينة أنه ولد أمته ، لم يقض له بها ، فقد تلد قبل أن تملكها ، فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه فنص^(٢) أنه يقضى له بهذه البينة ، وبه قطع الجمهور ، وخرج ابن سريج قولاً ، لأنها شهادة بملك سابق ، والمذهب الأول ، لأن النماء تابع للأصل . ولو شهدوا أن هذه الشاة تتجت في ملكه ، وهذه الثمرة حصلت في ملكه ، فهو كقولهم : ولدته أمته في ملكه ، ولا يكفي تناج شاته ، وثمر شجرته . ولو شهدوا أن هذا الفزل من غزله ، أو الفرخ من بيضه ، والدقيق من حنطته ، أو الخبز من دقيقه ، كفى ، لأن ذلك عين ماله تغيرت صفة ، بخلاف ولد الجارية والشاة . ولو أقام بينة على رق شخص ، وأقام المدعى عليه بينة أنه حر الأصل ، فبينة المدعي أولى ، لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق . ولو ادعى ديناً ، وشهد به اثنان ، لكن قال أحدهما متصلاً بشهادته : إنه قضاء ، أو أبرء منه ، فشهادته باطلة ، للقضاء ، وإن ذكره مفصلاً عن الشهادة ، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر . وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء والإبراء وإن كان قبل الحكم ، سئل : متى قضاء ؟ فإن قال : قبل أن شهدت ،

(١) على هامش الأصل نسخة : الاول ، وكذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : قبض .

فكذلك الجواب عند ابن القاص . وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان ، ثم عاد أحدهما ، وقال : قضاه أو أبرأه بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل ، بل يحكم بالدين ويؤخذ ، إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء . والفرق أن هناك شهد على نفس الحق ، والقضاء والإبراء ينافيانه ، فبطلت الشهادة ، وهنا شهد على الإقرار ، والقضاء والإبراء لا ينافيانه ، فلا تبطل الشهادة . وحكي وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل أيضاً ، والصحيح الأول ، ويقرب من هذا الخلاف ، الخلاف فيما لو ادعى ألفاً ، وشهد له شاهدان بألف مؤجل ، لكن قال أحدهما : قضى منه خمسمائة ، ففي وجه : لاتصح شهادتهما ، إلا في خمسمائة ، لكن للمدعي أن يحلف لباقي الألف مع الشاهد الآخر . وفي وجه : تصح شهادتهما على الألف ، وللمدعي عليه أن يحلف مع شاهد القضاء . وفي وجه ثالث : لا يثبت بشهادتهما شيء ، لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه ، ويقرب منه قولان عن ابن سريج فيما لو شهد اثنان أن فلاناً وكل فلاناً ، ثم قال أحدهما : عزله بعد أن شهدت ، ففي قول : تبطل شهادته ، وفي قول : تثبت شهادة الوكالة ، فيعمل بها ، والعزل لا يثبت بواحد .

ادعى شريكاً فأكثر حقاً على رجل ، فأنكر ، يحلف لكل واحد يميناً ، فإن رضي يمين واحدة ، ففي جوازه وجهان .

قلت : الأصح : المنع . والله أعلم

ولو شهد اثنان أنه أوصى بعتق غانم ، وهو ثلث ماله ، فحكم الحاكم بعتقه ، ثم رجعا عن الشهادة ، وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم ، وهو ثلث ماله ، ولم يجز الورثة إلا الثلث ، قال البغوي : يقرع بينهما ، فإن خرجت القرعة للأول ، رق الثاني ، ويفرم الراجعان قيمة

