

كتاب الدعوى

م: (كتاب الدعوى)

ش: أي هذا كتاب في بيان الأحكام المتعلقة بالدعوى ، وهي في اللغة : اسم لادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالا ، وبفتح الواو لا غير ، كفتوى وفتاوى ، وقيل : الدعوى لغة قول يقصد به إيجاب حق على الغير .

وذكر شيخ الإسلام المحبوبي - : الدعوى لغة : إضافة الشيء إلى نفسه بأن قال : لي ذمته دعوة الولد .

وذكرت في « شرحي الكتز » : أن الدعوى فعلى من الدعاء وهو الطلب ، والفعل منه ادعى يدعي وادعاء فهو مدع ، والعين الذي يدعي مدع ، ولا يقال مدعى فيه ولا به ، وأصل دعى ادعى ، وأصل مدع مدتعي ، قلبت التاء دالا وأدغمت الدال في الدال ، والدعوة بفتح الدال الدعاء إلى الطعام وبكسرهما في النسب ، وبضمهما في دار الحرب فافهم .

وفي الشرع : الدعوى : إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة ، وقيل : هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، ولها ركن وشرط وحكم وسبب ، أما ركنها هو معناها لغة ، وهي إضافة الشيء إلى نفسه ، لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء ، والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي إلى نفسه فكان ركناً ، وأما شرطها مجلس القضاء لأن الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي ، وأما حكمها : فوجوب الجواب على الخصم إما بنعم أو بلا ، وأما سببها : فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيع ! .

وفي « المبسوط » وغيره : سبب فسادها شيان ، جهالة المدعي ، وكونها لا تكون ملزماً على الخصم وهي مشروعة بالكتاب والسنة ، وإجماع الأمة ، أما الكتاب : قوله تعالى في قصة داود - عليه السلام - : ﴿ وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ﴾ (سورة ص : الآية ٢٠) وفسر علي - رضي الله عنه - بقوله : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

وأما السنة : فما رواه عمرو بن شعيب - رضي الله عنه - عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ، وأما الإجماع : فقول : انعقد إجماع الأمة عليها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا .

ووجه المناسبة بين هذا الكتاب وبين كتاب الوكالة هو أن الوكالة كانت بالخصومة لأجل الدعوى .

قال : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى . وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها ، فمنها ما قال في الكتاب ، وهو حد عام صحيح ، وقيل : المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد ، وقيل : المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد - رحمه الله - في الأصل : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا - رحمهم الله - ؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ،

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» م : (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ش : هذا الحد هو الذي اختاره القدوري - رحمه الله - ، وقال المصنف - رحمه الله - : م : (ومعرفة الفرق بينهما) ش : أي بين المدعي والمدعى عليه م : (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) ش : ، وذلك لأن الإنسان قد يكون مدعياً بصورة ، ومع ذلك القول قوله «مع يمينه» ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكرنا في الكتاب .

م : (وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها ،) ش : أي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه م : (فمنها) ش : أي فمن جملة عبارات المشايخ م : (ما قال في الكتاب) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وهو حد عام صحيح) ش : أما عمومته فلأنه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه ، وأما صحته فلأنه جامع مانع على ما لا يخفى ، فلذلك اختاره المصنف - رحمه الله تعالى - .

م : (وقيل : المدعي من لا يستحق إلا بحجة) ش : يعني البينة والإقرار م : (كالخارج) ش : الذي يدعي عيناً في يد رجل فإنه لا يستحق إلا بحجة ، يعني البينة أو الإقرار م : (والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد) ش : أي كصاحب اليد فإنه لا يحتاج إلى بيئته واستحقاقه بقوله هذا ملكي وأنا واضع اليد . وقال الأكمل : هو ليس بعام لعدم تناوله لصورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ، ولعله غير صحيح .

م : (وقيل : المدعي من يتمسك بغير الظاهر) ش : إذ الظاهر أن الأملاك في يد المالك وبراءة الذمة م : (والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) ش : لأنه يدعي قرار يده وملكه على ظاهره ، وهذا منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه ، وليس يتمسك بالظاهر ، لأن رد الوديعة ليس بظاهر ، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال م : (وقال محمد - رحمه الله - في «الأصل» : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته) ش : أي في معرفة المنكر م : (والترجيح بالفقه) ش : يعني باعتبار المعنى دون الصورة م : (عند الحذاق من أصحابنا - رحمهم الله - ؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور) ش : بيانه إذا تعارضت الجهتان في صورة فالترجيح لأحدهما على الآخر يكون بالفقه كما ذكرنا ،

فإن المودع إذا قال : رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر، وإن كان مدعيًا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى. قال : ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق .

ثم أوضح ذلك بقوله :

م: (فإن المودع إذا قال : رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر ، وإن كان مدعيًا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى) ش: فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، لأنه متمسك بالأصل إذ الأصل في الذم البراءة ، ويحلف القاضي أنه لا يلزمه رد ولا ضمان ، ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبدًا يكون على النفي ، فلو أقام على بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضًا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر معناها فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه ، فإن قيل : المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بشأبه وهو الرد ، إذ الرد لم يكن ثابتًا ، والمودع متمسك بما هو ثابت ، وهو عدم الرد ، فإن كان ثابتًا فينبغي أن يكون الأمر على العكس .

قلت : المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى ، وهو أصل المودع يدعي الشغل ، ولم يكن ثابتًا ، ولهذا تقبل بيته اعتبارًا للصورة ، ويجبر على الخصومة ، ويحلف اعتبارًا للمعنى ، فإن قيل : يشكل هذا بما إذا ادعى المديون رفع الدين إلى وكيل رب الدين ، ثم حضر رب الدين وأنكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة ، مع أن المديون يدعي البراءة ؟ .

قلنا : المديون يدعي البراءة هنا بعد الشغل ، فكان الشغل أصلًا والبراءة عارضًا ، أما في رد الوديعة فالبراءة أصل والشغل عارض ما ذكرنا فالقول له .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره) ش: ، قال المصنف -رحمه الله تعالى - : م: (لأن فائدة الدعوى الإلزام) ش: أي إلزام الخصم م: (بواسطة إقامة الحجة) ش: أي بواسطة الحجة وهي البينة والإقرار م: (والإلزام في المجهول لا يتحقق) ش: لأن يلتفت القاضي إذا ادعى شيئًا مجهولًا ، ولا يكلف المدعى عليه الجواب ، لأنه إن أنكر لا يصح إقامة البينة عليها مع الجهالة ، وإن نكل عن اليمين لا يمكن القضاء بالمجهول فسقطت الدعوى ، فإذا كان كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة ، وهي بأن يكون المدعي معلومًا في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهمًا أو دينارًا ، أو كراً ويذكر مع ذلك صفتها ، كالحنطة البيضاء أو الحمراء ، ويذكر أنها جيدة أو رديئة كذا في «الذخيرة» .

وإذا كان المدعي مجهولًا في نفسه لا تسمع ولا تعلم فيه خلافًا إلا في الوصية ؛ فإن الأئمة الثلاث يجوزون دعوى المجهول في الوصية بأن ادعى حقًا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان

فإن كان عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى ، وكذا في الشهادة والاستحلاف ؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا ، واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى .

بالمجهول ، وتصح دعوى الإبراء بالمجهول بلا خلاف ، ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، وعن مالك - رحمه الله - : لا يسمع دعوى الذمي الزاني على الشريف إذا لم يعرف بينهما نسب .

م : (فإن كان) ش : أي المدعي م : (عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليه) ش : المدعي م : (بالدعوى) ش : فيقول : هذا الذي أدعيه ، لأن المنقول لا يحيط بالوصف فيجب إحضاره ، فيجب العلم بأقصى ما يمكن ، ويرتفع الاشتباه ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف ، م : (وكذا في الشهادة) ش : أي المدعى عليه بإحضار المدعي ليشير إليه عند أداء الشهادة ، وقالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه : يحضر الحاكم عندها أو يبعث أميناً ، وفي «المجتبى» : قال الأسبيجاني في مسألة سرقة البقرة : « لو اختلفا في ألوانها تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما » .

وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لو شرط ألوانها لأحضرت ، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ، ثم قال : والناس عنها غافلون ، م : (والاستحلاف) ش : يعني إذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها ، م : (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك) ش : أي الإعلام م : (بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور) ش : يعني يتعلق بالدعوى الصحيحة الحضور م : (وعلى هذا القضاة من آخرهم) ش : أي بأجمعهم ، كذا قاله [في] «الكافي» - رحمه الله - .

وقال الأكميل : من أولهم إلى آخرهم م : (في كل عصر) ش : أي من كل زمان من أزمته الفقهاء والمجتهدين م : (ووجوب الجواب إذا حضر) ش : أو يتعلق بالدعوى أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا إذا حضر م : (ليفيد حضوره) ش : لأن المقصود من حضوره الجواب م : (ولزوم إحضار العين المدعاة) ش : أي ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده م : (لما قلنا) ش : أشار به إلى قوله : ليشير إليها بالدعوى م : (واليمين) ش : بالجر عطفاً على إحضار العين أي يتعلق بالدعوى أيضاً لزم اليمين على المدعى عليه م : (إذا أنكره) ش : الحق إذا لم يقدر المدعي على إقامة البينة ، م : (وسنذكره إن شاء الله تعالى) ش : أي سنذكر وجوب اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب ،

قال: وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

م: (قال: وإن لم تكن) ش: أي العين المدعاة م: (حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً) ش: وعدم حضور العين أعم من أن يكون لهلاكها أو للتعذر .

وقال شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله- : ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام ، والقطيع من الغنم ، فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذا الموضوع إن تيسر له ، وإلا بعث خليفته إن كان مأذوناً بالاستخلاف ، وإذا رفعت الدعوى في جملة ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليه الشهود لحضرته .

وذكر الإمام القاضي ظهير الدين -رحمه الله- : وهذا إنما يستقيم إذا كانت العين المدعاة في المصر ، أما إذا كانت خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط جواز القضاء في ظاهر الرواية ، لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ، ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه .

م: (لأن العين لا تعرف بالوصف) ش: لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف فلا يصير المدعي معلوماً مع وجود المزاحم م: (والقيمة تعرف به) ش: أي بالوصف لأنه إذا قيل : عشرة دراهم من الفضة وكذا ديناراً من الذهب ، الركن يصير قيمته معلومة بهذا الوصف .

قال تاج الشريعة : وقال الأكمل -رحمهما الله- : وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ، فيصير المدعي معلوماً ، وذكر الوصف بكاف لأن العين لا تعرف بالوصف وإن بويع فيه لإمكان المشاركة فيه فذكره في تعريفه غير مفيد ، والقيمة شيء يعرف به المعين فبذكرها يكون مفيداً ، وقوله م: (وقد تعذرت مشاهدة العين) ش: جملة حالية بمن قوله لأن العين لا تعرف بالوصف ، يعني والحال أن المشاهدة تعذرت ، وأغلاق تركيبه لا يخفى انتهى .

قلت : لا إغلاق في تركيبه على ما لا يخفى ، بل التحقيق على ما ذكره تاج الشريعة -رحمه الله- ومثله قال الكاكي -رحمه الله- : قوله - : وقد تعذرت مشاهدة العين الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة م: (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) ش: ، وقال محمد بن محمود الأستروشنى في «فصوله» : وإذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج إلى ذكر الأنوثة والذكورة ؟ ، اختلف المشايخ فيه ، وذكر الصدر الشهيد : لا بد من ذكر الأنوثة والذكورة ، ولا بد من بيان السن ، ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والأنوثة ، لأن المقصود في

قال : وإن ادعى عقاراً وحدده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصير إلى التحديد، فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الحد؛ لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً بكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافاً لزفر - رحمه الله - لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة ؛ لأنه يختلف به المدعي ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب، وذكر أنه

دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكرهما .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م : (وإن ادعى عقاراً وحدده) ش : أي ذكر حدوده م : (وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) ش : أي وأن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى م : (لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصير إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به) ش : أي بالتحديد م : (ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم) ش : ويذكر أصحاب حدود العقار ، ويذكر أنساب أصحاب الحدود بأن يقال : فلان بن فلان بن فلان م : (ولا بد من ذكر الحد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : أي يذكر الجدم : (على ما عرف هو الصحيح) ش : احترز به عما روي عنهما أن ذكر الأب يكفي م : (ولو كان الرجل مشهوراً) ش : كأبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، وأبي جعفر الكبير البخاري - رحمه الله جميعاً - م : (يكتفى بذكره) ش : أي بذكر الرجل بدون نسبه .

م : (فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافاً لزفر - رحمه الله -) ش : هو يقول : التعريف لم يتم بدون ذكره وقوله م : (لوجود الأكثر) ش : ، دليلنا أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع ، ثم مقدار الطول يعرف بالحدين ، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين ، وقد يكون الأصل مثليه م : (بخلاف ما إذا غلط في الرابعة) ش : يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابعة جاز ، أي عن الحد الرابع وإنما أنه باعتبار الجهة وإنما قلنا : « وسكت عن الرابعة » لأنه إذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر .

م : (لأنه يختلف به) ش : أي بالغلط م : (المدعي ولا كذلك بتركها) ش : أي بترك الرابعة ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن ، وترك ذكر الثمن جاز ، ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهم ، لأنه صار عقد آخر بالغلط م : (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) ش : حتى لو ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافاً لزفر كما مر .

م : (وقوله في الكتاب :) ش : أي قول القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م : (وذكر أنه

في يد المدعى عليه لا بد منه ؛ لأنه إنما يتصب خصمًا إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح حنفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما ، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة ، وقوله أنه يطالبه به ؛ لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ،

في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه) ش: أي لأن المدعى عليه م: (إنما يتصب خصمًا) ش: دعواه ، في «الخلاصة» ادعى على آخر داراً في يده ، وقال : في ملكي وفي يدي ، وأنكر المدعى عليه أنها ملك المدعي ، فإن القاضي لا يقضي بهذه البينة ما لم يشهدوا أنها في يد المدعى عليه ، وفي «أدب القاضي» للخصاف : لو أقام أحدهما البينة أنها في يديه وقام الآخر البينة على أنها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد .

قال مشايخنا -رحمهم الله- : نصفه على وجه القضاء ، ونصفه على وجه الترك ، كان الكلام فيما م: (إذا كان في يده) ش: والظاهر أن كله وجه القضاء ، وقال الأسيبجي في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد : وإذا كانت الدار في يدي رجلين ، كل واحد منهما يدعي أنها له ، فكل واحد منهما مدعى لما في يد صاحبه وعليه البينة .

ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فأيهما حلف على دعوى صاحبه برئ عنها ، وأيهما نكل عن اليمين ألزمته ثمنه صاحبه ، لأن يد كل واحد منهما ثابتة على النصف ، فكان خارجاً فيما في يد صاحبه ، فتكون البينة بينة على ما في يد الآخر ، واليمين يمين على صاحبه ، وكذلك الحيوان والعروض ، م: (وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده ، بل لا تثبت اليد فيه) ش: أي في العقار م: (إلا بالبينة) ش: بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده ، حتى لو قالوا : سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك ، م: (أو علم القاضي) ش: بأنه في يده م: (وهو الصحيح) ش: احترز به عن قول من يقول : يكتفى بتصديق المدعى عليه أنه في يده .

م: (نفيًا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه) ش: أي لعله م: (في يد غيرهما) ش: الحاصل : أنه يحتمل أنهما توافقا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه ، حتى يتصرف فيه المدعي ، فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير ، وذلك يقضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث ، م: (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) ش: فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة .

م: (وقوله) ش: أي وقول القدوري -رحمه الله- م: (إنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) ش: أي لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه حتى تجب على القاضي إعانته ، وقال

ولأنه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول: يجب أن يقول في يده بغير حق . قال : وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا ، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ، لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به .

الأكمل - رحمه الله تعالى - : في عبارته تسامح ، لأنه إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل ، ثم قال : ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ، انتهى .

قلت : وإنما قال «فيه تسامح» لأنه توهم من ذلك أن الضمير في طلبه يرجع إلى حقه كما يدل عليه تقديره ، ولأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه فوق فيما وقع فيه ، وإنما الضمير في «طلبه» يرجع إلى المدعي .

والمعنى أصح ، على أن في قوله « ولأن المطالبة » مصدر بمعنى المفعول في كلام يتأمل فيه ، م : (ولأنه) ش : أي ولأن المدعي م : (يحتمل أن يكون مرهوناً في يده) ش : أي ولأن المدعي يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أي في يد المدعي عليه م : (ومحبوساً بالثمن في يده) ش : فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو أداء الثمن ، م : (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) ش : لأنه لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن ، لا يطالب بالانقطاع من ذي اليد بخلاف مجرد الدعوى أنه ملكه ، إذ مجرد الملك لا يدل على أن اليد له م : (وعن هذا قالوا في المنقول) : ش : إشارة إلى قوله : يحتمل أن يكون مرهوناً أو محبوساً بالثمن لم يطالب م : (يجب أن يقول: في يده بغير حق) ش : لهذا المعنى الذي ذكر وهو احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن ، وفي «الفتاوى الصغرى» و«التتمة» : أنه إذا ملك المدعي ولم يشهد أنه في هذا بغير حق ، يعني أنه يقبل ؛ وسمعت أنه ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في «الجامع» : أنه اختلف المشايخ فيه ، قال : والأوضح أنه لا يقبل ، وذكر نجم الدين النسفي عن أبي الحسن السعدي والبيزدي : أنه شرط ما لم يثبت أنه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم ، وبه كان يفتي أكثر مشايخنا ، وقال صاحب «التتمة» : وهو الصحيح وعليه الفتوى .

م : (قال) ش : القدوري - رحمه الله - في «مختصره» م : (وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا) ش : إشارة إلى قوله : إن المطالبة حقه فلا بد من طلبه م : (وهذا) ش : يعني قوله : أن يطالبه م : (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ولكن لا بد من تعريفه) ش : أي تعريف ما في الذمة م : (بالوصف) ش : مثل أن يقول : - كذا درهماً أو ديناراً - فبعد ذلك إن كان مضرورياً بذكر نوعه كبخاري الضرب أو نيسابوري الضرب ، م : (لأنه يعرف به) ش : أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف بأنه جيد أو وسط أو رديء ، وإنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة ،

قال : وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فإن اعترف
 قضى عليه بها لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه ، وإن أنكر سئل المدعي البينة لقوله
 عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ » فقال : لا ، فقال : « لك يمينه » سأل ورتب اليمين على فقد
 البينة فلا بد من السؤال ليتمكن الاستحلاف . قال: فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها

أما إذا كان نقداً واحداً فلا يحتاج .

ولو كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء ، والأفضل للمبعض على البعض
 المبيع ويعطي المشتري البائع أي نقد شاء ، إلا أن في الدعوى لا بد من تعيين أحدها ، وإن كان
 أحدها أروج يصير ذلك [. . .] في البيع والدعوى ، فلا حاجة إلى البيان ، وإن كانت الدعوى
 لسبب القرض أو استهلاكه فلا بد من بيان صفته على كل حال .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه
 عنها) ش: أي عن الدعوى م: (لينكشف له وجه الحكم) ش: لأن الأشياء التي تنقطع بها المنازعة
 الإقرار والبينة واليمين ، م: (فإن اعترف قضى عليه بها) ش: أي يقضي القاضي على المدعى عليه
 بالدعوى ولفظ القضاء هنا مجاز للزومه ، فأقراره فلا حاجة إلى القضاء ، م: (لأن الإقرار موجب
 بنفسه) ش: فلا يتوقف على القضاء ، وإذا كان كذلك م: (فيأمره بالخروج عنه) ش: موجب
 إقراره .

م: (وإن أنكر) ش: أي المدعى عليه م: (سئل المدعي البينة لقوله - عليه الصلاة والسلام -) ش:
 أي لقول النبي ﷺ : « ألك بينة ؟ فقال : لا ، فقال : لك يمينه ») ش: هذا الحديث أخرجه البخاري
 ومسلم عن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ ، فقال
 الحضرمي : يا رسول الله ﷺ إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي ، وقال الكندي : هي أرض
 في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال عليه الصلاة والسلام للحضرمي : « ألك بينة ؟ قال :
 لا ، قال : « فلك يمينه » ، قال : يا رسول الله ﷺ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس
 يتورع عن شيء ، فقال : « ليس لك منه إلا ذلك » ، فانطلق ليحلف فقال ﷺ : « أما الذي حلف
 على مال يأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه غير راض » .

م: (سأل) ش: أي النبي ﷺ عن المدعي والمدعى عليه م: (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد
 من السؤال) ش: عن البينة أولاً م: (ليتمكن الاستحلاف) ش: أي فيمكن القاضي طلب اليمين من
 المدعى عليه ، م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (فإن أحضرها) ش: أي فإن أحضر
 المدعى البينة على وفق دعواه م: (قضى بها) ش: أي قضى القاضي بالبينة م: (لانتفاء التهمة عنها)

وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلّفه عليها لما روينا ، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه ،
الأ ترى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه .

ش: أي عن الدعوى لرجحان جانب المصدق في خبر المدعي بالبينة ، م: (وإن عجز عن ذلك) ش:
أي وإن عجز المدعي عن الإثبات بالبينة ، م: (وطلب يمين خصمه) ش: رهو المدعى عليه م:
(استحلّفه عليها) ش: أي على دعواه م: (لما روينا) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « لك يمينه »
م: (ولا بد من طلبه) ش: أي من طلب المدعي استحلاف خصمه ، م: (لأن اليمين حقه) ش: ثم
أوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أنه كيف أضيف إليه؟) ش: أي كيف أضيف اليمين إلى المدعي؟ ،
إنما ذكر أضيف وإن كان مسنداً إلى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تأويل القسم أو الحلف م: (
بحرف اللام فلا بد من طلبه) ش: أي لام الاختصاص ، ففي قوله عليه الصلاة والسلام : « فلك
يمينه » ، نعلم أن اليمين حقه .

باب اليمين

وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة - رحمه الله - معناه حاضرة في المصر ، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يستحلف ، لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على المعجز عن إقامة البينة لما روينا ، فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف - رحمهما الله - فيما ذكره الخصاص ، ومع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي - رحمه الله -

م: (باب اليمين)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اليمين ، قال الأترابي - رحمه الله - : ما كان يحتاج هنا إلى الفصل بالباب ، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متواليًا ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين ، قلت: الذي رتبته المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها .

قال أي القدوري - رحمه الله - : م: (وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: قال المصنف - رحمه الله - : م: (معناه) ش: أي معنى قول القدوري : م: (حاضرة في المصر) ش: واحترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالإجماع ، وإن طلب الخصم واحترز به أيضاً عما إذا كانت البينة غائبة عن المصر ، فحينئذ يستحلف بالاتفاق .

م: (وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يستحلف؛ لأن اليمين حقه بالحديث المعروف) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « لك يمينه » ، وقد مر عن قريب ، م: (فإذا طالبه) ش: أي فإذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين م: (يجيبه) ش: أي يجيب القاضي المدعي ويستحلف المدعى عليه م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على المعجز عن إقامة البينة لما روينا) ش: إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: « ألك بينة ؟ » فقال : لا ، قال : « لك يمينه » .

فإنه عليه الصلاة والسلام رتب اليمين على فقد البينة ، م: (فلا يكون حقه دونه) ش: أي لا تكون اليمين حق المدعي دون المعجز عن البينة ، يعني لا تكون ولاية الاستحلال دون المعجز عن إقامة البينة ، م: (كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس) ش: أي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف ، م: (ومحمد مع أبي يوسف - رحمهما الله - فيما ذكر الخصاص ، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي - رحمه الله -) ش: وأنكر الأترابي - رحمه الله - على المصنف في جعل محمد - رحمه الله - مع أبي يوسف - رحمه الله - فيما ذكره الخصاص ، فقال : لأن الخصاص لم يذكر

قال: ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » قسم، والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء

الخلاف في «أدب القاضي» إلا بين أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-، ولم يذكر لمحمد -رحمه الله- قولاً .

وكذلك فعل أبو بكر الرازي -رحمه الله- في «شرح أدب القاضي» للخصاف ، ولم يذكر قول محمد -رحمه الله- أصلاً، وكذا قال الإمام أبو محمد الناصحي النيسابوري في «تهذيب أدب القاضي» للخصاف ، فقال: ولم يذكر الخصاف قول محمد -رحمه الله-، ثم قال: وذكر أبو علي بن موسى: إن قول محمد -رحمه الله- مع أبي يوسف -رحمه الله- فيما روى عبد الرحمن البيزدي وغيره من أصحاب محمد -رحمهم الله- .

وأنكر الأترابي أيضاً عليه في جعل محمد -رحمه الله- مع أبي حنيفة -رحمه الله- فيما ذكره الطحاوي، ثم قال: لأن الطحاوي ذكر هذه المسألة في «مختصره» وذكر الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله-، ثم قال: ولم نجد هذه الرواية عن محمد -رحمه الله-، وأنكر الرواية عن محمد -رحمه الله- أصلاً ومع هذا كيف يدعي صاحب «الهداية» أن محمداً مع أبي حنيفة -رحمهما الله- فيما ذكره الطحاوي -رحمه الله-؟. قلت: لا وجه لهذا الإنكار ، لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً -رحمه الله- مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره .

م: (قال:) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (ولا ترد اليمين على المدعي) ش:، وقال مالك والشافعي وأحمد -رحمهم الله- في رواية: ترد ، وقول أحمد -رحمه الله- في الظاهر كقولنا، م: (لقوله عليه الصلاة والسلام:) ش: أي لقول النبي ﷺ: م: (البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر) ش: الحديث أخرجه البيهقي في «سننه» عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

وروى محمد بن الحسن -رحمه الله- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده -رضي الله عنهم- عن النبي ﷺ أنه قال: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وجه الاستدلال به هو: ما قال المصنف -رحمه الله- بقوله: م: (قسم) ش: أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين، فجعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر، م: (والقسمة تنافي الشركة وجعل) ش: أي النبي ﷺ: م: (جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء) ش: بيانه: أنه ذكر اليمين محلى بالألف واللام وأنه للجنس إذا لم يكن ثمة معهود .

وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله - . قال : ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق

ويقال : جعل البينة حجة جنس المدعين ، واليمين حجة جنس المنكرين ، فتكون جميع الأيمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين ، فيكون ذلك نسخاً للحديث المشهور ، ولأنه عمل به الأئمة ، وأنه لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس ، م : (وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله -) ش : قد ذكرنا رد حجته ومن معه في مسألة القضاء بشاهد ويمين .

روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - حديث ابن عباس - رضي الله عنه - : « أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد^(١) ، والجواب عنه من وجهين ، أحدهما : أنه معلول بالانقطاع لأن فيه عمرو بن دينار عن ابن عباس - رضي الله عنه - ، وقال الترمذي في «علله الكبير» : إن هذا الحديث قاله عمرو بن دينار ولم يسمعه من ابن عباس - رضي الله عنه - .

وقال ابن القطان في كتابه : والحديث وإن كان مسلماً أخرج عن قيس بن سعد وعمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، ولكنه يروى بالانقطاع ، وقال الطحاوي : وقيس بن سعد لا نعلمه إلا بحديث عمرو بن دينار .

الوجه الثاني : أن هذا على صحته لا يفيد العموم . قال الإمام فخر الدين - رحمه الله - : قول الصحابي : نهى رسول الله ﷺ عن كذا ، وقضى بكذا لا يفيد العموم ، لأن الحجة في المحكي عنه لا في الحكاية ، والمحكي قد يكون خاصاً وأيضاً فالقضاء له . . قد وجد البياض في السختين أقر بها إلا في هذا الموضوع فعل الخصومات ، وهذا مما يتعين به الخصومات ، إذ لا يتأتى فيه الحكم يعمل من شاهد النبي ﷺ إلى قيام الساعة ، بل إنما يقتضي شاهد خاص .

فإن قلت : روى سهل بن أبي حثمة - رحمه الله - في القسامة أن رسول الله ﷺ قال للأنصار : « تبرئكم يهود بخمسين مينةً » فقالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ ، فقال رسول الله ﷺ : « أتخلفون وتستحقون؟ » .

فهذا رسول الله ﷺ جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعى عليهم فعلم أن رد اليمين جائز ، والجواب : أنه لا دليل فيه لخصم ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك على سبيل الإنكار عليهم ، بدليل أن اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي إلا بعد أن يمتنع المدعى عليه ، واليهود لم يمتنعوا من اليمين ، وإنما قالت الأنصار : لا نرضى بأيمانهم ، فدل على أن الكلام خرج على وجه الإنكار .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق)

(١) رواه مسلم [٣٦٠٨] .

وبينة الخارج أولى ، وقال الشافعي - رحمه الله - : ويقضي بينة ذي اليد لاعتضادها باليد ، فيتقوى الظهور وصار كالتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير . ولنا : أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً

ش: وأراد بالمطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب ، بأن يقول « هذا ملكي » ولم يقل ملكه بسبب الشراء والإرث ونحو ذلك ، لأن المطلق ما يتعرض الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات ، فلذلك قيد به احترازاً عن الملك المقيّد بدعوى التّجّ ، وبسبب لا يتكرر ، وعن ماذا ادعى الملك من واحد وأحدهما قابض ؟ ، وعن ماذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق ؟ ، فإن هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع .

فإن قلت : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه ؟ قلت : نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة التّجّ ، والقبض ، وسبق التاريخ ، فهو من تلك الجهة مدعى عليه ، والبيّنة للمدعي .

فإن قلت : فهل تجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ، قلت : لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البيّنة ، وها هنا لم يعجز ، وإذا تعارضت بينة الخارج وذو اليد في ملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بهما ذو اليد مدعياً .

م : (وبينة الخارج أولى) ش : إن أقام بينة م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : يقضي بينة ذي اليد) ش : وبه قال مالك - رحمه الله - والقاضي منه من أصحاب أحمد - رحمه الله - ، وقول أحمد - رحمه الله - كقولنا

م : (لاعتضادها باليد) ش : أي لتقوية البينة باليد ، إذ اليد دليل الملك م : (فيتقوى الظهور) ش : لأن بينة الخارج أكثر إثباتاً م : (وصار) ش : أي وصار حكم ذي اليد بالقضاء بينة م : (كالتكاح) ش : بأن ادعى نكاح امرأة وهي في يد أحدهما يقضي لصاحب اليد بالإجماع م : (والتّجّ) ش : بأن أقام بينة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما يقضي لصاحب اليد .

م : (ودعوى الملك مع الإعتاق) ش : بأن ادعى عبداً في يد رجل وأقام بينة أنه عبده وأعتقه وأقام ذو اليد بينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى ، م : (والاستيلاء) ش : بأن ادعى أنها أمته استولدها وهي في يد أحدهما فبينة ذي اليد أولى ، م : (والتدبير ، ولنا : أن بينة الخارج أكثر إثباتاً) ش : بأن ادعى أنه عبده ومدبره فبينة ذي اليد أولى في كل وجه ، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه ، بل من وجه ، لأن اليد دليل الملك ، ولهذا لو رأى عيناً في يد إنسان يتصرف فيها تصرف الملاك جاز لمن رأى أن يشهد بالملك له م : (أو إظهاراً) ش : يعني في الواقع ، فإن بيّنته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع .

؛ لأن قدر ما أثبتته اليد لا يشبهه بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق للملك بخلاف النتائج لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأختيه، وعلى الولاء الثابت بها. قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه، وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعى، فإذا حلف يقضي به

م: (لأن قدر ما أثبتته اليد لا يشبهه بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق للملك) ش: فبينته لا تثبت لثلاث يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت للملك وتظهره، وما هو أكثر إثباتاً، من البيئات فهو أولى لتوفر ما شرعت البيئات لأجله فيه، فإن قيل: بينة الخارج تزيل ما أثبتته ذو اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد للملك، ولا يلزم تحصيل الحاصل، أوجب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها، فقبله يكون للملك ثابتاً للمدعى عليه، وإثبات الثابت لا يتصور، فلا يكون بينة مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد .

م: (بخلاف النتائج، لأن اليد لا تدل عليه) ش: فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكان كل واحد من البيتين للإثبات فترجح إحداهما باليد، م: (وكذا على الإعتاق وأختيه) ش: أى وكذا اليد لا تدل على أختي الإعتاق، وهما التدبير والاستيلاء فتعارضه بينة الخارج، وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد م: (وعلى الولاء الثابت بها) ش: أى بالإعتاق والاستيلاء والتدبير ومعناه: أن البيتين في الإعتاق وأختيه يدلان على الولاء، إذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما، وهما استويا في ذلك، وترجح صاحب اليد بحكم يده، ثم يستوي الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً، أو عبداً أو حراً أو امرأة أو رجلاً، والمدعى عليه كذلك والمدعى به كذلك أي مال كان .

م: (قال) ش: أى القدوري - رحمه الله - : م: (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) ش: أى قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول م: (وألزمه ما ادعى عليه) ش: أى ألزم القاضي المدعى عليه بما ادعى عليه المدعى، وفي بعض النسخ: ولزمه، م: (وقال الشافعي - رحمه الله - يقضي به) ش: أى بالنكول م: (بل ترد اليمين على المدعى، فإذا حلف يقضي به) ش: أى إذا حلف المدعى يقضي له بما يدعيه .

وفي «التفريع» للمالكية: وإذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة، فإذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه ويرى، فإن نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول، وحلف المدعى على ما ادعاه واستحق ما ادعاه يمينه ونكول خصمه، فإن لم يحلف لم يحكم له بشيء، انتهى .

وروي عن أحمد أنه قال: إذا نكل المدعى عليه حبسته أبداً حتى يحلف فيبرأ، أو يقر

لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه . ولنا: أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقرراً ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه . قال : وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه ، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء ،

فيحكم عليه ، ويقولنا قال سفيان بن سعيد الثوري ، م : (لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) ش : أي عن اليمين الصادقة م : (واشتباه الحال) ش : يعني ويحتمل أن يكون الحال مشتبهة عليه ، لا يدري أصادق في الإنكار فيحلف ، أو كاذب فيمتنع ، م : (فلا ينتصب) ش : أي يمين المدعي عليه م : (حجة مع الاحتمال ، ويمين المدعي دليل الظهور) ش : لما كانت يمين المدعي عليه ، وينكر له ، وينكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي ، فإذا كان كذلك م : (فيصار إليه) ش : أي إلى المدعي .

م : (ولنا : أن النكول) ش : أي نكول المدعي عليه م : (دل على كونه باذلاً) ش : أي كان النكول باذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - ، م : (أو مقرراً) ش : أي كان إقراراً كما هو مذهبهما م : (إذ لولا ذلك) ش : أي لولا أن اليمين بذل أو إقرار م : (لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب) ش : لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله ﷺ « واليمين على من أنكر » وكلمة « على » للوجوب م : (ودفعاً للضرر عن نفسه) ش : وهو بذل المال م : (فترجح هذا الجانب) ش : أي جانب كون الناكل باذلاً ومقرراً على الوجه المحتمل ، وهو كونه متورعاً ، أو نحو ذلك .

م : (ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه) ش : إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ، وفي « المبسوط » و « الأسرار » : مذهبنا مؤيد بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على ذلك ، فإن قيل : كيف يكون إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - وقد روي عن علي - رضي الله عنه - أنه حلف المدعي بعد نكول المنكر ؟ .

قلت : وروي عن علي - رضي الله عنه - في المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي فقال : ليس لك عليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدي علي - رضي الله عنه - ، فقال له علي : قالون ، بلغة الروم ، أي : أصبت .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وينبغي للقاضي أن يقول له) ش : أي للمدعي عليه م : (إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه) ش : أي المدعي م : (وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء) ش : أي الحكم بالنكول موضع الخفاء لأنه

قال: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاص لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر، وأما المذهب إنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح، والأول أولى، ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله - لا أحلف - وقد يكون حكماً بأن يسكت، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح.

مجتهد فيه، ولعدم دلالة النص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه النكول.

م: (قال: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول، وهذا التكرار ذكره الخصاص) ش: لأن التكرار ليس بشرط على ما ذكره في الأصل، بل إذا قضى بالنكول مرة جاز، وإنما ذكره الخصاص - رحمه الله - م: (لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر) ش: فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام م: (وأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) ش: إشارة إلى ما ذكر إذ النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً، كذا قاله الأترابي، والكافي، والأكمل - رحمهم الله - .

وقال تاج الشريعة: قوله: م: (لما قدمنا) ش: يعني أنه لو لا كونه كاذباً لأقدم على اليمين إقامته للجواب م: (هو الصحيح) ش: قال الأترابي - رحمه الله - : احتراز عن قول الخصاص فإنه يشترط التكرار، وقال الأكمل: احتراز عما قيل - لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ وهذا هو الأوجه، م: (والأول أولى) ش: أي ما ذكره الخصاص أولى، كما في الإمهال للمرتد، فإن قتل بلا إمهال جاز.

وفي «الكافي»: والتقدير بالثلاث في العرض لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد - رحمه الله -، وبه قال أحمد والجمهور - رحم الله الجميع - على أنه للاحتياط، وبه قال مالك والشافعي - رحمه الله -، م: (ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله: لا أحلف، وقد يكون حكماً بأن يسكت وحكمه) ش: أي حكم السكوت م: (حكم الأول) ش: وبه قال الثلاثة م: (إذا علم أنه لا آفة به من طرش) ش: بفتح الراء من يطرش طرشاً، من باب علم، أي صار أطروشاً، وهو الأصم، والطرش أهون من الصمم م: (أو خرس) ش: بفتح الراء، وهو آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً م: (هو الصحيح) ش: أشار به إلى اختلاف الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل - لا أحلف - .

فقال بعض أصحابنا: إذا سكت المدعى عليه سأل القاضي: هل به خرس أو طرش؟ فإذا قالوا: لا، جعله ناكلاً، وقضى عليه، ومنهم من قال: يحبس حتى يجيب، والأول هو الصحيح، كذا في «شرح الأقطع»، وفي «الفصول»: لو كان استحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه، لأن الاعتبار بين قاطعة للخصومة، واليمين عند القاضي قاطعة لها.

ولو قال المدعي: إن حلف المدعى عليه فأنا بريء، أو قال: فدعواه باطلة لا تبطل دعواه،

قال : وإذا كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان ،

حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تقبل بيته ، وفي «المبسوط» : بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم ، ولسنا نأخذ بذلك ، وإنما نأخذ فيه بقول عمر - رضي الله عنه - ، فإنه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه ، وبه قالت الثلاثة .

وفي «النوازل» : لو ادعى دواعي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء لمكي جمعها في يمين واحدة ، وفي «التتمة» : لو ادعى ديناً في التركة وصلت في يد هذا يحلف بالله وحده ، بالله ما وصل إليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه ، وقيل : يحلف يمينين على الوصول على البتات ، وعلى الدين على العلم ، وبه قال عامة المشايخ ، وأجمعوا : أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه ، وإن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة وبالعكس ، فلا استحلاف فيه عنده .

م : (ولا يستحلف عنده) ش : أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م : (في النكاح) ش : سواء كان الرجل مدعياً أو المرأة ، م : (والرجعة) ش : أي ولا يستحلف أيضاً في الرجعة ، بأن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه كان راجعاً في العدة ، وهي تجحد أو ادعت هي كذلك وهو يجحد ، م : (والفيء في الإيلاء) ش : أي ولا يستحلف في الفيء في الإيلاء أيضاً ، بأن ادعى بعد مضي هذه الإيلاء أنه فاء إليها في المدة وهي تجحد ، أو ادعت المرأة كذلك وهو يجحد م : (والرق) ش : أي ولا يستحلف أيضاً في الرق بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده أو ادعى مجهول النسب ، م : (والاستيلاء) ش : بأن ادعت الأمة على مولاهما أنها ولدت منه وأنكر المولى ، ولا يتصور العكس من قبله عليها ، لأن الاستيلاء يثبت بإقراره .

م : (والنسب) ش : أي ولا يستحلف في الولاء أيضاً بأن ادعى على معروف النسب أنه معتقه أو بالعكس م : (والولاء) ش : أي ولا يستحلف أيضاً في النسب ، بأن ادعى الوالد على الولد وأنكر الآخر م : (والحدود واللعان) ش : أي ولا يستحلف أيضاً فيهما .

أما الدعوى في الحد بأن قال رجل لآخر : لي عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف بالإجماع ، لأنه يندراً بالشبهات ، إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبد بالزنا ، وقال : إن زنيته فأنت حر ، وادعى العبد : أنني زنيته ، ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان .
وصورة الاستيلاء: أن تقول الجارية: أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى؛ لأنه لو ادعى
المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ، ولا يلتفت إلى إنكارها ، لهما أن النكول إقرار ، لأنه يدل على
كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب ،
فكان إقراراً أو بدلاً عنه .

دون الزنا ، كذا ذكره الصدر الشهيد في « أدب القاضي » .

وقال القدوري - رحمه الله - في « شرح كتاب الاستحلاف » : وقد قالوا إنه يستحلف في
التعزير لأنه في حكم الأموال ، وهذا يصح فيه العفو والإبراء ، وقال القدوري فيه أيضاً : قال أبو
حنيفة - رحمه الله - : وإذا تعلق بهذه الأشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال وإن كان
لا يستحلف في سببه كالمرأة إذا ادعت النكاح والمهر ، والرجل إذا ادعى النسب والنفقة .

أما الدعوى في اللعن بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً يوجب اللعان وأنكر
الزوج لا يستحلف بالإجماع ، فإنه في معنى الحد .

م : (وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان)
ش : فلا يستحلف فيهما بالإجماع كما ذكرنا ، ويقولهما قال الشافعي - رحمه الله - ، لكن
عنده : يجري في حد القذف والقصاص ، ولا يجري في الحدود الخالصة .

وقال مالك وأحمد - رحمهما الله - : لا يجري التحالف إلا فيما لا يثبت إلا بشاهدين ،
وعن أحمد - رحمه الله - في رواية : يجري في القصاص وحد القذف والطلاق ، والعتاق م :
(وصورة الاستيلاء : أن تقول الجارية : أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه ، وأنكر المولى ؛ لأنه لو ادعى المولى
ثبت الاستيلاء بإقراره ، ولا يلتفت إلى إنكارها) ش : ، وإنما ذكر صورة الاستيلاء فقط لأن الباقي
من صورة التنازع فيه الدعوى في الجنايتين سوى هذه الصورة ، وقد مر الكلام فيه م : (لهما) ش : أي
لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار)
ش : السابق م : (على ما قدمناه) ش : يعني قوله : (إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب) ودفعاً
للضرر عن نفسه .

م : (فكان) ش : أي النكول م : (إقراراً أو بدلاً) ش : بفتح الدال المهملة ، أي خلفاً م : (عنه)
ش : أي عن الإقرار ، وهذا في الحقيقة جواب عن شبه ، ترد على كون النكول إقرار عندهما .
أحدها : ما لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني ، ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف
الأول فنكل ، ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف بنكوله في المرة الأولى ، كما لو أقر في تلك
المرة ، وأجيب : بأن النكول ليس بإقرار في نفسه ، ولكن يجعل مقام الإقرار خلفاً عنه لقطع

والإقرار بجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرى بالشبهات ، واللعان في معنى الحد ، ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنه بذل لأن معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار ، والبذل لا يجري في هذه الأشياء ،

الخصومة ، فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة إلى دفع الخصومة ، فكان كالإقرار في المرة الأولى لا في الثانية .

الشبهة الثانية : الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فإنه يلزم الموكل ، ولو جعل إقراراً للزم الوكيل كما في الإقرار به ، وأجيب : بأنه وإن كان الإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع ، بحيث لا اختيار أمر الموكل أدخله فعليه خلاصه ، أما إذا أقر فهو شيء لزمه باختيار الإقرار ، فإنه كان ينقضي عن عهدة الدعوى بالسكوت أو النكول فيلزمه الضمان ، ولا يرجع به على الموكل .

الشبهة الثالثة : هي ما إذا كفل بما وجب على فلان ، فادعى المكفول له مالا على فلان فنكل فلان لا تقضى بالمال على الكفيل ، ولو كان المنكول إقراراً لقضي به على الكفيل كما لو أقر ، وأجيب : أن أبا يوسف ومحمداً - رحمهما الله - يقولان : إن النكول يدل على الإقرار في قطع الخصومة ، لأنه يكون إقرار حقيقة ، ولهذا لا يثبت المدعي بنفس النكول بخلاف الإقرار ، كذا في «المبسوط» وغيره .