الأول للورثة • وإن خرجت للثاني ، عتق ورق الأول ، ولا غرم على
الراجعين ، لأنهما لم يتلتياه • قال : وعندي يعتق الثاني بلا قرعة ، وعلى
الراجعين قيمة لأول للورثة • ولو شهد رجل أنه وكله بكذا ، وآخر
أنه فوضه إليه ، أو سلطه عليه ، ثبتت الوكالة • ولو شهد أحدهما
أنه قال • وكلتك بكذا ، والآخر أنه أقر بوكالته ، لم يثبت شيء • ولو
شهد أحدهما أنه وكله بالبيع ، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن ،
ثبت البيع • ولو ادعى رجل على رجل أنه اشترى منه هذا العبد ،
ونقده الثمن وأعتقه ، وأقام به بينة ، وادعى آخر أنه اشتراه ونقده الثمن ،
وأقام به بينة ، تعارضتا ، وذكر العتق لا يقتضي ترجيحاً على الصحيح •
وقيل : يرجح ، لأن العتق كالقبض ، نص في « الأم » أنه لو ادعى دابة
في يد غيره ، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين ، ونظر الحاكم في سنهـا ،
فإذا لها ثلاث سنين فقط ، لم يقبل الشهادة ، لأنها كذب ، وأن المسنة (١)
الحائلة بين نهر شخص ، وأرض آخر ، يجعل بينهما كالجدار الحائل •
ولو ادعى مائة درهم على إنسان ، فقال : قبضت خمسين ، لم يكن مقرأً
بالمائة ، وكذا لو قال : قضيت منها خمسين • ولو اختلف الزوجان
في متاع البيت ، فإن كان لأحدهما بينة ، قضى بها ، وإن لم يكن بينة ،
فما اختص أحدهما باليد عليه حساً أو حكماً ، بأن كان في ملكه ،
فالتقول قوله فيه يمينه ، وما كان في يدهما حساً ، أو في البيت الذي
يسكنانه ، فلكل واحد تحليف الآخر ، فإن حلفا ، جعل بينهما ، وإن
حلف أحدهما دون الآخر ، قضى للحالف ، وسواء اختلفا في دوام
النكاح ، أم بعد الفراق ، وسواء اختلفا هما أو ورثتهما ، أو أجدهما
وورثة الآخر ، وسواء ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة ، أو للزوجة

(١) في الاصل : المسنة •

والحلي والغزل ، أولهما • ولو اختلف مالك الدار ، وساكنها بالإجارة في متاع الدار ، فالقول قول الساكن ، فإن تنازعا في رف فيها ، نظر ، إن كان مسمراً أو مثبتاً ، فالقول قول المالك ، وإلا فهو بينهما ، نص عليه • ولو تنازعا أرضاً ولأحدهما فيها زرع^(١) أو بناء أو غراس ، فهي في يده ، أو دابة أو جارية حاملاً ، والحمل لأحدهما بالاتفاق ، فهي في يده ، أو دار لأحدهما فيها متاع ، فهي في يده • فإن لم يكن المتاع إلا في بيت ، لم يجعل في يده إلا ذلك البيت ، هكذا ذكروه • ولو تنازعا عبداً ، ولأحدهما عليه ثياب ، لم يجعل صاحب يده في العبد ، لأن منفعة الثوب الملبوس تعود إلى العبد ، لا إلى المدعي • ولو قال رجل : استأجرت هذه الدار من زيد سنة في أول رمضان ، وقال آخر : استأجرتها منه سنة من أول شوال ، وأقام كل واحد بيته ، فقولان حكاهما الفوراني ، المشهور ، وبه قطع البغوي وغيره : تقدم بيته رمضان ، لسبق تاريخها • والثاني : بيته شوال ، لأنها ناسخة ، ويحتمل أنها تقايلا ، واستأجر الثاني في شوال ، ويجيء هذا في ينتهي البيع على ضعفه •

قامت بيته أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، وبيته أن هذا الآخر ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، ثبت نسبهما ، فلعل كل بيته اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى •

فصل

فيما جمع من فتاوى القفال وغيره • ان الضيعة^(٢) إذا صارت معلومة بثلاثة حدود ، جاز الاقتصار على ذكرها ، وهذا خلاف ما سبق في باب

(١) في الأصل : زرعاً •

(٢) في الأصل : الضيعة •

القضاء على الغائب من إطلاق ابن القاص . قال القفال : لكن لو ذكر الشهود الحدود (١) الأربعة وأخطؤوا في واحد (٢) ، لم تصح شهادتهم ، فترك الذكر خير من الخطأ ، لأنهم إذا أخطؤوا ، لم يكن بتلك الحدود ضيعة (٣) في يد المدعى عليه ، وإذا غلط المدعي ، فقال المدعى عليه : لا يلزمني تسليم دار بهذه الصفة ، كان صادقاً . وإذا حلف ، كان باراً . وإن لم ينكر ، وقال : لا أمنعه الدار التي يدعيها ، سقطت دعوى المدعي ، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها ، فله أن يمنعه ، ويقول : هي غير ما ادعيت ، فأما إذا أصاب في الحدود ، فقال : لا أمنعك منها ، فليس له المنع إذا ذهب ليدخلها ، فإن قال : ظننت أنه غلط في الحدود ، لم يقبل ، وإن قال : إنما قلت : لا أمنعك ، لأن الدار لم تكن في يدي يومئذ ، وقد صارت في يدي وملكي ، قبل منه ، وله المنع إذا حلف . وفيه أن دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة لا تسمع إن لم يشتر ، ولم يبيع شيئاً . وإن اشترى ثوباً ، وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه ، فأنكر السيد الإذن ، فلبائع أن يحلفه على نفي الإذن . فإن حلف ، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى ، ليسقط الثمن عن ذمته . وإن باع العبد عيناً للسيد ، وقبض الثمن ، وتلف في يده فطلب المشتري تلك العين فقال السيد : لم أذن له في البيع ، حلف ، فإن حلف ، حكم ببطالان البيع ، والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن عن ذمته . وأنه لو ادعى ألفاً ، وأقام به شاهداً ، وأراد أن يحلف معه ، فأقام المدعى عليه شاهداً بأن المدعي أقر أنه لا حق له عليه ، فللمدعى عليه أن يحلف مع شاهده ، فإذا حلف ، سقطت دعوى المدعي . وأنه يجوز للمالك أن يدعي على