وذكر الأكل هذه الشبهة بقوله « وعليه تفرض إجمالية » م : (والإقرار بجري في هذه الأشياء) ش : المذكورة م : (لكنه إقرار فيه شبهة) ش : هذا جواب من يقول « لو كان النكول إقراراً ينبغي أن يجب الحد » ، فأجاب بقوله : فإنه إقرار فيه شبهة ، م : (والحدود تندرى بالشبهات ، واللعان في معنى الحد) ش : لأنه قائم مقام القذف في حق الزوج ، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة ، وقد مر ذلك في اللعان .

م : (ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - : أنه) ش : أي أن النكول م : (بذل) ش : وإباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة ، فلا يقضى فيها بالنكول ، كالقصاص في النفس وعليها الأموال م : (لأن معه) ش : أي مع البذل م : (لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود) ش : ولا تبقى لليمين فائدة ، وتحقيق الكلام ها هنا : أن النكول وإن كان بدلاً لكنه يحتمل أن يكون كذباً م : (وإنزاله باذلاً أولى) ش : حملاً لحاله على الصلاح م : (كي لا يصير كاذباً في الإنكار) ش : السابق لأنه كان أنكر أولاً فلا يظن بينكم الكذب فجعل بدلاً .

م : (والبذل لا يجري في هذه الأشياء) ش : أي الأشياء المذكورة التي لا يستحلف فيها ، فإذا كان كذلك لا يقضى فيها بالنكول ، فإنه إذا قال مثلاً : أنا حر وهذا الرجل يؤويني فدفعت إليه نفسي أن يسترقني ، أو قال : أنا ابن فلان ، ولكن أحب أن يدعي نسبي ، أو قالت : أنا لست

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً لنفسه ، والبذل معناه ههنا ترك المنع ، وأمر المال هين . قال: ويستحلف السارق ، فإن نكل ضمن ولم يقطع

بأمراته ، لكن دفعت إليه نفسي وأبحت له الإمساك لا يصح ، م: (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ش: يعني أن البذل فيها لا يجري وفات فائدة الاستحلاف ، لأن فائدة القضاء بالنكول ، والنكول بذل والبذل فيها لا يجري .

م: (فلا يستحلف) ش: فيها لعدم الفائدة م: (إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال : إن النكول لو كان بدلاً ينبغي أن لا يملكه المكاتب والمأذون لأنهما لا يملكون البذل ، فأجاب بقوله : م: (فيملكه المكاتب والعبد المأذون) ش: له يحتمل م: (بمنزلة الضيافة اليسيرة) ش: وتقدير الجواب : أنهما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي ، وإن كان لا يملك أنه بانفراده كالضيافة منهما لأنها من توابع التجارة ، م: (وصحته في الدين) ش: أي صحة القضاء بالنكول م: (بناء على زعم المدعي) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره بأن يقال : لو كان النكول بدلاً لم يصح القضاء بالنكول في الدين ، لأن البذل لا يتحقق فيه ، لأن الدين وصف ثابت في الذمة ، والبذل لا يجري فيه .

وتقرير الجواب : أن صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي م: (وهو ما يقبضه حقاً لنفسه) ش: تقرير هذا : أن البذل لم يصح في الدين فيما يكون من جهة القابض ، ومن جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناءً على زعمه وإن كان الثاني وهو قوله : م: (والبذل معناه ههنا) ش: أي في الدين م: (ترك المنع) ش: وجازله أن يترك المنع م: (وأمر المال هين) ش: جواب عما يقال : فهلا جعل أيضاً في الأشياء ، والسبعة المذكورة تركاً للمنع ، فأجاب : بأن أمر المال هين أي سهل ، لأنه خلق في الأصل مباحاً مبدلاً لمصالح الناس ، ولم يصح في الأشياء السبعة ، لأن أمرها ليس بهين .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (ويستحلف السارق) ش: يعني إذا كان مراد المسروق منه المال يستحلف بالله ما له عليك هذا المال ، لأنه يثبت بالشبهات ، فجاز أن يثبت بالنكول .

م: (فإن نكل ضمن ولم يقطع) ش: ولا خلاف فيه ، وقال القدوري - رحمه الله - في «شرح كتاب الاستحلاف» : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يستحلف شيء من الحدود ، لا في الزنا ، ولا في السرقة ولا في القذف ، ولا شرب الخمر ، ولا السكر ، إلا أنه طالب المسروق منه

لأن المنوط بفعله شيان الضمان ويعمل فيه المنكول ، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان. قال : وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول ، استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً ، لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لاسيما إذا كان المقصود وهو المال ، وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب ، إذا ادعى حقاً كالإرث ، والحجر في اللقيط

ضمان المال ، استحلف ، فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطع ، ه م : (لأن المنوط بفعله) ش : أي لأن المتعلق بفعل السارق م : (شيان) ش : أحدهما : م : (الضمان) ش : أي ضمان المال م : (ويعمل فيه المنكول) ش : يعني يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل ، ويثبت بها فيه شبهة ، م : (والقطع) ش : والثاني : القطع .

م : (ولا يثبت به) ش : أي ولا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل بالنكول ، لأنه لا يجري البذل في الحدود ، ولا يثبت بما فيه شبهة الإقرارم : (فصار) ش : حكم هذا م : (كما إذا شهد عليه) ش : أي على السرقة م : (رجل وامرأتان) ش : حيث يثبت المال فلا يثبت القطع .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا ادعت امرأة طلاقاً قبل الدخول) ش : وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل طلاق الدخول حتى يعلمهم أن الدعوى في كل المهر أو نصفه سواء كان دعوى المهر في ضمن أو بدونه هذا ، قاله الكاكي - رحمه الله - .

وقال الأكل : فيه نظر ، لأن الطلاق يغني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقييد بذلك م : (استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً ؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لاسيما إذا كان المقصود هو المال ، وكذا في النكاح) ش : أي وكذا يجري الاستحلاف إذا كان دعوى المال في النكاح ، وهو معنى قوله م : (إذا ادعت هي الصداق ، لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) ش : في النكاح .

فإن قلت : وجب أن يثبت النكاح أيضاً لأنه يثبت بالشبهات ؟ .

قلت : البذل لا يجري فيه كما ذكرنا .

م : (وكذا) ش : أي وكذا يستحلف م : (في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث) ش : بأن ادعى رجل على رجل آخر أنه أخ المدعي عليه ، مات أبوهما وترك مالا في يد المدعي عليه ، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعي عليه بسبب الأخوة فإنه يستحلف على النسب ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب م : (والحجر في اللقيط) ش : أي وكذا إذا ادعى الحجر في اللقيط إن كان صبي لا يعبر عن نفسه في يده ملتقط ، فادعت إخوته امرأة تريد قصر يد

والنفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما ، إذا كان يثبت بإقراره ، كالأب والابن في حق الرجل ، والأب في حق المرأة ؛ لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما .

مللتقط لحق حضانتها ، وأرادت استحلافه فنكل ، ثبت لها الحجر دون النسب .

م : (والنفقة) ش : بأن ادعى النفقة بسبب الإخوة وهو زمن ، فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فإن حلف برئ وإن نكل يقضي بالبينة بالنفقة ، ولا يقضى بالنسب م : (وامتناع الرجوع في الهبة) ش : ، أي وكذا يستحلف في إمتناع الرجوع في الهبة ، صورته أن الواهب أراد الرجوع فقال الموهب له : أنا أخوك فلا رجوع لك ، فالواهب يستحلف ، فإن نكل ثبت الامتناع من الرجوع ولا يثبت النسب .

م : (لأن المقصود هذه الحقوق) ش : هذا دليل «المجموع» ، أي لأن المقصود في الصور المذكورة إثبات المال ، فعند النكول يثبت المال ولا يثبت النسب ، لأن فيه تحميل له على الغير ، وهو لا يجوز ، م : (وإنما يستحلف في النسب المجرد) ش : قيد به إحترازاً عما هو مقرون بدعوى المال ، فإنه يثبت المال ولا يثبت النسب م : (عندهما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - ، م : (إذا كان يثبت بإقراره) ش : المدعى عليه ، فإن النكول عندهما إقرار .

بيان ذلك في قوله : م : (كالأب والابن في حق الرجل) ش : فإن إقراره يصح بالأب والابن م : (والأب في حق المرأة) ش : كما إذا ادعت انه أبوها م : (لأن في دعواها الابن) ش : أي في إقرارها به م : (تحميل النسب على الغير) ش : فلا يجوز ، حاصله : أنه يصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين ، والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما قلنا .

وإقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين ، والولد ، والزوجة والمولى ، لأنه أقر بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم م : (والمولى والزوج في حقهما) ش : أي في حق الرجل والمرأة ، وهو متعلق بقوله : والمولى والزوج جميعاً ، لأن إقرار الرجل والمرأة جميعاً بالمولى والزوج يصح .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في «مبسوطه» : الأصل في هذا الباب أن المدعى عليه النسب إذا أنكر هل يستحلف ، إن كان بحيث لو أقربه لا يصح إقراره عليه فاستحلف عندهم جميعاً ، لأن اليمين لا تفيد ، فإن فائدة اليمين النكول ، حتى يجعل النكول بدلاً وإقراراً فيقضى عليه لو أقربه لا يستحلف عندهم جميعاً إن كان المدعى عليه حيث لو أقربه لزمه ما أقربه ، وإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ؟ ، فالمسألة على الاختلاف ، عند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يستحلف ، وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : يستحلف ، فإن حلف

قال : ومن ادعى قصاصاً على غيره فحجده استحلف بالإجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وقالوا: لزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما ، فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس، فإنه لو قال : أقطع يدي ، فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل ، إلا أنه لا يباح

برئ عن الدعوى وإن نكل عن اليمين لزمته الدعوى ، فعلى هذا الأصل يخرج مسائل الباب .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره»: م: (ومن ادعى قصاصاً على غيره فحجده استحلف بالإجماع) ش: ولا خلاف فيهم: (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وبه قال القاضي ومالك - رحمهما الله - بعد حلف المدعي ، وأحمد - رحمه الله - في رواية ، م: (وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: أي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس ، والنكول في النفس .

م: (وقالوا:) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (لزمه الأرش فيهما) ش: أي يلزمه المال في النفس والطرف جميعاً ، وهذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : هو في معنى البذل ، وعندهما في مضي إقرار فيه شبهة ، لأنه لم يصرح بالإقرار ، وهو معنى قوله : م: (لأن النكول إقرار فيه شبهة) ش: أي شبهة البدلية ، أو شبهة الإقرار ، لأن النكول إقرار فيه شبهة الإنكار م: (عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) ش: قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ، ولا المال أيضاً ، كما إذا أقام مدعى القصاص رجلاً أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة ، حيث لا يقضى بشيء ، فامتنع القصاص ، قوله فلا يجب المال ونظائره بقوله : م: (كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد) ش: يجب المال ويعكسه لا يجب .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) ش: لأنها خلقت وقاية النفس ، كالأموال فإذا كانت كذلك فيجب ، أي فيه البذل ، كما في الأموال م: (بخلاف الأنفس) ش: حيث لا يجري البذل فيها ، وأوضح ذلك بقوله م: (فإنه لو قال) ش: أي فإن أحداً لو قال لآخر : م: (اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان ، وهذا) ش: أي عدم الضمان م: (إعمال للبذل) ش: وهو بذل مقيد لكونه دافعاً للخصومة م: (إلا أنه لا يباح) ش: جواب إشكال ، وهو أن يقال لو كانت الأطراف الأموال ، ينبغي أن يباع القطع بالبذل ، كما يباح المال بالبذل ،

لعدم الفائدة ، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة ، فصار كقطع اليد للأكله وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس ، واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة . قال : وإذا قال المدعي : لي بينة حاضرة قيل لخصمه : أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام ، كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا ، وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا ؛ لأن فيه نظراً للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه

فأجاب : بأنه لا يباح القطع م : (لعدم الفائدة) ش : أي كما إذا قال له الغير ، احرق ثوبي ، أو أتلف مالي لا يباح لعدم الفائدة .

م : (وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة) ش : أي بهذا البذل م : (فصار مقطع اليد للأكله) ش : على وزن الفاعلة ، وهي قرحة غائرة في البدن ينحر العفن ، وسببها دم فاسد عفن يستحيل إلى السواد ، وأول علاجها استنزاع الخط السوداءي ، م : (وقلع السن للوجع) ش : عطف على قوله : «تقطع اليد للأكله» فإن القطع ها هنا مفيد ، فلو قطعه لا يجب عليه شيء بخلاف القطع السرقة ، فإن القطع فيها خالص حق الله تعالى ، فلا يثبت حق الشبهة .

م : (وإذا امتنع القصاص في النفس) ش : لكونه حق الله تعالى خالصاً ، ولا يجري البذل في حقوقه م : (واليمين حق مستحق عليه يحبس به) ش : أي بحق اليمين ، قاله الكاكي ، وقال الأترازي : -رحمه الله- : بالحق المستحق م : (كما في القسامة) ش : ، فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحسبون حتى يقرؤا أو يحلفوا .

م : (قال) ش : أي القدوري -رحمه الله- : م : (وإذا قال المدعي : لي بينة حاضرة ، قيل لخصمه : أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه) ش : أي حق المدعى ، وقد اختلف السلف في أخذ الكفيل .

وروي قتادة والشعبي : أنه لا يجوز ، وروي عن إبراهيم النخعي : أنه يجوز م : (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) ش : فهذا استحسان كما يجيء وبه أخذ علماؤنا ، والقياس : أنه لا يجوز كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- ، لأنه مجرد الدعوى ليس سبب الاستحقاق م : (وقد مر من قبل) ش : أي في أول كتاب الكفالة ، وعند الشافعي -رحمه الله- : لا تجوز الكفالة بالنفس م : (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) ش : قيد به ، لأن في القياس أن لا يؤخذ كفيل قبل إقامة البينة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- .

م : (لأن فيه) ش : أي في أخذ الكفيل م : (نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور مستحق) ش : أي على المدعي م : (عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) ش : بلفظ المجهول

ويحال بينه وبين أشغاله ، فصح التكفيل بإحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه ، والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب

في الإعداد ، يقال : استعدي فلان الأمير علي في ظلمه ، أن استعان به ، فأعداه الأمير أن أعانه عليه ونصره .

وفي «المبسوط» : الأشخاص إلي بابه يثبت بمجرد الدعوى لما فيه من النظر له ، وليس في التكفيل كثير ضرر بالمدعي عليه ، لأنه إن لم يكن من فعل الاختفاء لا يتضرر به ، وإن كان من قصد الاختفاء يكون ظالماً فلا ينظر له .

م: (ويحال) ش: على صيغة المجهول بالنصب ، عطفاً على قوله : حتى يعدى عليه ، وهي من الخيلولة م: (بينه) ش: أي بين المدعي عليه م: (وبين أشغاله ، فصح التكفيل بإحضاره) ش: وفي بعض النسخ : فتصح التكفيل م: (والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو الصحيح) ش: واحترز به عما روى عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس م: (ولا فرق في الظاهر) ش: أي في ظاهر الرواية م: (بين الخامل) ش: بالخاء المعجمة . من حمل الرجل خمولاً إذا كان ساقط القدر م: (والوجيه) ش: وهو الذي له وجهته وقدره بين الناس .

وروى عن محمد -رحمه الله- : إذا كان الرجل معروفاً ، الظاهر من حاله أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر من المال فإنه لا يجبر على إعطاء الكفيل ، ولكنه أعطى بنفسه كفيلاً مختاراً يؤخذ منه ، وإن لم يعطه لا يجبره القاضي على ذلك ، م: (والخطير من المال) ش: أي ولا فرق أيضاً بين الخطير وهو الذي له كثرة ، م: (والحقير) ش: أي بين الحقير الذي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية .

وعن محمد -رحمه الله- : إذا كان المال حقيراً لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر ولكنه إن أعطى من غير جبر يقبل وإلا فلا ، ولو ادعى أنه معسر فإن القاضي يحكم فيه الزي إلا إذا كان المرء من العلماء أو من المعادية لأنهم يتكلفون في لبسهم مع فقرهم ، فأما في حق الغير يحكم الزي ، وإن كان زي الفقر كان القول قوله : وإن كان عليه زي الأغنياء لا يكون القول قوله ، وتحكيم الثياب والزي جائز ، قال الله تعالى : ﴿ إن كان قميصه قد من قبل ﴾ الآيتين (يوسف : الآيتين ٢٦ ، ٢٧) ، فعلم أن تحكيم العلامة جائز .

م: (ثم لا بد من قوله: لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب) ش: أي لو قال: شهودي غيب ، بفتحتين على التخفيف ، وهو جمع غائبة ، مثل

لا يكفل لعدم الفائدة . قال: فإن فعل وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه ، إلا أن يكون غريباً
فيلازم مقدار مجلس القاضي ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف إليهما ،

خدم وخادم ، ويجوز غيب بضم الغين وتشديد الباب ، وهو أيضاً جمع غائب على القياس م:
(لا يكفل لعدم الفائدة) ش: لأن الفائدة هي الخصومة عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال
، كالعائب والهالك من وجه ، إذا ليس كل غائب يؤوب .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (فإن فعل) ش: أي فإن أعطى الكفيل م: (وإلا
أمر) ش: أي وإن لم يعط م: (بملازمته) ش: أي سار معه حيث سار م: (كيلا يذهب حقه) ش: أي حق
المدعي .

م: (إلا أن يكون غريباً) ش: إلا أن يكون المدعي عليه غريباً حال كونه على الطريق ، أي
مسافراً فإذا كان كذلك م: (فيلازم مقدار مجلس القاضي) ش: ، لأن هذا القدر لا يقطعه عن المرفقة
ويحصل النظر للمدعي .

فأما في إمساكه على باب القاضي يوماً أو أكثر ليحضر المدعي بينة ضرر على المطلوب ، فإذا
جاء أو أن قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فإن القاضي يحلفه ويخلي سبيل
المطلوب ليذهب حيث شاء .

فإن اختلف المطالب والمطلوب وقال المطلوب : أنا مسافر وقال المطالب : إنه لا يريد السفر
ففيه أقوال .

قال بعضهم : القول قول المدعي لأنه يتمسك بالأصل ، وهو الإقامة والسفر عارض ، وقال
بعضهم : فالقاضي يسأله مع من يريد السفر ، فإن أخبره مع فلان فالقاضي يبعث إليه من يسأله ،
هل أستعد للخروج معكم ، فإن قالوا : نعم ، يقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس ، فإن أحضر
المدعي بينة في هذه المدة وإلا خلي سبيل المطلوب ، وإن لم يعلم من حاله فنحن نعلم أنه يبقى
ثلاثة أيام لأجل الاستعداد ، فقلنا بأنه يجبره على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام .

م: (وكذا لا يكفل إلى آخر المجلس) ش: أي إلى آخر مجلس القاضي م: (فالاستثناء) ش: أي
الاستثناء المذكورة بقوله - إلا أن يكون غريباً - م: (منصرف إليهما) ش: أي إلى الملازمة والتكفيل ،
وهذا التقدير إنما يحتاج إليه على رواية القدوري - رحمه الله - لأنه لم يذكر هناك مقدار مجلس
القاضي في تقدير الملازمة ومدتها ، ولا الكفيل ومدة .

فإن فعل والأمر بملازمته إلا أن يكون غريباً على الطريق ، وأما هنا قد ذكر الملازمة مدتها
ومدة التكفيل ، فلا يحتاج إلى قوله «والاستثناء منصرف» لأنه ذكر محمد - رحمه الله - مدة كل

لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً ، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

واحد باستثناء واحد .

م: (لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) ش: أي على مقدار مجلس القاضي م: (إضراراً به) ش: أي بالغريب الذي على الطريق م: (بمنعه عن السفر) ش: أي لمنع الكفيل إياه عن السفر والذهاب إلى منزله ، فيؤدي إلى إلحاق الضرر به . وإن كان المدعي يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ، وربما يكون صادقاً في الدعوى أو كاذباً والموهوم لا يعارض المحقق ، م: (ولا ضرر في هذا المقدار) ش: أي في مقدار مجلس القاضي م: (ظاهراً) ش: أي حيث الظاهر ، لأنه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة .

م: (وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) ش: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويبعث أميناً حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يحبس في موضع لأن ذلك حبس ، وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ، ولا يشغله عن التصرف بل يتصرف والمدعي يدور معه ولا يمنع من الدخول إلى أهله .

لكن المطلوب يجلس على باب داره ، وفي «الفتاوي الصغرى» : المطلوب إذا أراد أي يدخل داره ، فأما أن يأذن للمدعي بالدخول معه أو يحبس معه على باب الدار ، لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر فيفوت المقصود من الملازمة .

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال : واليمين بالله عز وجل دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر » ، وقال عليه السلام « من حلف بغير الله فقد أشرك » ، وقد يؤكد بذكر أوصافه وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل : والله الذي لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذاوله أن ينقص إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق عليه يمين واحدة ،

م : (فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

ش : أي هذا فصل في بيان كيفية اليمين ، وكيفية الشيء صفته ولا ذكر نفس اليمين في أي موضع يكون وفي أي موضع لا يكون .

شرح في بيان كيفيتها لأن الصفة تتبع الموصوف م : (قال) ش : : أي القدوري -رحمه الله م : (واليمين بالله عز وجل دون غيره) ش : أي غير الله تعالى م : (لقوله عليه الصلاة والسلام) : ش : أي لقول النبي ﷺ : م : (من كان منكم حالفًا فيحلف بالله أو ليذر) ش : تقدم هذا الحديث في الأيمان

م : (وقال عليه الصلاة والسلام : «من حلف بغير الله فقد أشرك» ، وقد يؤكد) ش : أي اليمين م : (بذكر أوصافه) ش : أي أوصاف الله تعالى ، هذا لفظ القدوري - رحمه الله - ، فقال المصنف - رحمه الله - : م : (وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه) ش :

وإنما ذكر : ولا شيء منه ، لجواز أنه قد أدى البعض ، ويذكر صفاته بدون حرف العطف ، حتى لو قال : «والله» «والرحمن الرحيم» ، يكون أيمانًا .

م : (وله أن يزيد في التغليظ على هذا) ش : أي وللقاضي أو المحلف من جهد الزيادة في تغليظ الزيادة على هذا المذكور م : (وله أن ينقص منه) ش : أي عن المذكور ، وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ، ومنهم من يتجاسر ولا يبالي م : (إلا أنه يحتاط) ش : ، والمراد من الاحتياط ما ذكرنا من أنه بذكر الأسماء والصفات بدون حرف العطف .

م : (كيلا يتكرر عليه اليمين) ش : لأنه ذكر الواو صارت أيمانًا كما ذكرنا ، م : (لأن المستحق عليه يمين واحدة) ش : فلا يزداد عليها .

والقاضي بالخيار إن شاء غلظ، وإن شاء لم يغلظ فيقول: قل بالله أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ، وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال : ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق لما روينا ، وقيل: في زماننا إذا ألح الخصم ساع للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال : ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام ، لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور : « انشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا في كتابكم هذا »

م : (والقاضي بالخيار إن شاء غلظ ، وإن شاء لم يغلظ فيقول : قل بالله ، أو : والله ، وقيل : لا يغلظ على المعروف) ش : أي الرجل المعروف م : (بالصلاح ويغلظ على غيره) ش : أي غير المعروف بالصلاح م : (وقيل : يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) ش : والمال الخطير هو المال العظيم ، وفي الإقرار إذا قال لفلان عليّ مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق) ش : وفي «الفتاوى الصغرى» : التحليف بالطلاق والعناق لم يجوزه أكثر أصحابنا ، وأجازه البعض ، وبه أفتى الإمام أبو علي بن الفضل بسمرقند .

ويفتي : أنه لا يجوز وإن مست الضرورة يجوز ، فإذا بلغ المستفتي في الفتوى يفتي : أن الرأي إلى القاضي اتباعاً لهؤلاء السلف ، وفي «خلاصة الفتاوى» : فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه ، وفي «الأصل» : لا يحلف بالطلاق ولا بالعناق ولا بالحج م : (لما روينا) ش : ، أراد به الحديث المذكور .

م : (وقيل : في زماننا إذا ألح الخصم) ش : بأن كان لحوحاً متفتناً لا يبالي باليمين بالله فحيثئذ م : (ساع للقاضي أن يحلف) ش : من التحليف م : (بذلك) ش : أي بالطلاق وبالعناق .

م : (لقلّة المبالاة باليمين بالله تعالى ، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) ش : وفي «الفصول» للأستروشنى : لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي ، وفي «المبسوط» : لأن الاستحلاف يغني عن الخصومة ، ولا خصم ولا شاهد ، وفي «الفصول» : ولو قال المنكر الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني) ش : أي يحلف النصراني م : (بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله ﷺ) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (لابن صوريا الأعور : انشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى ﷺ : إن حكم الزنا في كتابكم هذا) ش : هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود عن عبد

ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى، والنصراني بنبوة عيسى عليه السلام. فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد -رحمه الله - في الأصل.

الله بن مرة ، عن البراء بن عازب -رضي الله تعالى عنه - قال : مر على النبي ﷺ يهودي محمم ، فدعاهم ، فقال : «هكذا تمجدون حد الزنا في كتابكم؟» فقالوا : نعم ، فدعا رجلاً فقال له : «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام : هكذا تمجدون حد الزنا في كتابكم ؟» فقال : اللهم لا ، فلولا أنك نشدتني بهذا لم أحدثك بحد الزنا في كتابنا الرجم ، ولكنه كثير في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإن أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا : تعالى ، فيمتنع على شيء الشريف والضعيف فاجتمعنا على التحميم والرجم ، وتركنا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ :

« اللهم إني أول من أمضى أمرك أفاماتوه ، فأمر به فرجم ». قاله الشارح ، وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا ، وكان أعلم من بقي منهم بالتوراة ، وقد صرح باسمه في «سنن أبي داود» .
وعن سعد بن قتادة ، عن عكرمة -رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال له : يعني لابن صوريا . . . الحديث ، وهذا مرسل .

وقال الأترازي -رحمه الله- : روي في «السنن» مسنداً إلى البراء بن عازب ، ثم ذكر الحديث ، وليس كذلك ، بل الحديث في «صحيح مسلم» كما ذكرناه ، وإذا أراد «بالسنن» سنن أبي داود فليس بصحيح ، لأنه في «سنن أبي داود» معلقاً ، إن أراد غيره فما روي إلا عن جابر -رضي الله عنه- ، وأبي هريرة -رضي الله عنه- .

وصوريا بضم الصاد المهملة ، وكسر الراء بالقصر ، وهو اسم أعجمي ، وهو ولد عبد الله كما ذكرنا ، قوله أنشدك من نشد ينشد ، من باب نصر ، وفي «المغرب» : نشد الضالة طلبها ، ومنه قولهم في الاستعطاف : نشدك وناشدتك الله وبالله ، أي سألتك بالله وطلبت إليك بحقه .

م : (ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى، والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام) ش : أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام م : (فيغلظ على كل واحد منهما) ش : أي من اليهود والنصارى م : (بذكر المنزل) ش : بفتح الزاء م : (على نبيه ، ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار) ش : لأنه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة ، فيحصل المقصود .

م : (وهكذا ذكر محمد في الأصل) ش : أي في «المبسوط» ، وكأنه وقع عند محمد -رحمه الله - : أن المجوس من يعظمون النار تعظيم العباد ، فالمقصود من اليمين ، وهي المنكول ، قال : يذكر في اليمين ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، وهو اختيار بعض مشايخنا -رحمهم

ويروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - في النوادر لأنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً ، وذكر الخصاص -رحمه الله-: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله ، تعالى وهو إخبار بعض مشايخنا -رحمهم الله -؛ لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين ، لأن كتب الله معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ (لقمان الآية ٢٥) ،

الله -

م: (ويروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - في « النوادر» : لأنه) ش: أي أن القاضي م: (لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً) ش: يعني لما يذكر غير اسم الله تعالى وصفاته ، لا في حق المسلمين ولا في حق الكفار .

م: (وذكر الخصاص -رحمه الله-: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله إتعالى ، وهو إخبار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها) ش: أي تعظيم النار ، م: (وما ينبغي أن تعظم) ش: أي النار م: (بخلاف الكتابين) ش: يعني التوراة والإنجيل .

م: (لأن كتب الله تعالى معظمة) ش: لأن الكتب الأربعة كلام الله عز وجل ، وتعظيمها واجب

م: (والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله﴾ (لقمان : ٢٥)

فإن قلت : لو كانوا يعتقدون بالله تعالى لم يعبدوا الأوثان والأصنام ؟ ، قلت : إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم ، ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى زلفى﴾ (الزمر : ٣) .

فإذا ثبت أنهم يعتقدون بالله تعالى يمتنعون عن الإقدام على اليمين الكاذبة بالله عز وجل ، فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول .

وفي «شرح الأقطع» : وأما الصابئة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام ، استحلفوا بالله الذي أنزل الصحف على إدريس عليه السلام ، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب ،

م: (والوثني) ش: نسبته إلى عبادة الوثن وهو ما له خبة من خشب أو حجر ، أو فضة ، أو جوهر ينحت ، والجمع أوثان ، وكانت العرب تنصبها وتعبدها ، والصبئة جنس من الكفار ،

قال: ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها ، بل هو ممنوع عن ذلك . قال : ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان

قاله الجوهري ، من صبا إذا خرج من دين إلى دين آخر .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم ؛ لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك) ش: أي عند الحضور في بيوت عبادتهم ، لأن في تعظيم ذلك المكان ، ففي أي مكان حلفهم جاز ، وفي «الأجناس» قال في المأخوذ للحسن :

وإن سئل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيته ، أو كنيته فيحلف هناك فلا بأس أن يحلفه إذا اتهمه ، وعند أبي خطاب الحنبلي -رحمه الله- : إن كان لهم مواضع يعظمونها ، ويتوفون أن يحلفوا كذباً حلفوا فيها ، وبه قال مالك -رحمه الله- في رواية .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) ش: أما التغليظ بالزمان ففي يوم الجمعة بعد العصر ، أما التغليظ بالمكان فبين الركن والمقام إن كان بمكة وعند قبر النبي ﷺ إذا كان بالمدينة ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس ، وفي سائر الجوامع في سائر البلاد .

ويقولنا قال أحمد -رحمه الله- ، وقال الشافعي -رحمه الله- : فيما يستحب التغليظ بمكان وزمان ، وفي قول : يجب التغليظ بهما ،

وبه قال مالك -رحمه الله- في دعوى دم ، ونكاح ، طلاق ورجعه وإيلاء ، ولعان وعتق ، وحد ووكالة ، وولاء ، وجناية ، وكل ما ليس بمال والمقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، ومال كثر ، وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالاً ، ومن الفضة مائتا درهم ، وفيما دون ذلك لا يغلظ في كل قليل وكثير ، ومن به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان ، وكذا الحائض ، والمخدرة على وجه لا يجب عليهما حضور مجلس القاضي .

ويحلف الحائض والمخدرة على باب الجامع ، وفي كتاب «التفريع» للمالكية : ويحلف الناس في المساجد ، ولا يحلف عند منبر من المنابر ، إلا عند منبر النبي ﷺ ، ولا يحلف عنده إلا على ربع دينار فصاعداً ،

ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد ، وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد لئلا إن كانت ممن لا تخرج نهراً .

وفي «المستوعب» للحنبلة : والتغليظ بالزمان بعد صلاة العصر ، أو بين الأذان والإقامة ، ولا تغلظ اليمين إلا فيما له حطم ، مثل الجنائيات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال

لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك خرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ، قال : ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فحجده استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعث لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ، ولا يحلف بالله ما غصبت ، لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما قائم في الحال ، لأنه قد يطرأ عليه الخلع

الذي تجب فيه الزكاة وقيل فيما تقطع فيه يد السارق ، م : (لأن المقصود) ش : يعني من اليمين م : (تعظيم المقسم به) ش : أي تعظيم المقسم به .

م : (وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك) ش : أي بدون تعيين الزمان والمكان م : (حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) ش : أي حضور بقعة معينة من المكان ، أو ساعة معينة من الزمان م : (وهو) ش : أي الخروج م : (مدفوع) ش : شرعاً ،

فإن قلت : استدلل الخصم بما روى جابر -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف عند منبري هذا يمين كاذبة تبوأ مقعداً من النار » وبما روي أن عبد الرحمن ابن عوف -رضي الله عنه- رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت ، فقال : علي دم ؟ ، فقالوا : لا ، قال : أفعظيم من المال ؟ ، قالوا : لا ، قال : خشية أن يتهاون الناس بهذا البيت .

الجواب : أن هذا الحديث ليس حديثاً صحيحاً ، وهذا ينافي إطلاق قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ، والتخصيص بالزمان والمكان زيادة عليه بأخبار غريبة لا يعلم صحتها فلا يجوز .

م : (قال) ش : أي القدوري -رحمه الله- م : (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فحجده) ش : أي أنكره م : (استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعث لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) ش :

لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة ، أو إلى تسليم العبد إلى مالكة بالإقالة وكل ذلك ضرر ، هذا هو اليمين على الحاصل على ما يأتي إن شاء الله تعالى أي وفي دعوى الغصب إذا أنكر .

م : (ويستحلف وفي الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح) ش : على امرأته أنه تزوجها فأنكرت هي أو بالعكس م : (بالله) ش : أي يحلف بالله م : (ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه) ش : أي على النكاح م : (الخلع) ش : بأن خالعتها بعد النكاح .

وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ، ولا يستحلف بالله ما طلقها ، لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه ؛ لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . على قول أبي يوسف - رحمه الله - يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض للمدعي عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ،

م: (وفي دعوى الطلاق) ش: أي يحلفه في دعوى الطلاق بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر م: (بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت)

ش: وفي بعض النسخ كما ذكرت م: (ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل) ش:، أي على ثبوت الحكم في الحال م: (في هذه الوجوه) ش: أي الوجوه المذكورة ، وهي دعوى إبتياح العبد والغصب والنكاح والطلاق م: (لأنه) ش: أي لأن المدعي يتوجه اليمين في هذه الصور م: (لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا) ش:

أي الحلف على الحاصل في الوجوه المذكورة م: (قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -: أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - يحلف في جميع ذلك على السبب) ش: ، لأن اليمين يستوفي حق المدعي فوجب أن تكون مطابقة لدعواه والمدعى يدعي السبب ، والضابط في الحلف على الحاصل وعلى السبب أن السبب إما هو كان ما يرتفع برافع أولاً ، فإن كان الثاني والمتحلف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول بأن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر ويحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - على السبب عند أبي يوسف - رحمه الله - .

م: (إلا إذا عرض للمعدي عليه) ش: أي المدعى عليه م: (بما ذكرنا) ش: يعني من قوله «بل يبتاع العين» ، ثم يقال فيه وفي الغصب : قد يصح بالهبة وفي النكاح ، وقد يطوى عليه الخلع ، وفي الطلاق قد يتجددا بعد الإبانة .

ومراد من التعريض هذه الأشياء بأن يقول المدعى عليه : أيها القاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه : وكذلك بقية الصور ، م: (فحينئذ يحلف) ش: أي يحلف القاضي م: (على الحاصل) ش: وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : خلاف التصريح ، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمنين الكلام دلالة ليس فيه ذكر كقولك ، ما أقبح البخل ، تعرض بأنه بخيل ، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، كثير رماد القدر ، يعني طويل القامة ومضيف .

ثم قال : ويريد به ها هنا المدعى عليه عند عرض اليمين عليه على السبب يعرض بشيء يعرفه القاضي ، فيحلفه على الحاصل كما إذا ادعى رجل أنه اشترى من هذا هذه الصيغة التي

وقيل: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف علي
الحاصل، فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في
جانب المدعي، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العدة
والزوج ممن لا يراها، أو ادعى شفعة بالجواري والمشتري لا يراها؛ لأنه لو حلف على الحاصل
يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان

حدها كذا وأنكر المدعي عليه وأراد استخلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما بيع قائم
الساعة.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يحلف على السبب بالله ما بعث هذه الصيغة بهذا الثمن
الذي يدعى، إلا أن يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول: بيع الرجل بالشيء، ثم يرجع إليه بإقالة
أو بوجه من الوجوه، ولا يمكنني أن أقر بالبيع ثم ادعى الفتح فحينئذ يحلف على الحاصل.

م: (وقيل:) ش: قائله شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - م: (ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن
أنكر السبب يحلف عليه) ش: أي على السبب م: (وإن أنكر الحكم) ش:، بأن قال: ليس له علي هذا
المال، فإن قال: ما غصبت ولا استقرضت الذي يدعى ولا شيئاً فيه م: (يحلف على الحاصل) ش:
وقال في «الذخيرة»: هو الأحسن، وعليه عمل أكثر القضاة.

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - : يفوض إلى رأي القاضي، ويقول الحلواني - رحمه
الله - : قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في وجه: وفي وجه كقول أبي يوسف
- رحمه الله -، م: (فالحاصل) ش: أي التحليف على الحاصل

م: (هو الأصل عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وهو أن يقول بالله
ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه م: (إذا كان سبباً يرتفع برافع) ش: كالبيع، يقال فيه: والغصب
يفسخ بالهبة والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة.

م: (إلا إذا كان فيه) ش: أي في التحليف على الحاصل م: (ترك النظر في جانب المدعي، فحينئذ
يحلف على السبب بالإجماع) ش:، وأوضح ذلك بقوله م: (وذلك) ش: أي ترك النظر م: (مثل أن
تدعي مبتوتة) ش: أي امرأة مبانة تدعى على زوجها م: (نفقة) ش: أي نفقة العدة م: (والزوج ممن لا
يراه) ش: أي من لا يرى نفقة المثبوتة بأن كان شافعي المذهب فإنه لا يحلف على الحاصل لأن
الزوج يكون صادقاً في اعتقاده، لأنه لا نفقة لها، فلا يمنع عن اليمين، ويكون فيه ترك النظر بل
يحلف على السبب لثلا يكون ترك النظر م: (أو ادعى شفعه بالجوار والمشتري لا يراها) ش: إن كان
شافعياً م: (لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعى وإن كان

سبباً لا يرتفع برافع ، فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ، بخلاف الأمة والعبد الكافر ، لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه نقض العهد واللحاق ، ولا يكرر على العبد المسلم . قال : ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه . لأنه لا علم له بما صنع المورث ، فلا يحلف على البتات ،

سبباً لا يرتفع برافع ، فالتحليف على السبب بالإجماع) ش : كذلك يحلف على السبب بأن قيل في التحليف على السبب : ضرر بالمنكر أيضاً بجواز أنه اشترى ولا شفعة بأن سلم أو سكت عن المطلب ؟ ، قلنا : القاضي لا يجد بدأ من إلحاق الضرر بأحدهما ، فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق هو الشراء وإذا ثبت له الحق ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة .

وإن كان ثم أوضح ذلك بقوله : م : (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه) ش : ، فإنه يحلف بقوله : والله ما أعتقت ، لأن السبب لا ينكر هنا .

م : (بخلاف الأمة) ش : إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فإنه لا يحلف بالله ما أعتقها ، لأنه لا يجوز أن يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ، ثم سببت ولكن يحلف بالله ما أعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا م : (والعبد الكافر) ش : أي وبخلاف العبد الكافر فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه ، لأنه تكرر العتق يحلف فيه بأن نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي ، ويحلف بالله ما أعتقه في الرق القائم في الحال في ملكه .

م : (لأنه) ش : أي لأن الشأن أنه م : (يكرر الرق عليها) ش : أي على الأمة م : (بالردة واللحاق) ش : بدار الحرب كما قلنا م : (وعليه ينقض العهد واللحاق) ش : أي يتكرر الرق على العبد ينقص عن كونه ذهب ولحق بدار الحرب ، م : (ولا يكرر) ش : أي الرق م : (على العبد المسلم) ش : لأنه بعد الحرية لا يستحق رقبة .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه) ش : هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو الثبات ، وصورة المسألة في الجامع لمحمد - رحمه الله - : عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في الرجل يرث العبد ، فيجيء رجل فيزعم أنه له ، ولا بينة له على أي شيء يستحلف ، قال : على علمه م : (لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات)

ش : وقال شريح وابن أبي ليلى : يحلف على الثبات ، وبقولنا قال إبراهيم النخعي والحسن والشعبي - رحمهم الله - ، والحلف بالعلم أن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي ، والحلف بالثبات أي بالقطع على عدم الاستحقاق .

وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضماً وكذا الهبة . قال : ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان - رضي الله تعالى عنه -

والأصل في ذلك أن من ادعى عليه فعل من جهة أو ادعى عليه حتى في شيء استفاده بفعله فإن اليمين إذا وجهت في ذلك كانت على البتات ، وكل من ادعى عليه فعل غيره أو حق في شيء ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم ، وكلاهما مشروع .

وقال الحلواني : هذا أصل مستقيم أي التحليف على فعل الغير في المسائل ، إلا في الرديء بالعيب ، فإن المشتري ادعى أن العبد سارق أو أبق ، وأثبت إباقتة وسرقته في يد نفسه ، أو ادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات مع أنهما فعل الغير ، لما أن البائع ضمن بتسليم المبيع تسليماً عن العيب ، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات .

وقيل : التحليف على فعل الغير ، إنما يكون على العلم إذا قال الخالف : لا علم لي بذلك ، أما لو قال : لي علم بذلك يحلف على البتات ، ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات ، وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن ، ووجد الموكل فاقول قول الوكيل مع يمينه ، ويحلف على البتات وهذا تحليف على فعل الغير .

ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك بأن قال : قبض الوكيل الثمن ، فكان علم بذلك فيحلف على البتات ، كذا في « الفصول » .

وأجيب عليه : بأن هذا تحليف على فعل نفسه ، وهو التسليم والرد من حيث المعنى .

م : (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) ش : وهذا من قيمة مسألة « الجامع » أي وإن وهب لرجل عبداً وقبضه أو اشتري به وجاء يزعم أنه له فإنه يستحلف البينة م : (لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وضماً وكذلك الهبة) .

ش : فإن قيل : الإرث كذلك ؟ ، أجيب بأن معنى قوله : « سبب لثبوت الملك » سبب اختياري فباشره بنفسه فيعلم ما صنع .

م : (قال) ش : أي قال محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منه) ش : أي من يمينه م : (على عشرة دراهم فهو جائز وهو) ش : أي افتدى اليمين م : (مأثور عن عثمان - رضي الله تعالى عنه -) ش : قال الأترابي - رحمه الله - : روى أصحابنا في « شرح الجامع الصغير » عن عثمان - رضي الله عنه - أنه دفع المال ولم يحلف .

وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً ، لأنه أسقط حقه .

قلت : قال البيهقي في كتاب «المعفة» في كتاب «أدب القاضي» : قال الشافعي-رحمه الله- : بلغني أن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- ردت عليه اليمين فافتداها بمال ثم قال : أخاف أن يوافق قدرتي فيقال : هذا يمينه .

وفي كتاب «المخرج» لأبي الوليد -رحمه الله- بإسناد صحيح عن الشعبي وفيه إرسال : أن رجلاً استقرض من عثمان بن عفان -رضي الله عنه- سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال له : إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر -رضي الله عنه- ، فقال : تحلف أنها سبعة آلاف ، عمر -رضي الله عنه- : [. . .] فأبى عثمان رضي الله عنه أن يحلف ، فقال له عمر : خذ ما أعطاك .

وقال الكاكي -رحمه الله- : اختلفت روايات الكتب أن عثمان -رضي الله عنه- كان مدعى عليه من ذلك المال ، ادعيا في «الفوائد الظهيرية» كان مدعى عليه فافتدى يمينه فقال ، أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال : هذا بسبب يمينه .

وفي «المبسوط» : ذكر أنه كان مدعياً ، فادعى مالاً للمقداد ، قلت : الأول هو الصحيح م: (وليس له) ش: أي للمدعي م: (أن يستحلفه) ش: أي المدعى عليه م: (على تلك اليمين أبداً لأنه أسقط حقه) ش: أي بالصلح والافتداء .