(١) في الاصل : حدود .

(٢) في الاصل : حدود آخر .

(٣) في الاصل : صيغة .

الغائب وعلى الغاصب من الغاصب ، فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد
 الثوب بصفة^(١) كذا ، أو قيمته كذا ، فليس على الغاصب أن يحلف أنه
 لا يلزمه ، لأنه إن قدر على الانتزاع ، لزمه الانتزاع والرد ، وإلا فعليه
 القيمة . وأنهم لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان ، وهو
 يملكها ، ولم يقولوا : هي الآن ملك المدعي ، ففي قبول شهادتهم قولان ،
 كما لو شهدوا أنه كان ملكه أمس ، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها .
 وأنه لو ادعى قصاصاً ، فاقصص الحاكم برواية راو روى حديثاً يوجب
 القصاص في الواقعة ، ثم رجع الراوي ، وقال : كذبت وتعمدت ، لم
 يجب القصاص عليه ، بخلاف الشهادة ، لأن الرواية لا تختص بالواقعة .
 وأنه لو غصب المرهون من يد المرتهن ، قال الراهن في دعواه على
 الغاصب : لي ثوب كنت رهنته عند فلان ، وغصبته منه ، ويلزمه الرد
 إلي . ولو اقتصر على قوله : لي عنده ثوب صفته كذا ، ويلزمه رده
 إلي ، جاز ولا بعد في قوله : يلزمه رده إلي ، لأن يد المرتهن يد الراهن .
 ولهذا لو نازعه رجل في المرهون ، كان القول قول الراهن ، وإن كان في
 يد المرتهن ، لأن يده يده ، وأن الغريب إذا دخل بلداً لا يجوز الشهادة
 بأنه حر الأصل ، إنما تجوز الشهادة أن فلاناً حر الأصل إذا عرف حال
 أبيه وأمه ، وعرف النكاح بينهما ، وتجوز الشهادة به ، وإن لم يشاهد
 الولادة ، كما تجوز الشهادة أنه ابن فلان ، وأنه لو ادعى داراً في يد
 رجل ، وأقام بينة أنه اشتراها منه ، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها
 له ، ولم يتعرضا لتاريخ ، تعارضتا . وتظهر فائدة اختلافهما إذا ظهرت
 مستحقة أو معيبة ، وأراد الرد ، واسترداد الثمن . وأنه ادعى داراً في
 يد شخص ، وأقام بينة أنها ملكه ، فادعاها آخر ، وأقام بينة أنه اشتراها
 [من] رجل آخر يوم كذا ، ولم يقولوا : إنه كان يملكها يومئذ ، لكن

(١) في الاصل : نصفه .

أقام بيعة أخرى أنه كان يملكها يومئذ ، سمعنا ، وصارتا كبيعة ، فيحصل التعارض بينهما وبين بيعة المدعي الأول . وأنه إذا ادعى داراً وأقام بيعة أنها ملكه ، وتسلمها ، فادعها آخر بعد مدة يسيرة ، أو طويلاً ، وأقام بيعة أنه اشتراها من المدعي عليه الذي كانت في يده ، وكان يملكها يومئذ ، قضى بالدار لهذا الأخير ، وإن كان لو أقام صاحب اليد البيعة قبل الانتزاع منه ، فإنه لو كان بيده دار ، فادعى رجل أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد ، وأنكر صاحب اليد ، فله أن يقيم بيعة على البيعين ، وله أن يقيم على هذا بيعة ، وعلى هذا بيعة ، ولا بأس بالتقديم والتأخير . وأن الشهود إذا أرادوا أداء الشهادة بشراء دار ، تبدلت حدودها بعد الشراء قالوا : اشترى داراً من وقت كذا من فلان ، وهو يملكها ، وكان يومئذ ينتهي أحد حدودها إلى كذا ، والباقي إلى كذا ، ثم المدعي يقيم بيعة بكيفية التبدل . وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، وأقام بيعة أنها ملكه ، فقال القاضي : عرفت هذه ^(١) الدار ملكاً لفلان ، وقد مات ، وانتقلت إلى وارثه ، فأقم بيعة على ملكك منه ، فله ذلك ، وتندفع بينته . وليكن هذا جواباً على أنه يقضي بعلمه . وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، أقام المدعي عليه : ليست الدار في يدي ، ولا أحول بينك وبينها ، فقد أسقط الدعوى عن نفسه ، فيذهب المدعي إلى الدار ، فإن لم يدفعه أحد ، فذاك ، وإن دفع ، ادعى على الدفع ، فلو قال المدعي : إنه يكذب في قوله : ليست في يدي ، ولا أحول ، لم يلتفت إليه . وأنه لو باع داراً ، فقامت بيعة الحسبة أن أبا البائع وقفها ، وهو يملكها على ابنه البائع ، ثم على أولاده ، ثم المساكين ، نعت من المشتري ، ويرجع بالثمن على البائع ، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن كذب نفسه ، وصدق الشهود ، فإن أصر على إنكار

(١) في الأصل : وهذه .

الوقت ، لم تصرف إليه ، بل توقف ، فإذا مات ، صرفت إلى أقرب الناس إلى الواقف • ولو ادعى البائع أنه وقف ، لم تسمع بينته ، والتقيد بالبينة يشعر بسماع دعواه ، وتحليف خصمه • وقال العراقيون : تسمع بينته أيضاً إذا لم يكن صرح بأنه ملكه ، بل اقتصر على البيع • وقال الروياني : لو باع شيئاً ثم قال بعد : وأنا لا أملكه ، ثم ملكته بالإرث من فلان ، فإن قال حين باع : هو ملكي ، لم تسمع دعواه ، ولا بينته وإن لم يقل ذلك ، بل اقتصر على قول : بعتك ، سمعت دعواه ، فإن لم يكن له بينة ، حلف المشتري أنه باعه ، وهو ملكه ، قال : وقد نص عليه في «الأُم» وغلط من قال غيره ، وكذا لو ادعى أن المبيع وقف عليه •

فصل

في فتاوى القاضي حسين رحمه الله أنه لو ادعى عليه عشرة ، فقال : لا يلزمي تسليم هذا المال اليوم ، لا يجعل مقراً ، لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم ، وإن بينتي الملك والوقف تتعارضان^(١) كبينتي الملك • وأنه لو ماتت وخلفت زوجاً وأخاً وأختان ، فادعى الزوج أن المتاع كله له ، جعل نصفين أحدهما للزوج بحكم اليد ، والثاني للميتة ، ويحلف الزوج^(٢) على النصف الذي يجعل له باليد ، كما لو كانت حية ، فادعت الكل ، فإن كان الأخ غائباً والأخت حاضرة ، حلف لها ، فإذا حضر ، حلف له ، فإن أقامت الأخت بينة أن الكل لها ولأخيها ، سمعت ، وثبت حق الأخ • وأن من حبسه^(٣) القاضي ، لا يجوز إطلاقه إلا برضى خصمه ، أو ثبوت إعدامه ، فإن ثبت ، أطلقه وإن لم يرض خصمه • وإذا

(١) في الأصل : تتعارضان •

(٢) في الأصل : على الزوج •

(٣) في الأصل : حبس •

أطلقه برضى الخصم ، فأراد إقامة بينة بإعدامه ، لم تسمع ، لأنه لاجبس عليه والحالة هذه ، بخلاف ما إذا استحق حبسه • وأن حق إجراء الماء على سطحه ، أو أرضه ، أو طرح الثلج في ملكه ، يجوز الشهادة به إذا رآه مدة طويلة بلا مانع ، ولا يكفي قول الشهود : رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم •

فصل

سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله عن رجلين تنازعا داراً ، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه ، وادعى الآخر أنها وقف عليه ، ولم يقم بينة ، فحكم القاضي لمدعي الملك ، ثم ادعى آخر وقفها ، فأقام مدعي الملك بينة على حكم القاضي له بالملك ، وأقام مدعي الوقف بينة بالوقف ، فرجح الحاكم بينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به تقدم على الوقف الذي لم يحكم به ، ثم تنازع مدعي الملك ، وآخر يدعي وقفيتها ، فأقام مدعي الملك بينة لحكم الحاكم له بالملك ، وتقديم جانبه ، وأقام الآخر بينة بأن الوقف الذي يدعيه قضى بصحته قبل الحكم بالملك ، وبترجيحه على الوقف ، هل يرتد حكم الحاكم بذلك ؟ فقال : نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك [وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك] • وسئل عن اشترى ضيعة ، وبقيت في يده مدة ، فخرجت وفقاً وانتزعت ، فقال : عليه أجره المثل للمدة التي كانت في يده • وعن رجل وقف ملكاً ، وأقر أن حاكماً حكم بصحته ، ولم يسم الحاكم ولا عينه ، ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع ، فهل له الحكم بنفوذ الرجوع ؟ قال : لا •