باب التحالف

قال : وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه ، أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه وأقام أحدهما البينة قضى له بها ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ، والبينة أقوى منها ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البيئات للإثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن ، وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات ، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة ، قيل للمشتري : إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع : إما إن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان به ،

م : (باب التحالف)

ش : أي هذا باب في بيان التحالف بين الاثنتين ، ولما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان اليمين بين الاثنتين ، والاثنان بعد الواحد في الوجود .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع) ش : بأن قال : كر من الخطئة .

م : (وادعى المشتري أكثر منه) ش : بأن قال : كران م : (وأقام أحدهما البينة قضى له بها) ش : أي بالبينة ، م : (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ، والبينة أقوى منها) ش : لأنها توجب الحكم على القاضي والدعوى لا توجهه م : (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البيئات للإثبات ولا تعارض في الزيادة) ش : لأن البينة المثبتة للأول للأقل لا تتعرض للزيادة ، فكانت بالبينة المثبتة للزيادة سألت عن المعارض .

م : (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن ، وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات) ش : بأن قال البائع : بعثك هذه الجارية واحدها بمائة دينار ، وقال المشتري : بعني مع هذا الوصف بخمسين ديناراً وأقام البينة .

وقيل : هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - آخرأ ، وكان يقول أولاً وهو قول زفر - رحمه الله - : يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين م : (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري : إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع : إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به) ش : من المشتري وإلا فسخنا المبيع جميعاً للمشتري بمائة دينار ، فإذا علم

فإن لم يتراضيا استحلّف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن ، والمشتري ينكره ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر فيحلف ، فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً ؛ لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » ، قال : ويتدّى بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف -رحمهما الله- آخرًا وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهو الصحيح ؛

به ، أي بالفسخ بمتراضيان ، أي ما ادعي كل واحد منهما .

م : (فإن لم يتراضيا استحلّف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض) ش: أي قبل قبض المشتري السلعة م: (على وفاق القياس؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن المشتري ينكره ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر) ش: لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذا جهة فيه ، أي قطع المنازعة لأنهما ربما تراضيا فانفسخ ، واليمين على من أنكر بالحديث المشهور م: (فيحلف) ش: أي فأما تحالف البائع والمشتري م: (فأما بعد القبض فمخالف للقياس ، لأن المشتري لا يدعي شيئاً ؛ لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها ، فيكتفي بحلفه ، لكننا عرفناه بالنص وهو) ش: أي قول النبي ﷺ .

م : (قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) ش: (١) بهذا الحديث روي عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- من طرق ، وقال المنذري -رحمه الله- : روى هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود -رحمه الله- ، وكلها لا تثبت وقد وقع في بعضها : «إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه» .

وفي لفظ : «السلعة قائمة» وهو لا يصح ، فإنه من رواية ابن أبي ليلى -رحمه الله- ، وفي بعض طرقه انقطاع ، وفيه عبد الرحمن بن قيس -رحمه الله- وهو مجهول الحال ، وفي بعض الطرق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وهو لم يسمع من أبيه ، وقيل : إنه من قول بعض الرواة ، والعجب من بعض «شراح الهداية» أنه يقول : هذا الحديث صحيح مشهور .

م : (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (ويتدّى) ش: أي القاضي م: (يمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله آخرًا وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو الصحيح)

(١) رواه أبو داود . باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم [٣٥١١] والنسائي [٤٣٣٣] والترمذي [١٢٩٣] وابن ماجه [٢١٨٦] والحاكم [٤٥/٢] والحديث له طرق لا تخلو من ضعف ولكن بعضدها بعضها بعضًا .

لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن ، ولأنه يتعجل فائدة النكول . وهو إلزام الثمن ، ولو بدأ يمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولاً يبدأ يمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع «

ش: احترز به عن قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول ، ورواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يبدأ يمين البائع .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وصححه ، قال زفر والشافعي - رحمه الله - وقال الأترابي : عن زفر يبدأ يمين البائع ، كذا في «التقريب» ، وقال أصحاب الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال ، إحداها : يبدأ يمين البائع ، والثاني : يبدأ يمين المشتري ، والثالث : الحكم بالخيار ، ومنهم من قال : يبدأ يمين البائع بكل حال ، كذا في «شرح الأقطع» .

وقال القدوري في «شرح كتاب الاستحلاف» : وهو أن المشتري إن كان ابتداءً بالخصومة وادعى على البائع ابتداءً الخصومة وادعى على المشتري ابتداءً يمين المشتري ، م : (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن) ش: فيكون بادئاً بالإنكار ، والبادئ أظلم ، م : (أو لأنه يتعجل فائدة النكول) ش: ، واليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفي في النكول .

م : (وهو) ش: أي التعجيل بفائدة النكول م : (إلزام الثمن) ش: والبائع يتأخر فائدة ، لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن ، وهو معنى قوله : م : (ولو بدأ) ش: أي القاضي .

م : (يمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن) ش: لأنه يقال : أمسك المبيع حتى يستوفي الثمن ، فكل تقديم ما تعجل فائدته بالنكول أولاً م : (وكان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولاً : يبدأ يمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ .

م : («إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع») ش: هذا الحديث رواه أبو داود عن الأعمش عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد عن أبيه عن جده أن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - باع إلى أشعب بن قيس رقيقاً من رقيق الخمس بعشرين ألف درهم ، فأرسل عبد الله إليه ثمنهم ، فقال : إنما أخذتم بعشرة آلاف ؛ فقال عبد الله : إن شئت حدثتك بحديث سمعته من رسول الله ﷺ يقول «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركا» .

ورواه الحاكم في «المستدرک» وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال ابن القطان : وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود - رضي الله عنه - ومع الانقطاع فإن عبد الرحمن بن الأشعث مجهول .

= انظر صحيح أبي داود للعلامة الألباني (٢ / ٦٧٠) .

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن، بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما، وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين وقال في «الزيادات»: يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي؛ لأن الأيمان على ذلك وضعت، دل عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً»،

وأخرجه الترمذي - رضي الله عنه - عن عون بن عبد الله بن عتبة، عن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، والمبتاع يختار» وقال: حديث مرسل، فإن عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود وجه الاستدلال: أنه عليه السلام م: (خصه بالذكر) ش: أي خص البائع بالمذكور حيث جعل القول قول البائع م: (وأقل فائدته التقديم) ش: أي أقل أقوال هذا التخصيص أن يقيد التقديم.

وأجاب الأقطع بأنه إنما خص البائع بالذكر لأن بينة المشتري معلومة لا يشكل، لقوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، وقد مضى فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه، وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه.

م: (وإن كان بيع عين بعين) ش: وهو المقايضة م: (أو ثمناً بثمن) ش: وهو الصرف م: (بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما) ش: أي في فائدة النكول، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في كل البيوع فوجهه، وإنما ذكر المصنف - رحمه الله - هذا تفرغاً على مسألة القدوري.

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع».

م: (وصفة اليمين: أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، قال في «الزيادات»: يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً) ش: بيانه: أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون بارأ في يمينه، فلقد اشتراه بألف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة، وكذا البائع، لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف ويكون صادقاً لجواز أنه باعه بألف درهم فيبطل حق المشتري م: (والأصح الاقتصار على النفي؛ لأن الأيمان على ذلك وضعت) ش: أي على النفي، والبيئات وضعت على الإثبات.

م: (دل عليه) ش: أي أنه وضعت على النفي م: (حديث القسامة: «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً») ش: وسيأتي حديث القسامة في باب إن شاء الله تعالى.

قال: فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف . لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت البديل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل بازلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوتها، قال: وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما ، لأن هذا

م: (قال) ش: أي القدوري م: (فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) ش: هذا كلام القدوري وقال المصنف - رحمه الله - م: (وهذا يدل على أنه) ش: أي أن المبيع م: (لا يفسخ بنفس التحالف) ش: ما لم يفسخ القاضي ، وبه صرح في كتاب «الاستحلاف» لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ، ولم يفسخ بالتحالف .

وقال الإمام الأسبجيابي في «شرح الطحاوي» : فإن حلف ، القياس أن يلتزم البيع للمشتري بما قال ، وفي الاستحسان يترادان ولا يفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما ، حتى أن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك ، وقال بعضهم : بنفس التحالف يفسخ ، والأول أصح انتهى .

وقال الإمام الناصحي - رحمه الله - في «تهذيب أدب القاضي» : وإن حلفا لا ينقض القاضي المبيع بينهما حتى يطلب ذلك أو يطلب أحدهما ، لأن الفسخ حق لهما ؛ بدليل قوله عليه السلام أنه قال : «تحالفا وترادا» .

م: (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة) ش: بينهما م: (أو يقال: إذا لم يثبت البديل) ش: للتعارض م: (يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد) ش: ، والاختلاف في البديل يوجب الاختلاف في العقد لأن كل واحد منهما ادعى عقداً غير الذي ادعاه الآخر فكان البيع مجهولاً لجهالة البديل .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) ش: وقال المصنف - رحمه الله - م: (لأنه جعل بازلاً) ش: فيصح البديل في الأعراس م: (فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوتها) ش: لعدم المعارض .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وإن اختلفا في الأجل) ش: أي في أصله أو قدره م: (أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن) ش: ، وكذا لو اختلفا كل الثمن م: (فلا تحالف بينهما) ش: عندنا ، وبه قال أحمد ، وقال زفر والشافعي ومالك - رحمهم الله - : تحالفا ، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع ، م: (لأن هذا) ش: أي الاختلاف في الأصل أو

اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال: فإن هلك

شرط الخيار استيفاء بعض الثمن م: (اختلافاً في غير المعقود عليه) ش: وهو البيع م: (والمعقود به) ش: وهو الثمن م: (فأشبه الاختلاف في الحط) ش: أي في الحط من الثمن م: (والإبراء) ش: أي من الثمن وفيها لا يجب التحالف فكذا .

م: (وهذا) ش: إشارة إلى قوله: واختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، م: (لأن بانعدامه) ش: أي بانعدام الأجل م: (لا يختل ما به قوام العقد) ش: ، لأن الأجل وشرط الخيار أمر زائد في العقد، لأن العقد يصح بدونهما، ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل .

ولو اختلفا في الأجل فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف إلى شهر والآخر بالبيع بألف يقبل ويقضى بالبيع بألف حالة ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام والآخر شهد أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة ، م: (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) ش: أي في جودته وردائه م: (أو جنسه) ش: وهو كون الثمن دراهم أو دنانير، م: (حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر) ش: أي في قدر الثمن م: (في جريان التحالف) ش: أي في وجوبه، م: (لأن ذلك) ش: أي الاختلاف في الوصف والجنس م: (يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف) ش: بأنه جيد أو رديء أو وسط .

م: (ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف) ش: بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، وأوضح ذلك بقوله م: (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) ش: أي بعد مضي الأجل فلا يسقط بسقوط الأجل .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) ش: لأنهما إذا لم يتحالفا يكون القول قول المنكر، لأن ذلك أمر عارض والقول قول المنكر في العوارض، وهو معنى قوله م: (لأنهما) ش: أي لأن الأجل والخيار م: (يثبتان بعارض الشرط) ش: يعني بشرط عارض على أصل العقد، م: (والقول لمنكر العوارض) ش: وهذا ظاهر الرواية .

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن القول قول من يدعي الخيار، كذا في التحليف لأنه ينكر له عن ملكه أو وجوب الثمن عليه، م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (فإن هلك

المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- والقول قول المشتري وقال محمد -رحمه الله-: يتحالفاً وينسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي -رحمه الله- وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالمعيب لهما: أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفاً كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة .

المبيع (ش: بعد قبض المشتري م: (ثم اختلفا) ش: يعني في مقدار الثمن م: (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- والقول قول المشتري) ش: مع يمينه ، وبه قال مالك -رحمه الله - في رواية وأحمد -رحمه الله- في رواية .

م: (وقال محمد -رحمه الله-: يتحالفاً وينسخ البيع على قيمة الهالك) ش: يعني بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة ، م: (وهو قول الشافعي -رحمه الله-) ش: في رواية ، وقول مالك -رحمه الله- في رواية وقول أحمد -رحمه الله- في رواية .

ومالك أربع روايات : إذا اختلفا في مقدار الثمن اثنان ما ذكرنا ، والثالثة : يتحالفاً قبل قبض المشتري السلعة ، والرابعة : يتحالفاً بعد القبض ما لم يبرهن .

م: (وعلى هذا) ش: أي وعلى هذا الخلاف م: (إذا خرج المبيع عن ملكه) ش: أي عن ملك المشتري بالمبيع أو بالهبة م: (أو صار) ش: أي المبيع م: (بحال لا يقدر) ش: أي المشتري م: (على رده بالمعيب) ش: أي بحدوث المعيب فيه في يده م: (لهما) ش: أي لمحمد والشافعي -رحمهما الله - م: (أن كل واحد منهما) ش: أي من المتعاقدين م: (يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) ش: لأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه ، فإن البائع يدعي عقداً ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً ينكره البائع .

م: (وأنه) ش: أي وأن التحالف م: (يفيد دفع زيادة الثمن) ش: عن المشتري لو نكل البائع فلا يدفع المشتري زيادة على ما اعترف به المشتراة حيثئذ ، فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا : لم يحصل فيكون مفيداً ، وقال الكاكي -رحمه الله- : هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال : ما فائدة التحليف عندك؟ ، فإن فائدته التراد وامتنع التراد بالهلاك .

فقال : بل فيه فائدة ، وقع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري ، فإن قيل : هذا يحصل بتحليف المشتراة حيثئذ ، فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا : لم يحصل المشتري ، فإن المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع ، فإذا كان كذلك م: (فيتحالفاً كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة) ش: ، بأن ادعى أحدهما الدنانير والآخر الدراهم بعد هلاك المبيع يتحالفاً ويلزم المشتري رد القيمة .

ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- : أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه، وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه، ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجه العقد

م: (ولأبي يوسف وأبي حنيفة -رحمهما الله- : أن التحالف بعد القبض) ش: أي بعد قبض السلعة م: (على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه) ش: ، ولا يدعي على البائع شيئاً ينكره ، لأن المبيع مملوك له سلم إليه باتفاقهما م: (وقد ورد الشرع به) ش: أي بالتحالف م: (في حال قيام السلعة) ش: فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة ، لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها ، لأن عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما ، فإنه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه ، وبعد الهلاك لم يحصل ذلك إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف .

م: (والتحالف فيه) ش: أي في حال قيام السلعة م: (يفضي إلى الفسخ) ش: ، وهذا جواب عما يقال : إن لم يتعد إلى غيره يلحق به بالدلالة ، فأجاب بقوله والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما؟ كما ذكرنا الآن م: (ولا كذلك بعد هلاكها) ش: أي بعد هلاك السلعة م: (لارتفاع العقد) ش: بالهلاك م: (فلم يكن في معناه) ش: فبطل الإلحاق بالدلالة ، م: (ولأنه لا يبالي) ش: ، هذا جواب عن قولهما : إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعي صاحبه وهو قول بموجب العلة ، أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأنه لا يبالي م: (بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود) ش: وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه ، وليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين .

قال الأكمل -رحمه الله- : ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة فإن في كل منهما المقصود ، وحاصل التحالف موجود لاختلاف السبب .

وأجيب عن الأول ثبوته بالنص على خلاف القياس وعلى الثاني بأنه على الاختلاف ، والمذكور في بعض الكتب: قول محمد -رحمه الله- : م: (وإنما يراعى) ش: جواباً عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن تقديره المراعاة م: (من الفائدة) ش: التي تثبت م: (ما يوجه العقد) .

ش: والفائدة التي قال أليست من موجبات العقد؟ ، والمراد من موجبات العقد: ما لا يكون للعقد وجود بدونه ، والذي ذكرناه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد ، فلا يترك ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه وفيه نظر ؛ لأننا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجباته ، وهو ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر ؛

وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي «الجامع الصغير»: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك ،

لأننا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد ، والجواب : أنه يثبت بالنص على خلاف القياس .

م : (وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) ش : من تمة الجواب العقد لأن العقد لا يحتاج لأن فائدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البائع ، م : (وهذا) ش : أي الاختلاف م : (إذا كان الثمن ديناً) ش : ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والموصوفة الثابتة في الذمة ، م : (فإن كان عيناً) ش : فإن كان العقد مقايضة وهلك أحد المعوضين م : (يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ) ش : أي الرد م : (ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته) ش : أي أو يرد قيمته م : (إن لم يكن له مثل) ش : كالحيوان فيما إذا تبايعا حيواناً بحيوان .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإن هلك أحد العبدین) ش : يعني باع الرجل عبيدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما م : (ثم اختلفا في الثمن) ش : فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري : اشتريتهما منك بألف درهم م : (لم يتحالفا عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) ش : والهالك على نوعين : هلاك العبد والطعام إذا أكله والثوب إذا احترق وذلك مما يوجب الفوات ، وهلاك حكمي وهو أن يخرج من ملكه كله أو بعضه ، وخروج البعض من ملكه كخروج الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وعند محمد - رحمه الله - خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض ، فإذا تحالفا أن خروج الكل من ملكه فعلى المشتري رد القيمة ، ومثله إن كان مثلنا وإن خرج البعض فإن كان المبيع مما في تبغيضه ضرر ، ويكون التبغيض عينياً فالبيع بالخيار بعد التحالف إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك ، وإن شاء رد الثاني وأخذ قيمته ، وإن لم يكن في تبغيضه ضرر ، وليس التبغيض بعيب فللبائع أن يأخذ الباقي وقيل الغائب ، وإن عاد إلى ملكه ثم اختلفا ينظر إن كان العود فيتخالفان ويستردان العين ، وإن عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وقال : يتحالفان ويترادان القيمة دون العين .

م : (وفي «الجامع الصغير» : القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن يشاء البائع) ش : إلا أن يرضى البائع م : (أن يأخذ العبد الحي ، ولا شيء له من قيمة الهالك) ش : أي من

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي ، والقول قول المشتري في قيمة الهالك ، وقال محمد - رحمه الله - يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ، ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره . ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة ، وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

ثمن الميت .

م : (وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يتحالفان في الحي ، ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك ، وقال محمد - رحمه الله - يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده) ش : أي عند محمد - رحمه الله - ، م : (فهلاك البعض أولى) ش : والجواب أن هلاك البعض محمول إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك يحل في القسمة عليه فلا يجوز .

م : (ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن امتناع التحالف للهلاك) ش : أي لأجل هلاك أحد العبدین م : (فيتقدر بقدره) ش : أي فيقدر الامتناع بقدر الهلاك ، لأن الحكم لا يزيد على العلة ، والجواب عنه هو الجواب المذكور .

م : (ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن التحالف) ش : بعد القبض يثبت م : (على خلاف القياس في حال قيام السلعة) ش : ، لما عرف أن البائع غير منكر وإنما يثبت بالسنة وورد عند قيام السلعة م : (وهي اسم لجميع أجزائها) ش : يعني اسم لجميع أجزاء المبيع ، م : (فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) ش : لأن بفوات بعضها يفوت الشرط فذلك الحكم الذي تعلق به غير معقول م : (ولأنه) .

ش : قال الكاكي - رحمه الله - : هذا جواب عن قول أبي يوسف - رحمه الله - ، أي ولأن الشأن م : (لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ، فلا بد من القسمة على القيمة) ش : باعتبار القيمة م : (وهي) ش : أي القيمة م : (تعرف بالحزر والظن ، فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) ش : فإن قيل يشكل على أبي حنيفة - رحمه الله - ما لو أقام القصار بعض العمل ثم اختلفا في الأجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل ، واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض ، فينبغي أن يبقى التحالف عنده .

قلنا : عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة يتحد العقد بحسب ما يتم من العمل فإن تعذر

إلا أن يرضى أن يترك حصة الهالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم، ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان . وهذا تخريج بعض المشايخ -رحمهم الله- ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا. وقالوا: إن المراد من قوله في «الجامع الصغير»: يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً، وقال بعض المشايخ -رحمهم الله- يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة،

فسخه في البعض لا يتعذر الفسخ في الباقي، وأما عقد البيع في العبدین عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي .

م: (إلا أن يرضى) ش: أي البائع م: (أن يترك حصة الهالك أصلاً) ش: لأن الهالك كأن لم يكن وكان العقد يصير لم يكن إلا على القائم، م: (لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد) ش: فإذا كان كذلك الأمر م: (فيتحالفان) ش: كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة، وهذا إشارة إلى قوله لأنه حينئذ . . إلخ، وفيه إشارة أيضاً إلى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في «الجامع الصغير» في قوله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له، فالذي ذكره قول عامة المشايخ أشار إليه بقوله: م: (وهذا تخريج بعض المشايخ -رحمهم الله- ويصرف الاستثناء) ش: المذكور في «الجامع الصغير» م: (عندهم إلى التحالف) ش: بيانه أنهم قالوا: الاستثناء عندهم إلى التحالف: أي لا يتحالفان عند أبي حنيفة -رحمه الله- إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ شيئاً من ثمن الهالك أصلاً فيتحالفان، لأنه حينئذ صار المبيع كل الحي م: (كما ذكرنا) ش:، أشار به إلى قوله: لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويحتاج الهالك عن العقد ويتحالفان .

م: (وقالوا) ش: أي بعض المشايخ -رحمهم الله- م: (إن المراد من قوله) ش: أي من قول محمد -رحمه الله- م: (في الجامع الصغير) ش: في رواية عن يعقوب -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- إلى أن يشاء البائع م: (يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً) ش: . كما ذكرنا أنه حينئذ جاز المبيع كل الحي م: (وقال بعض المشايخ -رحمهم الله-) ش: وهم مشايخ بلخ -رحمهم الله- م: (يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة) ش: مع اليمين إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، فلا يضمه شيئاً مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشتري، وحينئذ لا يحلف المشتري لأن الاستحلاف إنما شرع في حق المشتري إذا كان ينكر ما يدعيه البائع في الزيادة، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة فلا حاجة إلى استحلاف المشتري .

وعلى قول هؤلاء لا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم، وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف - رحمه الله - . والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض .

م: (وعلى قول هؤلاء) ش: أي قول بعض المشايخ الذين ذكرهم م: (لا ينصرف الاستثناء) ش: وهو قوله : إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له م: (إلى يمين المشتري) ش: معناه أن البائع يأخذ الحي صلحاً على ما يدعيه من الزيادة قبل المشتري ، فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر ، وصار تقديره على قولهم إلا أن يأخذ البائع الحي ولا يأخذ شيئاً آخر فحيث لا يحلف المشتري م: (لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) .

ش: وقال شيخ الإسلام : هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان كذلك لكان معلقاً بمشيئتهما ، م: (ثم تفسير التحالف على قول محمد) ش: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما م: (ما بيناه في القائم) ش: أي في المبيع الباقي أراد به ما ذكره بقوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف إلخ .

م: (وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء) ش: يعني من الثمن م: (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) ش: أي ويرد قيمة الهالك والقول في قيمة المشتري ، لأن البائع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول له كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد ، م: (واختلفوا في تفسيره) ش: أي اختلف المشايخ في تفسير التحالف ، م: (على قول أبي يوسف - رحمه الله -) ش: : فيتحالفان في القائم دون الهالك .

قال بعضهم : يتحالفان على القائم ، لأن العقد يفسخ في حقه لا غير ، م: (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه) ش: أي البائع م: (دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته) ش: القائم م: (من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك) ش: من الثمن الذي أقر به المشتري ، ولا يلزمه قيمة الهالك ، م: (ويعتبر قيمتها) ش: أي قيمة الهالك وقيمة الباقي م: (في الانقسام يوم القبض) ش: ، فإن اتفقا أن قيمتها يوم القبض كانت على السواء لزم

وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البيئة تقبل بيئته، وإن أقامها فبيئة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ، وينقسم الثمن

المشتري نصف الثمن الذي أقر به وسقط نصفه ، وإن تصادقا أن قيمتها كانت على التفاوت يسقط في الثمن بقدر قيمة الهالك .

م: (وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) ش: فقال المشتري: كانت قيمته يوم القبض خمسمائة ، وقيمة القائم يوم القبض كانت ألفاً ، وقال البائع على عكس هذا م: (فالقول قول البائع) ش: لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن ، والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن ، فكان البائع متمسكاً بالأصل ، كذا في «جامع قاضي خان» ، فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد حتى قال محمد -رحمه الله - : قيمة الأم تعتبر يوم القيمة ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من بينهما صار مقصوداً بالعقد ، فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض .

وفي «الفوائد الظهيرية» فهذا إشكال هائل أورده على قوم تحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذي يخال لي بعد طول الجسم فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ ، فما صار مقصوداً بالعقد ، وفيما نحن فيه تحقيق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً لعقد وهو التحالف .

أما في الحي فظاهر ، وكذا في الميت ، لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد -رحمه الله - حتى قال : يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف ، ويجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض ، فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض ، م: (وأيهما أقام البيئة تقبل بيئته) ش: لأنه نور دعواه بالحجة .

م: (وإن أقامها فبيئة البائع أولى) ش: لأنه أكثر إثباتاً بالزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضميمته ، والاختلاف المقصود وهو ما كان في قيمة الهالك .

ثم ذكر المصنف -رحمه الله - ما هو على قياس القول : م: (وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل) ش: أي «المبسوط» وهو قوله : م: (اشترى عبدين وقبضهما) ش: ولم يرد الثمن م: (ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر ، عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن

على قيمتهما ، فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب بانفاقهما ، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ، والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة ، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه ، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة ، فلذا كان القول قوله ، وفي البيئات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ، والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ، وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف - رحمه الله - قال : ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن

على قيمتهما) ش : أي قيمة العبدین م : (فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب بانفاقهما ، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره ، والقول للمنكر وإن أقاما البينة ، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك) ش : والبيئات شرعته للإثبات ، فما كان أكثره إثباتاً كان أولى م : (وهذا) ش : أي اعتبار يمين البائع وبينته م : (لفقه) ش : أي المعنى ، وبين الفقه بقوله : وهو أن في الإیمان يعتبر الحقيقة إلخ .

كذا أقره الأترازي - رحمه الله - ، وقال الكاكي - رحمه الله - قوله : « وهذا الفقه » أي قول أبي يوسف - رحمه الله - في أن القول قول البائع والبينة بينته ، وقال الأكمّل - رحمه الله - : وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : « قوله وهذا الفقه » إلخ ، يعني أن في البيئات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر ، فإنه يدعي زيادة القيمة للهالك فتكون البينة بينته .

قلت : هذا هو المناسب لما ذكره المصنف - رحمه الله - بقوله م : (وهو) ش : أي الفقه م : (أن في الإیمان تعتبر الحقيقة) ش : أي حقيقة الحال م : (لأنها) ش : أي لأن البينة م : (تتوجه على أحد العاقدین وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها) ش : أي على حقيقة الحال م : (والبائع منكر حقيقة) ش : لأنه ينكر سقوط الزيادة م : (فلهذا كان القول قوله ، وفي البيئات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما) ش : أي في حق الشاهدين م : (والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر) ش : وهو قوله : لأنه أكثر إثباتاً ظاهراً ، م : (وهذا) ش : أي الذي ذكره بيوع الأصل بيعه م : (يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف - رحمه الله -) ش : من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة « الجامع الصغير » .

م : (قال :) ش : أي قال محمد في « الجامع الصغير » م : (ومن اشترى جارية) ش : بألف درهم م : (وقبضها) ش : أي قبض الجارية م : (ثم تقايلا) ش : أي المبيع حال قيام الجارية م : (ثم اختلفا في الثمن) ش : بأن قال المشتري : كان الثمن ألفاً فعليك أن ترد الألف ، وقال البائع : كان خمسمائة

فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص؛ لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين، وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافق على ما مر، ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري

فعلني رد الخمسمائة م: (فإنهما يتحالفان) ش:، لأن الإقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة حق الشرع م: (ويعود البيع الأول) ش: حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخا لأنها كالبيع لا يفسخ إلا بالفسخ ونحن ما أثبتنا .

هذا جواب عما يقال: النص لم يتناول الإقامة فما وجه جريان التحالف فيها؟ فأجاب بقوله م: (ونحن ما أثبتنا) ش: أي في التقايل م: (التحالف فيه بالنص لأنه) ش: أي لأن النص هو قوله عليه السلام: «إذا اختلف البيعان تحالفا وترادا» م: (ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) ش: بيع في حق غيرهما، فإذا كان كذلك ما أثبتناه بالنص، م: (ولمّا أثبتناه) ش: أي التحالف م: (بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض) ش: أي قبل قبض البائع المبيع بعد الإقالة، وصار التحالف معقولاً وهو معنى قوله م: (والقياس يوافق على ما مر) ش: أي في أول الباب م: (ولهذا) .

ش: توضيح لقوله: وإنما أثبتناه بالقياس م: (نقيس الإجارة على البيع قبل القبض) ش: يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة، م: (والوارث على العاقد) ش: يعني وارث البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن يجري التحالف بينهما، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري) ش: يعني إذا استهلك غير المشتري العين المباعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عندنا تبعاً لعين المشتري، لكون النص إذ ذاك معقول المعنى .

وقال الأترازي: قوله والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، وهذا في النسخة المقابلة بنسخة المصنف - رحمه الله - وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشتري، يعني بفتح الراء وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع .

وقال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري - رحمه الله - على «حاشية كتابه الصحيح»: استهلك المشتري بضم التاء على بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول أي نقيس قيمة المشتري المستهلك الذي استهلك في يد البائع .

قال: ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- خلافاً لمحمد -رحمه الله- لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً. قال: ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن، فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم، لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقص؛ لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع، إلا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما. قال: وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت: تزوجتني بالفين، فأيهما أقام البينة تقبل بيته لأنه نور دعواه بالحجة

وفي «المبسوط»: إذا قتل المبيع قبل القبض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها م: (قال: ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- خلافاً لمحمد -رحمه الله- لأنه) ش: أي لأن محمد -رحمه الله- م: (يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً) ش: لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر، وهذا المعين لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض.

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- م: (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة) ش: بضم الكاف وتشديد الراء، وهو مكيال لأهل العراق معروف، وقال الأزهري: الكُر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكايك والمكوك صاع ونصف صاع وهو ثلاث كيلجات، قال: وهو من الحساب اثنا عشر وسقاً، والوسق ستون صاعاً، م: (ثم تقايلا) ش: أي السلم م: (ثم اختلفا في الثمن) ش: يعني رأس المال م: (فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) ش: مع يمينه، لأن رب السلم يدعي زيادة وهو ينكر وإلا يتحالفان، م: (لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقص) ش: أي الفسخ م: (لأنه) ش: أي الإقالة على تأويل النقائل م: (إسقاط) ش: للمسلم فيه وهو دين، والدين الساقط لا يعود م: (فلا يعود السلم).

م: (بخلاف الإقالة في البيع) ش: فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع، ثم أوضح ذلك بقوله: م: (الأتري أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب) ش: يعني بحكم القاضي بذلك م: (وهلك قبل التسليم إلى رب السلم، لا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل) ش: أي ما ذكرنا م: (على الفرق بينهما) ش: أي بين السلم وبين العين.

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف، وقالت تزوجني بالفين فأيهما أقام البينة تقبل بيته لأنه نور دعواه بالحجة) ش: أما قبول

وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة ، معناه: إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة - رحمه الله - ولا يفسخ النكاح ، لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر، قضى بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لهما بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا انحط عنه قال- رضي الله عنه- ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ،

بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه ينكر الزوج مادة فكان عليه اليمين لا البينة ، وإنما قبلت لأنه يدعي في الصورة وهي كافية لقبولها م: (وإن أقاما) ش: أي الزوجان م: (البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه) ش: أي معنى قول القدوري - رحمه الله - في «مختصره» فالبينة بينة المرأة م: (إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته) ش: قيد به ، لأنه إذا كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر فبينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وبيئتها لا تثبت شيئاً ، لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل .

إليه أشار الإمام قاضي خان - رحمه الله - ، م: (وإن لم تكن لهما) ش: أي للزوجين م: (بينة) ش: بعد الاختلاف في المهر عجزاً عن إقامة البينة م: (تحالفا عند أبي حنيفة - رحمه الله - ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده) ش: أي لأن عدم تسمية الثمن في البيع تفسد البيع لأنه ركن فيه م: (على ما مر) ش: في «كتاب البيوع» وفي «كتاب النكاح» أيضاً م: (يفسخ) ش: أي البيع بخلاف النكاح فإنه لا يفسخ م: (ولكن يحكم) ش: بتشديد الكاف من التحكيم على صيغة المجهول مسنداً إلى قوله م: (مهر المثل) ش: أي يجعل من المثل حكماً .

وبين تفصيل ذلك بقوله م: (فإن كان) ش: أي مهر مثلها م: (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) ش: مما اعترف به الزوج م: (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له) ش: أي ظاهر الحال يشهد للزوج لموافقة قوله من المثل م: (وإن كان) ش: أي مهر مثلها م: (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) ش: مما ادعته م: (قضى بما ادعته المرأة) ش: لأن الظاهر يشهد لهما م: (وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لهما بمهر المثل ، لأنهما لما تحالفا) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (لم تثبت الزيادة على مهر المثل ، ولا انحط عنه) ش: أي عن مهر المثل .

م: (قال- رضي الله عنه-) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (ذكر) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (التحالف أولاً ثم التحكيم) ، ش: أي ثم ذكر التحكيم بعده ، حاصله أنه ذكر

وهذا قول الكرخي - رحمه الله - ؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - تعجلاً لفائدة النكول كما في المشتري ، وتخريج الرازي - رحمه الله - بخلافه ، وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف - رحمه الله - فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة

التحالف أولاً إذا اختلفا في المهر إذا لم يكن لها ، ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل ، م : (وهذا) ش : أي الذي ذكره القدوري - رحمه الله - ، هكذا م : (قول الكرخي - رحمه الله - ؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها) ش : أي اعتبار القسمة م : (بالتحالف فلهذا يقدم) ش : أي التحالف م : (في الوجوه كلها) ش : يعني إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهذه خمسة أوجه .

م : (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -) ش : وبه قال الشافعي - رحمه الله - م : (تعجلاً لفائدة النكول) ش : ، لأن أول التسليمتين عليه فأول اليمينين عليه ، لأن الزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالبيع ، وإليه ذهب الإمام الأسيجاني - رحمه الله - في «شرح الطحاوي» ، وإليه ذهب المصنف - رحمه الله - أيضاً في هذا المقام ، ولكن لم يعرض له في باب المهر م : (كما في المشتري) ش : فإنه يبدأ بيمينه أولاً . وقالوا في «شرح الجامع الصغير» : يبدأ التحالف بالقرعة لأنه لا رجحان لأحدهما عن الآخر م : (وتخريج الرازي - رحمه الله - بخلافه ، وقد استقصيناه في النكاح) ش : أي وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح م : (وذكرنا خلاف أبي يوسف - رحمه الله -) ش : حيث قال : إن القول قول الزوج عند أبي يوسف - رحمه الله - في جميع ذلك ، إلا أن يأتي بشيء مستنكر .

م : (فلا نعيده) ش : أي فلا نعيد بيان قول أبي يوسف - رحمه الله - هناك للاكتفاء بما ذكره هناك م : (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه) ش : أي تدعي النكاح م : (على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة) ش : يعني أنه بحكم مهر المثل أولاً ، فمن شهد له فالقول له ، وإن كان بينهما فيتحالفان ؛ وقد أوضح ذلك صاحب «الإيضاح» حيث قال : وإن ادعى الزوج أن المهر هو هذا العبد ، وقالت المرأة : هذه الجارية فالكلام فيه كالألف والألفين إلا فصل واحد ، وهو أن مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية ، أو أكثر فلها قيمة الجارية ، لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ، فإذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة .

وقال شمس الأئمة البيهقي - رحمه الله - في «الكفاية» : إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر لها مهر مثلها لا يتجاوز قيمة الجارية ، وإن كان أقل من قيمة العبد لها مهر مثلها ، إلا أن

إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه مخالفا وترادا، معناه: اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر ، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع ، وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة ، وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه

ترضى بأخذ العبد ، لأن تمليك عين الحيوان لا يمكن إلا إذا اتفقا عليه ، ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع إلى قيمتها ، وهذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف بقوله : م : (إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها ، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة) ش : أي قيمة الجارية .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإن اختلفا في الإجارة) ش : أي وإن اختلف المتأجران في الإجارة م : (قبل استيفاء المعقود عليه مخالفا وترادا) ش : هذا لفظ القدوري - رحمه الله - وقال المصنف - رحمه الله - م : (معناه اختلفا في البدل أو في المبدل) ش : أراد بالبدل الأجرة ، والمبدل المنافع التي وقع عند الإجارة عليها م : (لأن التحالف في البيع قبل القبض) ش : أي قبل قبض المبيع م : (على وفاق القياس على ما مر) ش : أشار إلى قوله في أول الباب لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر . . إلخ .

م : (والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) ش : في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فألحقت الإجارة به ، فإن قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها ، فكانها قائمة تقديراً .

م : (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) ش : أي كلامنا الذي ذكرناه إنما هو عند الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه ، وأما إذا اختلفا في استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ، م : (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) ش : فإن قيل : كان الواجب أن يبدأ بيمين المؤجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الأجر ثم تجب الأجرة على المستأجر بعده؟ اجيب : بأن الأجرة إن كانت مشروطة بالتعجيل فهو السبق إنكاراً فيبدأ به ، وإن لم يشترط لا يتمتع الأجر من تسليم العين المستأجرة ، لأن تسليمه لا يتوقف على تسليم الأجرة فيبقى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف ، م : (وإن وقع) ش : أي الاختلاف م : (في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر) ش : هذا على غير القاعدة ، والأصل أن يقال : المؤجر أو الأجر م : (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) ش : قال شمس الأئمة البيهقي في كتاب

وأيهما أقام البيئة قبلت ، ولو أقامها فبيئة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة . وإن كان في المنافع فبيئة المستأجر أولى وإن كان فيهما قبلت بيئة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة . قال : وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد -رحمه الله- ؛ لأن الهلاك إنما يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ، فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد ، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا

«الإجازات» : اختلفا في الأجرة قبل القبض فقال المستأجر : بخمسة وقال المؤجر : بعشرة ، أو في المدة ، فقال المؤجر : شهراً ، وقال المستأجر : شهرين أو المسافة ، قال : هذا إلى البصرة ، وذلك إلى الكوفة ، يتحالفان وتفسخ الإجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ، ومن أقام بيئة تقبل ، فإن أقامها فالبيئة للمؤجر إن كان الخلاف في قدر الأجر ونوعها أو جنسها ، وهذا كالشرح لقول المصنف : م : (وأيهما أقام البيئة قبلت ، ولو أقامها) ش : أي كل واحد أقام بيئة م : (فبيئة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة) ش : لأنه أكثر ثباتاً .

م : (وإن كان في المنافع فبيئة المستأجر أولى وإن كان فيهما) ش : أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع م : (قبلت بيئة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل ، نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة) ش : نظراً إلى كثرة الإثبات م : (قال) ش : أي القدوري -رحمه الله - م : (وإن اختلفا بعد الاستيفاء) ش : أي بعد استيفاء المعقود عليه م : (لم يتحالفوا وكان القول قول المستأجر ، وهذا) ش : أي عدم التحالف م : (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) ش : أي عند أبي يوسف وأبي حنيفة ، م : (وكذا على أصل محمد -رحمه الله -) ش : يعني ههنا م : (لأن الهلاك إنما يمنع) ش : أي التحالف م : (عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه) ش : لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين م : (فيتحالفان عليها) ش : أي على القيمة م : (ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ، فلا قيمة) ش : حتى يكون التحالف عليها م : (لأن المنافع لا تتقوم بنفسها) ش : لأنها عوض لا يبقى زمانين م : (بل بالعقد) ش : أي بل يتقوم بواسطة العقد م : (وتبين أنه لا عقد) ش : يعني ظهر يخلصهما أن لا عقد بينهما لانفساخه في الأصل ، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ .

م : (وإذا امتنع) ش : أي التحالف به بالإجماع م : (فالقول للمستأجر مع يمينه ، لأنه هو المستحق عليه) ش : ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه م : (وإن اختلفا

بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفاً وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينقذ ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل . قال: وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفاً عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالوا: يتحالفاً وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي -رحمه الله-؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبهه البيع ، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد ، والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه، والمولى ينكره فيتحالفاً كما إذا اختلفا في الثمن . ولأبي حنيفة-رحمه الله-: أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد، وإنما ينقلب مقابلاً للمعتق عند الأداء قبله لا مقابلة ، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير

بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفاً وفسخ العقد فيما بقي، وكان القول في الماضي قول المستأجر (ش: لأنه هو المتفق عليه فيما مضى .

وهو المدعى عليه م: (لأن العقد) ش: يعني في الإجارة م: (ينقذ ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ش: فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فظهر الفرق .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفاً عند أبي حنيفة -رحمه الله -) ش: فالقول للعبد مع يمينه م: (وقالوا: يتحالفاً وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي -رحمه الله -؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبهه البيع)، ش: عند الاختلاف في الثمن م: (والجامع) ش: بينهما م: (أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفاً كما إذا اختلفا) ش: أي المتبايعان م: (في الثمن) ش: أي في ثمن البيع ، م: (ولأبي حنيفة -رحمه الله -: أن البدل) ش: أي بدل الكتاب م: (مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو) ش: أي التصرف م: (سالم للعبد) ش: لاتفاقهما على ثبوت الكتابة .

م: (وإنما ينقلب) ش: أي البدل م: (مقابلاً للمعتق عند الأداء) ش: يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلاً في الحجر إلى كونه مقابلاً بالحجرية فهنا هي المقصود ، كما جعل وجوب الأجرة في ابتداء عقد الإجارة مقابلاً برقبة الدار ثم يصير مقابلاً بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذا هنا م: (قبله) ش: أي قبل الأداء م: (لا مقابلة ، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير) ش: يعني لا في المبدل .

والعبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر، فإذا كان

فلا يتحالفان . قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة . لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها ، وما يصلح لهما كالأنية فهو للرجل ، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه

كذلك م : (فلا يتحالفان) ش : لأن التحالف في المبيع يثبت نصاً بخلاف القياس فلا يخلق به ما ليس في معناه ، والكتابة ليست في معنى البيع ؛ لأن التحالف في المفاوضات عندنا يتحد بالحقوق اللازمة من الجانبين ، وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدافع عن نفسه ، ولهذا لا تصح الكفالة به ولا يصح إلحاقه بالبيع ، فيكون القول للعبد مع يمينه .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة) ش : وقال قاضي خان - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم أو طلقها وادعى كل واحد منهما أنه له ، قال أصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والأسلحة والكتب ونحو ذلك ، فالقول فيها قول الرجل .

م : (لأن الظاهر شاهد له) ش : وفي الدعوى : القول قول من يشهد له الظاهر ، وقال الشافعي وزفر وعثمان الليثي وأصحاب الظاهر - رحمهم الله - : ما يصلح له أولها والمشكل فهو بينهما بعد التحالف ، وكذا في يد ورقهما . وقال أحمد وابن أبي ليلى والثوري : ما يصلح له فهو له مع يمينه ، وما يصلح لها فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف ، وقال مالك - رحمه الله - نحوه ، إلا أنه قال : المشكل للرجل ، وقال ابن شبرمة : الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدننها . وقال الحسن البصري - رحمه الله - : إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها ، إلا ما على الرجل من ثياب بدنه وإن كان البيت له فالكل له لأن البيت وما فيه في يده م : (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) ش : والملاءة ، والوقاية ما تشده المرأة على [. . .] رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها مع الخمار كالمحففة م : (لشهادة الظاهر لها) ش : أي للمرأة م : (وما يصلح لهما) ش : أي للزوجين م : (كالأنية فهو للرجل) ش : وقال قاضي خان - رحمه الله - : المشكل ما يصلح لها كالفرن والشاة والعبد والخادم والأواني والأمتعة والذهب والفضة والعقار ، وقال التمرتاشي - رحمه الله - ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين ، إلا أن يكون الرجل صائغاً وله أساور وخواتيم النساء وحلي وخلخال وأمثال ذلك ، فحيث لا تكون هذه الأشياء لها .

وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال كالعمامة [. . .] والمنطقة م : (لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها ، لأنه) ش : أي لأن ظاهر اليد

يعارضه ظاهراً أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت
الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما
لأن اليد للحي دون الميت ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقال أبو يوسف -
رحمه الله - : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي
بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر ، والطلاق
والموت سواء لقيام الورثة مقام موروثهم ، وقال محمد -رحمه الله- : ما كان للرجال فهو للرجل
وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة -رحمه
الله-

م : (يعارضه ظاهراً أقوى منه) ، ش : وهو بدل الاستعمال فكان القول لها ، كرجلين اختلفا في ثوب
أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه ، فإن اللابس أولى ، بخلاف الإسكاف والعطائر إذا اختلفا
فيه ، لأن الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فيكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يترجح
بالاختصاص ، لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبهة ، ولم يشاهد استعمال الأساكفة
والعطارين ، وشاهدنا : كون هذه الآن في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين .

م : (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما
(ش : أي أحد الزوجين م : (واختلفت ورثته) ش : أي ورثة الميت م : (مع الآخر) ش : وهو الحي
منهما ، م : (فما يصلح للرجال والنساء) ش : كالأواني والبسط ونحوها م : (فهو للباقي منهما) ش :
أي من الزوجين م : (لأن اليد للحي دون الميت) ش : لأنه لا يدل .

م : (وهذا الذي) ش : وهذا المجموع الذي م : (ذكرناه) ش : من حيث الجملة لا من حيث
التفصيل من أول المسألة إلى آخرها م : (قول أبي حنيفة -رحمه الله -) ش : لأن المذكور من حيث
التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة
بالإجماع فلا اختصاص له بذلك ، وعلى هذا قوله : م : (وقال أبو يوسف -رحمه الله - ؛ يدفع إلى
المرأة ما يجهز به مثلها) ش : معناه مما يصلح لهما م : (والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي
بالجهاز ، وهذا) ش : أي ظاهر المرأة م : (أقوى) ش : لجريان العادة بذلك م : (فيبطل به ظاهر يد
الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر) ش : فكان معتبراً .

م : (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام موروثهم ، وقال محمد -رحمه الله - : ما كان
للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما) ش : أي وما كان يصلح للزوجين م :
(فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة -رحمه الله -) ش : في «الدليل» ، وهو أن المرأة وما في
يدها للزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات

والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى ، وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالوا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما بدأ معتبرة في الخصومات .

فقوله : م : (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) ش : وفي الفوائد ، قال محمد -رحمه الله - : ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه فيما له فكما أن المشكل له في حياته مع يمينه ، فكذا كان القول لورثته م : (وإن كان أحدهما) ش : أي أحد الزوجين .

م : (مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة ؛ لأن يد الحر أقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما بدأ معتبرة في الخصومات) ش حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في يديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البينة استويا فيه .

فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البينة ، وقال الكاكي -رحمه الله - قوله : « وللحي بعد الممات » سواء كان الحي حرّاً أو مملوكاً ، هكذا ذكره في نسخ « شرح الجامع الصغير » .

ولكن ذكر فخر الإسلام شمس الأئمة -رحمه الله - في « شروح الجامع الصغير » : لو كان أحدهما حرّاً والآخر مملوكاً فالمتاع للحر منهما ، وكذا إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ، ثم قال : وما وقع في بعض النسخ « للحي منهما » سهو .

وفي رواية محمد -رحمه الله - والزعفراني للحر بالراء ، وذكر في « المختصر السراجي السعيد » : ولو كان أحدهما مملوكاً فاختلفا بعد الفرقة في الأمتعة المشكلة فالقول قول الحر لقوة يده عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وعندهما : سواء .

وذكر في « جامع البزدوي » -رحمه الله - : والمتاع للحر منهما غير مقيدة بالمشكل وجرح به في مختلف العقبة ، والأقضية أن المتاع كله للحر عنده ، وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما إذا كانا حرين .

فصل فيمن لا يكون خصماً

وإن قال المدعى عليه : هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب ، أو رهنه عندي ، أو غصبته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا إذا قال أجرنيه وأقام البيته لأنه أثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة -رحمه الله- : لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا : مقتضى البيته شيان : ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعي ، وهو خصم

م : (فصل فيمن لا يكون خصماً)

ش : أي هذا فصل في بيان من لا يكون خصماً عند الدعوى ، ولما ذكر فيما مضى من يكون خصماً ذكر هنا من لا يكون خصماً ، وبضدها تتبين الأشياء قيل : الفصل مشتملاً أيضاً على ذكر من يكون خصماً ، وأجيب : نعم من حيث الفرق لا من حيث القيد الأصلي م : (وإن قال) ش : «في بعض النسخ» فإن قال م : (المدعى عليه : هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي) ش : صورته دار أو ثوب في يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له ، فقال ذو اليد : هو لفلان الغائب أودعنيه . الخ .

وأقام ذو اليد بيته على ما قاله فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي . وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- والشافعي والأظهر ، وقال ابن شبرمة له يندفع به ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في المنصوص عليه ، م : (وكذا) ش : أي لا خصومة م : (إذا قال) ش : ذو اليد : م : (أجرنيه) ش : فلان م : (وأقام البيته لأنه) ش : أي وكذا لأن ذا اليد م : (ثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة :) ش : هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الطيبي أبو شبرمة الكوفي -رحمه الله- القاضي فقيه أهل الكوفة ، عددها في التابعين ، روى عن أنس بن مالك -رحمه الله- ، وقال العجلي -رحمه الله- : كان قاضياً لأبي جعفر على سواد الكوفة وضياعها ، وكان فاضلاً ناسكاً ثقة في الحديث ، مات سنة أربع وأربعين ومائة .

م : (لا تندفع) ش : أي الخصومة م : (لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) ش : أي عن الغائب ، وإثبات الملك للغائب بدون الخصومة متعذر ، إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ، م : (ودفع الخصومة بناء عليه) ش : أي على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر م : (قلنا مقتضى البيته شيان : ثبوت الملك للغائب) ش : أي أحدهما ثبوت الملك للغائب .

م : (ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعي) ش : أي والثاني : دفع الخصومة عن نفسه م : (وهو خصم فيه) ش : لأن مقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة ، ولا إثبات الملك للغائب أو فيما هو المقصود ، والمدعي خصم له فيه فتقبل بيته .

فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة كإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى ؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره . وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرأ إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه ، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة ؛ لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه . ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله ،

م : (فيثبت) ش : يد الحفظ م : (وهو كالوكيل بنقل المرأة) ش : إلى زوجها م : (كإقامتها البينة على الطلاق) ش : فإنها تقبل بقصر يد الوكيل عنها ، ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب م : (كما بيناه من قبل) ش : أي في باب الوكالة بالخصومة .

والقبض يعني أن بينة المرأة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق ، م : (ولا تندفع) ش : أي الخصومة م : (بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى) ش : هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، أبو عبد الرحمن الكوفي - رحمه الله - الفقيه القاضي الكوفة ، فيه مقال ، مات سنة ثمان وأربعين ومائة . ومذهبه أنه يخرج من الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد إقراره أن يده يد حفظ لا يد خصومة .

م : (لأنه صار خصماً) ش : دليلها يعني توجهت الخصومة إليه م : (بظاهر يده) ش : ، وهذا يبين ما كان للقاضي إحضاره ويكتب إليه بالجواب م : (فهو بإقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه) ش : فهو متهم في إقراره م : (فلا يصدق إلا بحجة) ش : كما لا يصدق المدعي دعوى الملك إلا بحجة .

وكذا م : (كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره) ش : بالحوالة ، فإنه لا يصدق إلا بحجة .

م : (وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرأ :) ش : تندفع الخصومة كما كانت البينة م : (إن كان الرجل) ش : أي ذو اليد م : (صالحاً) ش : أي غير معروف إلا بالخير والصدق ، م : (فالجواب كما قلناه) ش : أي تندفع الخصومة كما قامت البينة ، م : (وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) ش : أي المال الذي غصبه من إنسان م : (إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود) ش : حتى جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه م : (فيحتال لإبطال حق غيره) ش : بأن يقيم بينة على أن فلاناً أودعه فيبطل حقه وتندفع الخصومة عنه .

م : (فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله) ش : وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوط» ما ذهب

ولو قال الشهود : أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي، ولأنه ما أحاله إلى معين ليتمكن المدعي من اتباعه، فلو اندفعت لتضرر به المدعي، ولو قالوا : نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فكذلك الجواب عند محمد - رحمه الله - للوجه الثاني، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - تندفع لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره، حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة، وهو المقصود، والمدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده

إليه أبو يوسف - رحمه الله - : صح استحسان ذهب إليه بعدما ابتلي بالقضاء ، لأنه لما رضي بالقضاء فوقف على أحوال الناس ما لا يعرفه غيره ، وما قال قياس ، لأن البيئات حجج متى قامت يجب العمل بها ، ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم .

قلت : زماننا هذا أكثر فساداً لغلبة التزوير وكثرة الخيل بالاحتياط فيه واجب ، م : (ولو قال الشهود : أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه) ش : أي ولأن ذي اليد م : (ما أحاله إلى معين ليتمكن المدعي من اتباعه، فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ، ولو قالوا : نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد - رحمه الله - للوجه الثاني) ش : أي الشهود ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه .

م : (وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : تندفع) ش : الخصومة ، م : (لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره ، حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول) ش : وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه للعلم بيقين ، حيثئذ أن المودع غير المدعي ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود ، م : (فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أضر بنفسه) ش : هذا جواب عن قول محمد - رحمه الله - : لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي .

ووجهه أن المدعي أضر نفسه بالضرر اللاحق ، م : (حيث نسي خصمه أو أضره شهوده) ش : أي شهود المدعي عليه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعي عليه ، وإليه أشار بقوله : « هذا الشيء أودعته فلان » فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج ؛ وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة ، وإن أقام البيئنة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً للمدعي في العين بظاهر يده فإن ظاهر اليد يدل على الملك إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك ، وإقامة البيئنة أن العين ودیعة عنده يظهر أن يده ليست يد ملك فتندفع عنه الخصومة ، أما إذا كانت العين هالكة فالدعوى تقع في الدين ، ومحل الدين الذمة ، فالمدعى عليه يثبت خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعي من البيئنة ، على أن العين كانت في يده ودیعة لا تبين أن ذمته كانت لغيره ، فلا تتحول عنه الخصومة .

دون المدعى عليه، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الأقوال الخمسة وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً ، وإن قال المدعي : غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة ، لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ، ويصح دعوى الفعل وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد : أودعني فلان ، وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان ، وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب

م : (دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى) ش : أي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من « الأصل » تسمى الخمسة لما فيها من خمسة أوجه ، لأن ذا اليد قال : هذه وديعة أو عارية أو إجارة أو رهن ، أو غصب أو تسمى بخمسة لأن فيها خمسة أقاويل ، أشار إليه بقوله : م : (وذكرنا الأقوال الخمسة) ش : لعلمائنا الثلاثة -رحمهم الله - ولاين أبي ليلى ولاين شبرمة .

م : (قال) ش : أي القدوري -رحمه الله - : م : (وإن قال : ابتعته من الغائب فهو خصم) ش : يعني إذا ادعى على ذا اليد عيناً ، فقال ذو اليد : « اشتريتها من الغائب » لا تندفع الخصومة م : (لأنه لما زعم أن يده يد الملك اعترف بكونه خصماً) ش : كما لو ادعى ذو اليد ملكاً مطلقاً م : (وإن قال المدعي : «غصبته مني» أو «سرقته مني» لا تندفع الخصومة ، وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة) ش : بيانه : أن المدعي إذا ادعى فعلاً على ذي اليد ، وقال : الدار داري أودعتها عندك أو استأجرتها مني أو غصبتها مني أو ارتهنتها مني ، وقال المدعى عليه الذي في يده الدار : إنها لفلان الغائب أودعها أو غصبتها منه وغير ذلك ، وأقام على ذلك البينة ؛ فإن الخصومة لا تندفع عنه ، م : (لأنه) ش : أي لأن ذا اليد م : (إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده) ش : وصيرورته خصماً في دعوى الفعل لا يفتقر إلى اليد أصلاً فضلاً عن أن يفتقر إلى ملك ويد خصومة ، ولهذا اتضح دعوى الملك المطلق باعتبار يده ، حتى لا تصح دعواه أي دعوى المدعي على غير ذي اليد .

ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد م : (بخلاف دعوى الملك) ش : أي دعوى المدعي لما ملك م : (المطلق ، لأنه خصم فيه) ش : ، أي لأن ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق م : (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) ش : أي دعوى المدعي م : (على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل) ش : أي غير ذي اليد م : (وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد : أودعني فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان ، وقال محمد : تندفع) ش : أي الخصومة م : (لأنه لم يدع الفعل عليه) ش : أي على ذي اليد .

بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فألحقت بالعدم م : (فصار كما إذا قال : غصب

مني على ما لم يسم فاعله . ولهما: أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه ، وإقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ، وإن قال المدعي : ابتعته من فلان وقال صاحب اليد : أودعني فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته ، فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه ؛ لأنه أثبت بينته كونه أحق بإمساكها والله أعلم .

مني على ما لم يسم فاعله (ش: لأن فيه تجهيل الغاصب م: (ولهما:) ش: أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف -رحمهما الله - م: (أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة) ش: لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور .

م: (والظاهر: أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه) ش: أي لم يعين السارق م: (درءاً) ش: أي دفعاً م: (للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال: سرقت) ش: بالخطاب المذكور م: (بخلاف الغصب، لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه) ش: فإنه غير معذور في التجهيل م: (وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعني فلان ذلك أسقطت) ش: أي أشد إسقاطاً م: (الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة ، إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه ، لأنه أثبت بينته كونه أحق بإمساكها) ش: ولو طلب المدعي بينة على ما ادعى من الإيداع يحلف على الثبات .

ولو قال ذو اليد : أودعني وكيله لا يصدق إلا ببينة ، لأن الوكالة لا تثبت إلا بقوله ، م: (والله أعلم) .

باب ما يدعيه الرجلان

قال : وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما .
وقال الشافعي - رحمه الله - في قول : تهاترنا ، وفي قول : يقرع بينهما ، لأن إحدى البيتين كاذبة
بيقين لاستحالة اجتماع الملكتين في الكل في حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز في تهاتران أو يصار
إلى القرعة ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقرع فيه ، وقال : « اللهم أنت الحكم بينهما » .

م : (باب ما يدعيه الرجلان)

ش : أي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان ، ولما فرغ من بيان حكم الواحد شرع في بيان
حكم الاثنان ، لأنه بعد الواحد .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له
وأقاما البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي ، في قول : تهاترنا) ش : أي البيتان تساقطتا من التهر
بكسر الهاء ، وهو السقط من الكلام والخطأ ، وهذا قوله القديم ، وبه قال مالك في رواية وأحمد
في رواية ، م : (وفي قول يقرع بينهما) ش : ويقضي لمن خرجت قرعته ، وبه قال أحمد في رواية .

وفي قول للشافعي وأحمد في رواية : يقضي لمن خرجت قرعته يمين ، وعن مالك : يقضي
بأعدل البيتين ، فإذا تساويا في العدالة يقسم بينهما نصفين . وقال الأوزاعي وابن الماجشون
المالكي : يقضي بأكثرهم عدداً لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر .

م : (لأن إحدى البيتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكتين في الكل) ش : يعني في كل العين م :
(في حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز) ش : أي تمييز العادلة من الكاذبة ، فإذا كان كذلك م : ()
في تهاتران) ش : أي فيتساقطان م : (أو يصار إلى القرعة ، لأنه عليه الصلاة والسلام) ش : لأن النبي
ﷺ : (أقرع فيه وقال : « اللهم أنت الحكم بينهما ») ش : هذا رواه الطبراني في « معجمه الأوسط »
بإسناده إلى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة : أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء
فأقام كل واحد منهما البينة ، فأقرع بينهما ^(١) هكذا ذكر الأترازي لفظه ، ولفظ الطبراني : فأقام
كل واحد منهما بشهود عدول في عدة واحدة ، فساهم رسول الله ﷺ بينهما ، وقال : « اللهم

(١) ضعيف : عزه الزيلعي للطبراني في « الأوسط » ، وذكر إسناده قال : حدثنا علي بن سعيد الرازي ثنا أبو مصعب
ثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن أسامة بن زيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج ثنا سعيد بن المسيب عن أبي هريرة
... مرفوعاً .

قلت : وإسناده ضعيف فيه شيخ الطبراني وهو فيه لين ، وأسامة بن زيد القرشي وهو ضعيف ، وقد خالف الليث
بن سعد أسامة بن زيد فرواه عن بكير عن سعيد مرسلاً . رواه أبو داود في « المراسيل » . (٣٥٨) ، ولا شك أن
القول قول الليث ، وذكر الرواية موصولة منكر .

ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البيعة فقضى بها بينهما نصفين» وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك ، والآخر اليد، فصحت الشهاداتتان فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف، إذ المحل يقبله ،

اقض بينهما» ، ورواه أبو داود عن ابن المسيب مرسلًا ، وكذا رواه عبد الرزاق مرسلًا ، ورواه عبد الحق في أحكامه . وقال : وهذا مرسل ضعيف ، لأن عبد الرزاق رواه عن نعيم بن يحيى الأسلمي ، قال : هو متروك .

م : (ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البيعة ، فقضى بها بينهما نصفين) ش : ^(١) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة : حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة أن رجلين . . . إلخ ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن سماك بن حرب ، ورواه البيهقي في كتاب «المعرفة» عن الحاكم بسنده عن أبي عوانة أخبرنا سماك بن حرب به ، وقال هذا [. . .] .

قلت: تميم بن طرفة الطائي المسلمي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس وتسعين ، وروى عنه مسلم بن طرفة ، ولا يحتاج بهذا لانقطاعه ، ويحتاج بحديث أبي هريرة ، رواه إسحاق بن راهويه وابن حبان في «صحيحه» : أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين . وروى الطبراني في «معجمه» بإسناده عن جابر بن سمرة : أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير ، فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه له ، فجعله النبي ﷺ بينهما .

م : (وحديث القرعة كان في الابتداء) أي في ابتداء الإسلام م : (ثم نسخ) ش : بما حرم القمار وكان مباحًا ، م : (ولأن المطلق) ش : بكسر اللام ، أي المجوزم : (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد) ش : أي اعتمد اليد ، لأن الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة ، لأن ذلك يثبت لا يطلع عليه العباد ، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد شبهة الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك م : (فصحت الشهاداتتان ، فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله) ش : أي يقبل التنصيف

(١) ضعيف : عزاه الزيلعي لابن أبي شيبة في «المصنف» وذكر إسناده قال : حدثنا أبو الأحوص عن جمال عن تميم بن طرفة ؛ وعزاه لعبد الزراق في «المصنف» أيضًا قال : أخبرنا الثوري وإسرائيل عن سماك به . ورواه البيهقي في «السنن (١٠ / ٢٥٩) ، عن أبي عوانة ثنا سماك بن حرب به ، وقال : هذا منقطع . قلت : مع ضعف سماك بن حرب نفسه .

وإنما ينصف لاستوائيهما في سبب الاستحقاق. قال: فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة ، وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال: ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ، وهذا إذا لم تؤقت البينتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى ، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما . وإن أقام الآخر البينة قضى بها ، لأن البينة أقوى من الإقرار ، ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه ، إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً ، لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت

وصار هذا كالمعلل سرجه ، نحو إن باع فضولي مال آخر ، وباع فضولي من آخر ذلك المال وأجاز مالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف ، فكذا هذا .

م: (وإنما ينصف لاستوائيهما في سبب الاستحقاق:) ش: إن المدعي قابل للاشتراك ، فيستويان في الاستحقاق كالغريبين في الشركة .

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال: ش: أي القدوري م: (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) ش: قال السعدي: لا يرجح أحدهما إلا بإحدى معان ثلاث: أحدها: إقرار المرأة ، والثاني: كونها في يد أحدهما ، والثالث: دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نكاحه أسبق ، كذا في «الخلاصة» .

م: (وهذا) ش: أي الحكم المذكور م: (إذا لم تؤقت البينتان) ش: أي إذا لم يذكر تاريخاً ، م: (فأما إذا وقتا) ش: أي ذكر كل واحد منهما تاريخاً م: (فصاحب الوقت الأول) ش: أي التاريخ السابق م: (أولى) ش: لما فيه من زيادة الإثبات ، ولأنه لا معارض له في ذلك الزمان فقضى به في ذلك الزمان م: (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما) ش: على الزوجية ؛ لأنها ليست في يد أحد وهي في يد نفسها ، فيعتبر إقرارها بالزوجية م: (وإن أقام الآخر البينة قضى بها؛ لأن البينة أقوى من الإقرار) ش: لأن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة .

م: (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) ش: أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول لاتصال القضاء بالأول م: (إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً) ش: على شهود ، فحيثئذ يتنقض الأول م: (لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت

المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق. قال : ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصارا كالفرضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما

المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق (ش: أي إلا على وجه : أن بينته تشهد أن نكاحه قبل نكاح الأول ، فحينئذ ينتقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين ، وهذا كله إذا كان التنازع حال قيام المرأة ، أما إذا كان بعد وفاة المرأة فهذا على وجوه ، ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح له والميراث له ويجب عليه تمام المهر ؛ وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منهما ميراث زوج واحد .

فرق بين الدعوى في حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة ، والفرق أن المقصود في حالة الحياة هي المرأة وهي لا تصلح مشتركة بينهما ، والمقصود بعد الوفاة ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ . هكذا ذكر في « الفضول » .

م : (قال) ش: أي القدوري م : (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) ش: قال المصنف م : (معناه) ش: أي معنى كلام القدوري م : (من صاحب اليد) ش: إنما قال هذا احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسألة وهي أنه لو ادعى كل واحد الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو إما أن يدعي الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء في الكتاب م : (وأقاما بينة) ش: بينة من غير توقيت م : (كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب) ش: وبه قال مالك في رواية ، وأحمد في رواية ، والشافعي في رواية . وقال الشافعي - رحمه الله - في قول آخر : يقرع ؛ وبه قال أحمد في رواية .