فصل

في فتاوى الغزالي أنه لو ادعى داراً في يد غيره ، فقال المدعى عليه :

اشتريتها من زيد ، فأقام المدعي بينة على إقرار زيد له بها قبل البيع ، فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي لزيد بها قبيل البيع . وجعل التاريخ ، قررت الدار في يد المدعى عليه . وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً ، فادعى المشتري على البائع وقال : سلت إليه في مجلس العقد ، فأنكر . وأراد إقامة البينة بأنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس العقد ، لم تسمع هذه البينة . لأنها تشهد بالنفي . وإنما تسمع البينة بالنفي في مواضع الحاجة ، كالإعسار . وقد يقع التسليم في غفلة ولحظة يسيرة . وأنها إذا ادعت أنه نكحها وطلقها ، وطلبت نصف المهر . أو أنها زوجة فلان الميت ، وطلبت الإرث ، فمقصودهم المال ، فيثبت برجل وامرأتين . وبشاهد ويمين .

فصل

في فتاوى البغوي أنه لو ادعى نكاحها ، فأقرت بأنها زوجته منذ سنة ، ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها من شهر ، حكم للمقر له ، لأنه ثبت بإقرارها النكاح الأول ، فما لم يثبت الطلاق ، لا حكم للنكاح الثاني . وأنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به ، وجوزنا التحكيم فيه ، فقال المحكم : حكمتي لأزوجك بهذا ، فسكتت كاذ ، سكوتها إذناً ، كما لو استأذنها الولي فسكتت . وأنه لو حضر عند القاضي رجل وامرأة ، واستدعت تزويجها به ، وقالت : كنت زوجة فلان فطلقني ، أو مات عني ، لا يزوجها ما لم يقم حجة بالطلاق أو الموت .

فصل

عن ابن القاص أن من أنكر الحلف بالطلاق الثلاث يحلف أنه ما قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ولا هي بائن منه بثلاث . وقال الشيخ أبو زيد: يكفيه أنها لم تبين منه بثلاث . ووجه الأول أنه

قد يحلف متأولاً على مذهب الحجاج بن أرطاة وتابعيه أن الثلاث لا تقع
مجموعة ، أو على تصحيح الدور • ويجوز أن يقال : إن قال : لم تبني
مني ، حلف عليه ، وإن قال : لم أحلف بطلاقها ، حلف عليه •
حكى الهروي عن العبادي أن من ادعى عليه وديعة ، فقال :
لا يلزمني دفع شيء إليه ، لا يكون هذا جواباً ، لأن المودع لا دفع
عليه ، إنما يلزمه التخلية ، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع ،
أو يقول : هلك في يدي ، أو رددته ، وهذا يخالف كلام الأصحاب ، إلا
تراهم يقولون : من جحد الوديعة [فقامت بينة بالإيداع ، فادعى تلفاً
أو رداً قبل الجحد ، نظر ، إن كانت صيغة جحده إنكار أصل الوديعة]
أم قال : لا يلزمني تسليم شيء إليك ، فيما أن يقدر خلاف ، أو يؤول
ما أطلقوه •

قلت : الذي قاله ابن القاص صحيح ، وتأويل كلامهم متعين .
وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ ، فحكمه كذا ، لأن القاضي
يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب • والله أعلم

وأنه إذا أقام بينة بأنه أجبر فلان لحفظ سفينته هذه بدينار ،
وأقام صاحب السفينة بينة أنه أجره إياها بدينار ، تعارضتا ، وأنه لو
شهد عليه اثنان بالقتل في وقت معين ، وآخران أنه لم يقتل في ذلك
الوقت لأنه كان معنا ، ولم يغيب عنا ، تعارضتا ، وقد سبق من نظائر
هذا ما يخالفه •

قلت : يعني أن البينة الثانية شهدت بالنفي ، وقد سبق أن شهادة
النفي لا تقبل إلا في مواضع الضرورة ، كالإعسار • هذا مراد الرافعي
هنا ، وقد تقدم في الفصل السابق عن فتاوى الغزالي ما يوافقه ، ولكنه
ضعيف مردود ، بل الصواب أن النفي إذا كان في محصور يحصل
العلم به ، قبلت الشهادة به ، وقد سبق ذكره لهذه المسألة في الشهادات •

والله أعلم

وأن من أراد أن يدعي ، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد ، فطريقه أن يقول : الموضع الفلاني ملكي ، وهذا يمني مني تعدياً ، فمره يمكنني منه . وأنه لو شهد شاهدان أن الكلب ولغ في هذا الإناء ولم يلغ في ذلك وأخران بضده ، تعارضا ، فلو لم يقولوا : لم يلغ في ذلك فالإناء^(١) نجسان ، وهذه شهادة على إثبات ونفي ، ويمكن التعارض بلا نفي ، بأن يعينا وقتاً لا يمكن فيه إلا ولوغ واحد . قلت : هذه المسألة ذكرتها في كتاب الطهارة مستوفاة مختصرة ، وفي هذا الذي ذكره العبادي فيها من إثبات التعارض تصريح بقبول شهادة النفي في المحصور كما سبق قريباً . والله أعلم

الباب السابع في دعوى النسب وإلحاق القائف :

مقصود الباب الكلام في القائف وشرطه . أما الاستلحاق وشروطه فسبق ذكره في كتاب الإقرار واللقيط . وفي الباب ثلاثة أركان : الأول : المستلحق ، وقد سبق في كتاب اللقيط أن المذهب صحة استلحاق العبد والعتيق دون المرأة على الأصح ، وسبق هناك جمل من أركانه .

الركن الثاني : الملحق ، وهو القائف ، وليكن فيه صفات بعضها واجب قطعاً ، وبعضها مختلف فيه ، فيشترط فيه أهلية الشهادة ، فيكون مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً ، والأصح اشتراط حرّيته وذكورته ، وأنه يكفي واحد ، ونص عليه . وقيل : يشترط اثنان . وأنه لا يشترط كونه من مدليج ، بل يجوز من سائر العرب ومن العجم . قال ابن كج : ولا يجوز أن يكون أعمى ، ولا أخرس ، قال : ولو كان [ابن] أحد المتداعيين ، فألحقه بغير أبيه ، قبل ، وإن ألحقه بأبيه ، لم يقبل . ولو كان عدو أحدهما ، فألحقه به ، قبل . وإن ألحقه بالآخر ، فلا ، لأنه

(١) في الأصل : فالأثنان .

كالشهادة على العدو • ولو كان القاضي قائفاً ، فهل يقضي بعلمه ؟ فيه الخلاف في القضاء بعلمه ، ويشترط كونه مجرباً • وكيفية التجربة : أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ، ثم في نسوة ليس فيهن أمه ، ثم في نسوة ليس فيهن أمه ، فإذا أصاب في الكل ، صار مجرباً • وقبل قوله بعد ذلك • وهل تختص التجربة بالأُم ، أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه في رجال ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : الثاني ، وبه قطع العراقيون وغيرهم ، لكن العرض مع الأم أولى • وأما تكرار العرض ثلاثاً ، فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً • وقيل : يكفي مرة • وقال الإمام : لا معنى لاعتبار الثلاث ، بل المعتبر غلبة الظن ، بأقواله عن خبرة لا عن اتفاق ، وهذا قد يحصل بدون الثلاثة • وإذا حصلت التجربة ، اعتمدنا إلحاقه ، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق •

الركن الثالث : الولد الملحق ، ويعرض على القائف في موضعين : أحدهما : أن يتنازع اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط أن غيره ، فيعرض على القائف كما سبق في اللقيط • والثاني : أن يشترك اثنان فأكثر في وطء امرأة ، فتأتي بولد لزمان يسكن كونه منهما ، ويدعيه كل منهما فيعرض على القائف • ويتصور الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور من وجوه • منها : أن يطأها كل منهما بالشبهة بأن يجدها بفراشه ، فيظنها زوجته أو أمته ، فلو كانت في نكاح صحيح ، فوطئت بشبهة ، فوجهان ، قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : يلحق الولد بالزوج ، لأنها فراشه ، والفراش أقوى من الشبهة ، كما لو طلقها وانقضت عدتها ، ونكحت ، وولدت تلحق بالثاني وإن أمكن كونه من الأول ، لأنها فراش الثاني ، والأصح على ما ذكره الروياني وغيره ، وبه قطع الإمام :

أنه يعرض على القائف ، ويكون لمن ألحقه به ، بخلاف صورة الاشتهاد لأن العدة أمانة ظاهرة في البراءة عن الأول ، وهنا بخلافه •

ومنها : أن يطأ زوجته في نكاح صحيح ، ثم طلقها ، فيطأها آخر بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، بأن ينكحها في العدة جاهلاً بها •

ومنها : أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين ، وأن يطأ الشريكان المشتركة ، وأن يطأ أمته ويبيعها ، فيطأها المشتري ، ولا يستبرئ واحد منهما • فإذا وطئ اثنان في بعض هذه الصور في طهر ، فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين ، وادعياء جميعاً ، عرض على القائف ، فإن تخلل بين الوطأين حيضة ، فهي أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول ، فينقطع تعلقه ، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح ، والثاني واطئاً بشبهة أو نكاح فاسد ، فلا ينقطع تعلق الأول ، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة • وإن كان الأول زوجاً في نكاح [فاسد] ، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان ، أظهرهما : الانقطاع ، لأن المرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء ، وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحرين ، أو مختلفي الحال •

فصل

لو استلحق صبيّاً في يده ، أولاً في يده ، فبلغ وانتفى منه ، هل يندفع نسبه ؟ فيه وجهان سبقا في الإقرار واللقيط • فإن استلحق بالغاً فأنكر ، فقد سبق أنه لا يلحقه ، وإلحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة • فلو سكت البالغ ، فقد ذكر الغزالي أنه يلحقه القائف ، وهذا لم أجده لغيره إذا لم يكن هناك إلا واحد عليه ، لكن لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه ، فسكت ، عرض على القائف • فلو وافق أحدهما ، لحقه •

ولا يقبل قول القائف بخلافه • ولو ادعى اثنان صيياً مجهولاً ، ففيه تفصيل سبق في اللقيط •

فصل

ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة ، فإن قلنا : وطء الشبهة لا أثر له إذا كانت المرأة فراشاً لزوج ، والولد ملحق بالزوج ، لم تسمع دعواه • وإن قلنا : له أثر ، لم يكف اتفاق الزوجين عليه ، بل لا بد من البيئة على الوطاء لأن للولد حقاً في النسب • واتفاقهما ليس حجة عليه ، فإذا قامت البيئة ، عرض على القائف ، فإن كان المدعي نسبه بالغاً ، واعترف بجريان وطء الشبهة ، وجب أن يكفي • وإذا استلحق مجهولاً ، وله زوجة ، فأنكرت ولادته ، فهل يلحقها باستلحاقه ؟ وجهان ، الصحيح : لا ، لجواز كونه من وطء شبهة أو زوجة أخرى • ولو استلحق مجهولاً ، وله زوجة ، فأنكرت ولادته ، واستلحقته امرأة لها زوج ، فأنكره ، فهل أمه الأولى أم الثانية ، أم يعرض على القائف فيلحقه بإحداهما^(١) ؟ فيه أوجه • ولو كانت الصورة بحالها ، وأقام كل واحد بيئة ، فهل بينته أولى من بينتها^(٢) أم يتعارضان ، أم يعرض على القائف ، فإن ألحقه بالرجل لحقه ولحق زوجته ، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها ؟ فيه أربعة أوجه حكاهما الصيدلاني عن ابن سريج •

فصل

إذا لم يجد قائفاً ، أو تحيراً ، وألحقه بهما ، أو نفاه عنهما ، وقفناه حتى يبلغ ، فإذا بلغ أمر بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي

(١) في الأصل : فإن ألحقه بإحداها •

(٢) في الأصل : فهل أولاً أم بينتها •

يجده ، فإن امتنع ، حبس ليختار ، وإذا اختار ، كان اختياره كإلحاق
القائف . وإن قال : لا أجد ميلاً إلى أحدهما ، بقي الأمر موقوفاً ، ولا
عبرة باختياره قبل البلوغ . وقيل : يخير المميز ، وقد سبق هذا في
اللقيط . ولو ألحقه القائف بأحدهما ، ثم رجع وألحقه بالآخر ، أو
ألحقه بآخر قائف آخر ، لم يقبل قوله على الصحيح . وقيل : إذا ألحقه
قائف بهذا ، وآخر بذلك ، تعارضا ، وصار كأن لا قائف . وأنه إذا رجع
القائف ، فإن كان بعد الحكم بقوله ، لم يلتفت إليه . وإن رجع قبله
قبل رجوعه ، لكن لا يقبل قوله في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله
ومعرفته .

فرع

إذا ألحقه بهما ، قال القفال : يستدل بذلك على أنه لا يعرف
الصنعة ، فلا يعتد بقوله بعده حتى يمضي زمان يمكن التعلم فيه فيمتحن
حينئذ ثم يعتمد .

فرع

إذا كانا توأمين ، فألحق القائف أحدهما بأحدهما ، والآخر
بالآخر ، فهو كما لو ألحق الواحد بهما .

فرع

إذا انتسب المولود إلى أحدهما ، ثبت نسبه منه ، ولا يقبل
رجوعه ، وإن انتسب إليهما ، لغا ، وأمر بالانتساب إلى أحدهما . ولو
اختلف التوأمين في الانتساب ، لم يعتبر قولهما ، فإن رجع أحدهما
إلى قول الآخر ، قبل .

فصل

إذا وطئا في طهر ، فأنت بولد يمكن كونه منهما ، فادعاه أحدهما ،

وسكت الآخر ، أو أنكر ، فقولان : أحدهما : يختص بالمدعي ، كمال
في يد اثنين ادعاه أحدهما دون الآخر ، يجعل له • وأظهرهما : يعرض
على القائف ، لأن للولد حقاً في النسب ، فلا يسقط بالإنكار ، وإن
أنكراه معاً ، عرض ولا تضييع لنسبه •

فرع

نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف ، وفي مدة التوقف إلى
الاتسباب ، تكون عليهما ، فإذا ألحق بأحدهما ، رجع الآخر عليه بما
أنفق ، وهل تجب النفقة في حال الاجتنان ؟ يبنى على أن الحمل هل
يعلم ؟ إن قلنا : يعلم ، فنعم ، وإلا ، فلا • فإن أوجبناها ، فكان أحدهما
زوجاً طلق ، والآخر وطئ بشبهة ، فإن قلنا : النفقة للحامل ، فهي على
المطلق ، وإن قلنا : للحمل ، فعليهما حتى يظهر الأمر • وإن أوصى
للطفل في وقت التوقف ، فليقبلها جميعاً •

فرع

إذا مات الولد قبل العرض ، فإن تغير ، فقد تعذر العرض • وإلا .
فإن دفن ، لم ينبش ، وإلا ، فوجهان ، أصحهما : يعرض ، لأن الشبه^(١)
لا يزول بالموت • والثاني : لا ، لأن القائف قد يبنى على الحركة والكلام
ونحوهما مما يبطل بالموت • ولو مات أحد المتداعيين ، عرض أبوه أو
أخوه أو عمه مع الولد ، ذكره البغوي •

فرع

من الرعاة من يلتقط السخال في الظلمة ، ويضعها في وعاء ، فإذا
أصبح ، ألقى كل سخلة إلى أمها ، ولا يخطئ لمعرفته • فقال

(١) في الأصل : الشبهة .

الاصطخري : يعمل بقول هذا الراعي إذا تنازعا سخلة ، والصحيح :
المنع ، وإنما تثبت القيافة في الآدمي لشرفه وحفظ نفسه •

فرع

لو ألحقه قائف بأحدهما بالأشباه الظاهرة ، وآخر بالآخر بالأشباه
الخفية ، كالخلق وتشاكل الأعضاء ، فأيهما أولى ؟ وجهان ، أحدهما :
الثاني ، ولو ادعاه مسلم وذمي ، وأقام أحدهما بينة ، تبعه نسباً وديناً
وإن ألحقه القائف بالذمي ، تبعه نسباً لا ديناً ، ولا يجعل حضاتته للذمي •
ولو ادعاه حر وعبد ، وألحقه القائف بالعبد ، ثبت النسب ، وكان حراً ،
لاحتمال أنه ولد من حرة • وبالله التوفيق •

كتاب العتق

تظاهرت النصوص والإجماع على أنه قرينة ، ويصح من كل
مالك مطلق لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم لغيره ، فلا يصح إعتاق
غير مالك إلا بوكالة أو ولاية ، ولا إعتاق صبي ومجنون ومججور
عليه بسفه • وفي المججور عليه لفلس والراهن والعبد الجاني خلاف
سبق في التفليس ، والرهن والبيع • والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه
من الثلث • ولا يصح إعتاق الموقوف عليه الموقوف ، ويصح إعتاق
الذمي والحربي • وإذا أسلم عتيق الكافر ، فولأؤه ثابت عليه • ويصح
العتق بالصريح والكناية • أما الصريح ، فالتحرير والإعتاق صريحان ،
فإذا قال له : أنت حر ، أو محرر ، أو أحررتك ، أو أنت عتيق ، أو
معتق ، أو أعتقتك ، عتق • وإن لم ينو ، ولا أثر للخطأ في التذكير
والتأنيث ، بأن يقول للعبد : أنت حرة ، أو للأمة : أنت حر • وفك
الرقبة صريح على الأصح • والكناية كقوله : لأمك لي عليك ، أو لا