وعن الشافعي قول : « تسقط البيتان » ويرجع إلى البائع فإن صدق أحدهما سلم إليه ، وهل يحلف الآخر على القولين؟ والأصح لا يرجح بإقرار البائع .

وبه قال أكثر أصحابه ، بل يقسم نصفين أو يقرع ، م : (فصار كالفرضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل ، وأجاز المالك البيعين) ش: قضى بينهما نصفين م : (بخير كل واحد منهما) ش: أي من الاثنين الذي ادعى كل واحد أنه اشترى هذا العبد .

لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد . وإن قضي القاضي به بينهما فقال أحدهما : لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه ، لأنه صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بيته صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع ؛ لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف

م: (لأنه تغير عليه شرط عقده) ش: وهو رضاه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق المصنفة عليه م: (فلعل رغبته في تملك الكل) ش: أي كل العبد م: (فيرده ويأخذ كل الثمن) .

ش: فإن قيل: كذب أحد البيتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملاً في وقت واحد ، فينبغي أن تبطل البيئات؟ . أجيب: بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد ، فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به م: (لو أراد) .

م: (وإن قضي القاضي به بينهما فقال أحدهما: لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه في النصف ، فانفسخ البيع فيه) ش: أي في النصف ، لأنه صار مقضياً عليه بالنصف لما قضي القاضي بينهما بالبيع تضمن قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف ، فلا يعود إلا بتجديد العقد، م: (وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه) ش: أي لثبوت استحقاقه م: (بالبينة) .

ش: وهذا جواب عما يقال : وهو يدع ، فكيف يكون مقضياً عليه؟ ، فأجاب : بقوله « لظهور استحقاقه » ، أي لثبوت استحقاقه بالبينة ، وهذا لأن استحقاق كل واحد للكل ثابت نظراً إلى بيته ، وإذا لم يظهر في النصف لوجود بيته صاحبه ، وهو معنى قوله : م: (لولا بيته صاحبه) ش: يعني لولا بيته صاحبه أظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بإسناد جديد .

م: (بخلاف ما لو قال ذلك) ش: أي قوله « لا أختار » م: (قبل تخيير القاضي) ش: وهو القضاء عليه م: (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه) ش: أي أثبت شراءه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء ، وإنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له ، فإذا زالت المزاحمة قضي له بالكل .

وفي نسخة شيخه العلامة العلاء بعد قوله « ولم يفسخ سببه » م: (والعود إلى النصف

للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء . ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما ، لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد ، فاندفع الآخر به . ولو وقت إحداهما ولم تؤت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت ، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى ، ومعناه أنه في يده

للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء (ش: انتهى بيانه فيما ذكرنا الآن بقولنا : لأن القضاء له بالنصف إلى آخر قوله : ونظيره إلى نظير ما إذا قال أحد المدعين : لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي ، حيث يكون للأخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين ، يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للأخر بجميع الدار إن سلم بعد القضاء لا يكون للأخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله : نظائر الأول تسليمه بعد القضاء .

م: (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً) ش: أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد وأقام كل منهما بينة بالتاريخ م: (فهو للأول منهما) ش: أي للأسبق منهما بالتاريخ ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - ، واختاره المزني ويحكم من نص الشافعي في قول البويطي : أنه لا ترجيح فيه بالسبق م: (لأنه) ش: أي لأن الذي قامت بيته بالسبق م: (أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به) ش: أي اندفع الآخر من الاثنين المذكورين به ، أي بإثبات الشراء في زمن لا تعارضه البينة الأخرى ، وهو استحقتها في ذلك الوقت ، فتبين أن الآخر اشتراه من غير المالك ، فكان باطلاً بخلاف ما إذا كانت البينتان مطلقتين ومؤرختين بتاريخ واحد ، فإنه لا يعلم شراء أحدهما من غير المالك ، فتعارضتا .

م: (ولو وقت إحداهما) ش: أي ولو ذكر أحد البينتين التاريخ م: (ولم تؤت الأخرى) ش: أي البينة الأخرى م: (فهو لصاحب الوقت) ش: وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي قول أحدهما سواء ، وبه قال أحمد م: (لثبوت الملك) ش: أي ملك صاحب الوقت م: (في ذلك الوقت ، واحتمل الآخر) ش: أي الوقت الآخر م: (أن يكون قبله) ش: أي قبل الوقت الأول م: (أو بعده) ش: أو يكون بعد الوقت الأول ، فإذا كان كذلك م: (فلا يقضى له بالشك) ش: لأن الحكم لا يثبت بالشك .

م: (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) ش: هذا كلام القدوري ، وقال المصنف : م: (ومعناه) ش: أي معنى كلام القدوري ومع أحدهما قبض م: (أنه في يده) ش: أي القبض ثابت في يده معاينة ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله «مع أحدهما قبض» يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان ، وهو في الحال في يد البائع .

لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك، وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بيناه إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد؛ لأن الصريح يفوق الدلالة. قال: وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضاً معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا، والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم؛ لأنه يرجع إلى المال،

ويجوز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا، حيث ذكر في «الذخيرة» ثبوت يد أحدهما بالمعينة، م: (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنهما) ش: أي ولأن الاثنين م: (استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك، وكذا إذا ذكر الآخر وقتاً) ش: أي إذا ذكر بينة الآخر وقتاً لم ينتفع به ولا يعلم فيه خلاف، لأن القبض إذا وجد ولم ينتقض بالشك ووقت الآخر يحتمل، فلا ينتقض اليد الثابتة بيقين م: (لما بيناه) ش: أشار به إلى قوله لأن تمكنه من قبضة... إلخ.

م: (إلا أن يشهدوا) ش: أي الشهود الخارج م: (أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة) ش: فإذا كان كذلك فينتقض به إليه.

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضاً) ش: أي ادعى هبة وقبضاً، وهذا كلام القدوري. وقال المصنف م: (معناه من واحد) ش: أي كلام القدوري من رجل واحد، لأنه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر يكون بينهما نصفين، فلا يكون الشراء أولى وسيجيء ذلك، م: (وأقاما بينة) ش: إن أقام كل واحد بينة بما ادعاه م: (ولا تاريخ معهما) ش:، أو والحال أن واحداً منهما ليس معه تاريخ م: (فالشراء أولى، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين) ش: أي من جانب البائع وجانب المشتري بخلاف الهبة فإنها ليست بمعاوضة.

م: (ولأنه) ش: أي ولأن الشراء م: (يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة يتوقف على القبض) ش: لأنها لا تتم إلا بالقبض، م: (وكذا الشراء والصدقة مع القبض) ش: يعني إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض م: (لما بينا) ش: أشار بها إلى قوله: «لأن الشراء أقوى من الهبة» م: (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع) ش: والافتقار إلى القبض، م: (ولا ترجيح باللزوم) ش: هذا جواب عما يقال: لا نسلم التساوي، فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة.

وتقرير الجواب: أنه لا ترجيح باللزوم؛ م: (لأنه يرجع إلى المال) ش: أي مما يظهر أثره في

والترجيح بمعنى قائم في الحال . وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح ، وكذا فيما يحتملها عند البعض؛ لأن الشيوع طارئٌ. وعند البعض: لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع . قال: وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه ،

ثاني الحال ، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل م: (والترجيح بمعنى قائم في الحال) ش: يعني الأصل أن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال لا في المال .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسييجابي : إن الشراء أقوى من الهبة ، لأنه يقبل الملك بنفسه والهبة لا تقبل الملك بدون القبض ، وكذا الشراء أولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد -رحمه الله- ، وكذلك قول أبي يوسف -رحمه الله- ، إلا في الشراء والنكاح فإنها تكون بينهما نصفين ، والرهن أولى من الهبة ، والصدقة والنكاح أولى من الهبة ، والصدقة والهبة سواء .

م: (وهذا) ش: أي الحكم بالتنصيف بينهما م: (فيما لا يحتمل القسمة صحيح) ش: كالحمام والرحى ، م: (وكذا فيما يحتملها) ش: أي فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان صحيح م: (عند البعض) ش:، لأن كل واحد يثبت استحقاؤه في الكل ، إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض م: (لأن الشيوع طارئ) ش: فلا تبطل الهبة م: (وعند البعض: لا يصح ، لأنه تنفيذ الهبة في الشائع) ش: وصار كإقامة البيتين على الارتهان .

قيل: هذا قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، أما عند أبي يوسف ومحمد: فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين ، م: (وهذا أصح) ش: أي قول البعض أصح ، يعني لا يصح في قولهم جميعاً ، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار ، فإنما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقد لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- : م: (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه) ش: ، صورته : ادعى أحد الاثنين أنه اشترى هذا العبد من فلان ذي اليد ، وادعت امرأة أنه ، أي أن هذا المدعى عليه ، تزوجها عليه أي على العبد ، وأقام كل منهما البينة م: (فهما سواء) ش: يعني المدعي والمرأة سواء ، يعني يقضى بالعبد بينهما نصفين م: (لاستوائهما في القوة) ش: أي في قوة الدعوة بالبينة ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (فإن كل واحد منهما) ش: أي من الشراء والتزوج م: (معاوضة يثبت الملك بنفسه) ش: فتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق ، هذا إذا لم

وهذا عند أبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد - رحمه الله - : الشراء أولى ، ولهما على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبيتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ونجس قيمته عند تعذر تسليمه . وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى ؛ لأنها تثبت الملك ، والرهن لا يثبت . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ، وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاءً والبيع أولى

يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما سواء ، وإذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى . فإن قيل : الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في الموضوعين ، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة ، فكان الشراء أقوى ؟ .

قلنا : بل النكاح أقوى من الشراء من وجه ، لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكداً حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم ، بخلاف الملك في المشتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض ، بخلاف المشتري فإن لم يرجع جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة .

ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقد إياه .

م : (وهذا) ش : أي قوله : « فهما سواء ، أو يقضى بينهما » م : (عند أبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد - رحمه الله - : الشراء أولى ، ولهما) ش : أي للمرأة م : (على الزوج القيمة) ش : أي قيمة العبد م : (لأنه أمكن العمل بالبيتين) ش : لأن تصحيح البيئات واجب ما أمكن حسناً للظن بالشهود ، وذلك م : (بتقديم الشراء) ش : فتحاً بسبق الشراء صح ، وصحة التسمية في النكاح ، لأن التزوج على عبد الغير صحيح ، وهو معنى قوله : م : (إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ونجس قيمته عند تعذر تسليمه) ش : ومتى قلنا بسبق النكاح بطل البيع ، فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء ، لأنه يقضي إلى تصحيح البيتين جميعاً ، فكان الشراء أولى ، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك ، لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صح ، ووجب القيمة فكذلك هذا .

م : (وإذا ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى ؛ لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت) ش : لأن الرهن يثبت اليد ، والملك أقوى من اليد ، فكانت الهبة أولى .

م : (وجه الاستحسان : أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ش : ولهذا قلنا : إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، م : (وبحكم الهبة) ش : أي المقبوض بحكم الهبة م : (غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى) ش : لأنه أكثر إثباتاً م : (بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاءً ، والبيع أولى

من الرهن ؛ لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لا صورة ، فكذا الهبة بشرط العوض . وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ والأقدم أولى لأنه أثبت أنه أولى المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ، ولم يتلق الآخر منه . قال : ولو ادعى الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقام البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبت في وقت لا منازع له فيه .

من الرهن لأنه (ش : أي لأن البيع م : (عقد ضمان يثبت الملك صورة) ش : أي من حيث الصورة في الحال م : (ومعنى) ش : أي من حيث المعنى في المال م : (والرهن لا يثبت) ش : أي الملك م : (إلا عند الهلاك معنى) ش : أي من حيث المعنى ، يعني إذا هلك حتى لو مات العبد المرهون يجب الكفن على الراهن دون المرتهن ، لأنه لم يثبت ملكه ، وقوله : م : (لا صورة) ش : أي لا من حيث الصورة في الحال م : (فكذا الهبة بشرط العوض) ش : أي وكذا أقوى من الرهن لما ذكرنا الآن .

م : (وإن أقام الخارجان البينة على الملك) ش : صورته إذا ادعى اثنان على آخر في عين وأقام كل منهما بينة على الملك يعني بأنه ملكه مطلقاً م : (والتاريخ) ش : بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ م : (فصاحب التاريخ الأقدم أولى) ش : فإن كان تاريخ أحدهما شهر مثلاً ، وتاريخ الآخر بأكثر منه فيهما كان السابق في التاريخ أولى م : (لأنه أثبت أنه أولى المالكين ، فلا يتلقى الملك إلا من جهته) ش : أي إلا من جهة أنه أول المالكين ، م : (ولم يتلق الآخر منه) ش : فلا شيء له .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ولو ادعى الشراء من واحد) ش : أي ادعى كل منهما أنه اشترى هذه العين من واحد ، كذا قال القدوري . وقال المصنف - رحمه الله - : م : (معناه) ش : أي معنى قول القدوري من واحد م : (من غير صاحب اليد) .

قال الأترابي : فيه نظر ، لأن معنى دعوى الشراء من واحد معنى تلقي الشراء من واحد لا من اثنين ، وذلك الواحد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث ، أو في يد أحدهما ، أو في أيديهما ، ولا معنى لقوله : « معناه من غير صاحب اليد » ، انتهى .

وقال الكاكي - رحمه الله تعالى - : في تقييده بهذا القيد ، معناه من غير صاحب اليد ليست زيادة فائدة ، فإن في هذا الحكم المرتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواها الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع وجد أو لا يعلم فيه خلافاً ، ذكره في « الذخيرة » م : (وأقام البينة على تاريخين) ش : أي أو أقام المدعيان المذكوران بينة على تاريخين مختلفين ، م : (فالأول) ش : أي صاحب التاريخ الأول م : (أولى لما بينا أنه أثبت في وقت لا منازع له فيه) ش : أي في ذلك الوقت .

وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر ، وذكرنا تاريخاً فهما سواء ، لأنهما يشتان الملك لبائعيهما ، فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل . ولو وقت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين ، لأن توقيت إحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما بالبينة تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره . ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره ، والثالث الميراث من أبيه ، والرابع الصدقة والقبض من آخر فقضى بينهم أربعاً ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق . قال : فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ ولصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وهو رواية عن محمد - رحمه الله -

م : (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء) ش : أي على أن كل واحد اشترى م : (من آخر) ش : أي أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلاً ، وآخر على الشراء من عمرو م : (وذكرنا تاريخاً) ش : واحداً م : (فهما سواء ، لأنهما يشتان الملك لبائعيهما ، فيصير كأنهما حضرا) ش : وادعيا وتاريخاً واحداً م : (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) ش : أن كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك .

م : (ولو وقت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين ؛ لأن توقيت إحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً ، لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما بالبينة تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره ؛ ولو ادعى وحدهما الشراء من رجل والآخر) ش : أي وادعى الآخر م : (الهبة والقبض من غيره ، والثالث) ش : وادعى الثالث م : (الميراث من أبيه ، والرابع) ش : أي وادعى الرابع م : (الصدقة والقبض من آخر) ش : وأقاموا البينة م : (فقضى بينهم أربعاً ؛ لأنهم يتلقون الملك من باعتهم) .

ش : وفي بعض النسخ : م : (من باعتهم) ش : كلاهما بطريق التغليب ، لأن البائع واحد من المالكين الأربع ، فكان المراد من مملكتهم . وفي بعض النسخ : من متلقيهم استدلالاً بلفظ يتلقون ، وكذا في نسخة شيخي العلاء - رحمه الله - م : (فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) ش : ، لأنهم استروا في دعوى الملك ، وقد اثبتوه بالحجة ، فيوزع بينهم .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة) ش : أي أقام البينة م : (على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) ش : وقال المصنف - رحمه الله - م : (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وهو رواية عن محمد - رحمه الله -

وعنه -رحمه الله- : أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه ، لأن البيتين قامتتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك ، فكان التقدم والتأخر سواء . ولهما : أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فشبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته ، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة . وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بيناه . ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ، ووقفت

وعنه -رحمه الله-) ش: أي وعن محمد -رحمه الله- م: (أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه) ش: أي رجع محمد إلى القول بأن بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل إلا في التناج ، وعند الأئمة الثلاثة : بينة ذي اليد أولى في كل الوجوه لترجحها باليد ، وفي «المبسوط» ، ذكر ابن سماعة في «نوادره» : أن محمداً رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة .

وقال : لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ، ولا عبرة للتاريخ إلا في التناج وما في معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب الأولية الملك ، بخلاف التناج م: (لأن البيتين قامتتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك) ش: يعني بالشراء ونحوه ، وهو معنى قوله م: (فكان التقدم والتأخر سواء) ش: يعني في التاريخ ، لأن التاريخ لا يدل على صفة الملك أولاً وأخيراً أو صار وجوده وعدمه سواء لا يملك على صفة الملك أولاً وأخيراً ، فصار وجوده وعدمه سواء .

وقال الكاكي : قوله «لم يتعرضا لجهة الملك» احترازاً عما لو قامتتا على تاريخ في الشراء أو أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، سواء كان البائع واحداً أو اثنين عندنا ، خلافاً للشافعي -رحمه الله- في قوله م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع) ش: ، أي دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات تلقي الملك من قبله .

م: (فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فشبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته) ش: أي من جهة ذلك الشخص م: (وبينة ذي اليد على الدفع) ش: أي دفع الخصومة م: (مقبولة) ش: فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة .

م: (وعلى هذا الاختلاف) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد -رحمهم الله- لو كانت الدار في أيديهما) فتوقتا ، فصاحب الوقت الأقدم أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا عبرة بالوقت م: (والمعنى ما بيناه) ش: أراد به ما ذكره من الدليل في الطرفين .

م: (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) ش: يعني من غير ذكر سبب م: (ووقفت

أحدهما دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمهما الله - الخارج أولى . وقال أبو يوسف - رحمه الله - وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أول ؛ لأنه أقدم فصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى . ولهما : أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما . ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد : الذي أطلق أولى ؛ لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض .

أحدهما) ش: أي أحد البيتين م: (دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - الخارج أولى . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أول ؛ لأنه أقدم) ش: لأن بينته قد دلت على تقدم الملك ، فكانت أولى م: (فصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما) ش: يعني إذا ادعى من واحد وأرخ أحدهما يقضي للمؤرخ ، وهو معنى قوله م: (كان صاحب التاريخ أولى) .

ش: م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : م: (أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع ههنا) ش: لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهة ، وها هنا لم يتعين م: (حيث وقع الشك في التلقي من جهته) ش: أي من جهة ذي اليد ، لأن بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهة الإمكان أن الأخرى إذا وقتت كانت أقدم تاريخاً ، م: (وعلى هذا) ش: أي وعلى هذا الخلاف م: (إذا كانت الدار في أيديهما) ش: وأرخت إحداهما على ملك مؤرخ ، والأخرى على مطلق الملك فقط سقط التاريخ عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لأبي يوسف فإنه يقول الذي وقت أولى .

م: (ولو كانت) ش: أي الدار م: (في يد ثالث ، والمسألة بحالها) ش: أي أرخت إحداهما فقط م: (فهما سواء عند أبي حنيفة - رحمه الله - ،) ش: أي الخارجان سواء عنده ، وبه قال الشافعي في الأصح ، ومالك وأحمد .

م: (وقال أبي يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد - رحمه الله - : الذي أطلق أولى لأنه) ش: أي لأن الإطلاق م: (ادعى أولية الملك) ش: فيدل على ملك الأصل ، م: (بدليل استحقاق الزوائد) ش: المتصلة كالسمن ، والمنفصلة كالأكساب والأولاد ، يعني إذا ادعى رجل ملكاً مطلقاً كانت الزوائد كلها له ، م: (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) ش: أي وبدليل رجوع البائعين بعضهم على بعض عند استحقاق الملك .

ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق
 يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن
 التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم ، فسقط اعتباره ، فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق ،
 بخلاف الشراء لأنه أمر حادث ، فيضاف إلى أقرب الأوقات ، فيترجح جانب صاحب التاريخ .
 قال : وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى ، لأن
 البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد ، فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو
 الصحيح ، خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان - رحمه الله - : أنه تنهاتر البينتان ويترك في يده لا على
 طريق القضاء ،

م : (ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق) ش :
 يعني من غير التاريخ م : (يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن) ش : يعني العمل باليقين راجح
 على المحتمل م : (كما لو ادعيا الشراء) ش : أولاً أحدهما دون الآخر ، كان صاحب التاريخ أولى .
 م : (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن التاريخ يضامه) ش : يعني يزاحمه م : (احتمال عدم التقدم
 فسقط اعتباره) ش : أي اعتبار التاريخ م : (فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق) ش : ولم يؤرخا
 كان بينهما م : (بخلاف الشراء) ش : جواب عن قول أبي يوسف م : (لأنه أمر حادث) ش : أي لأن
 الشراء أمر حادث باتفاقهما عليه . وإذا كان كذلك م : (فيضاف إلى أقرب الأوقات) ش : لأنه لا بد
 للحدوث من التاريخ م : (فيترجح جانب صاحب التاريخ) ش : فيرجح المؤرخ .

م : (قال) ش : القدوري م : (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج
 فصاحب اليد أولى) ش : سواء أقامها قبل القضاء للخارج أو بعد القضاء له وبه قالت الأئمة
 الثلاثة .

وقال الشافعي في وجه : بين الخارج أولى بعد القضاء له ، لأن ملك اليد يقضي بزوالها ، فلا
 ينقضي القضاء . وقال في الأصح : بينة ذي اليد أولى بعد القضاء للخارج وقبله .

وقال ابن أبي ليلى : بينة الخارج أولى ، م : (لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد) ش : أي
 النتاج م : (فاستويا ، وترجحت بينة ذي اليد باليد ، فيقضى له ، وهذا) ش : أي ما ذكر من القضاء لذي
 اليد م : (هو الصحيح ، خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان - رحمه الله - : أنه تنهاتر البينتان ويترك في يده)
 ش : أي في يد ذي اليد م : (لا على طريق القضاء) ش : بل لعدم القضاء بالخاص .

حاصل الكلام : أن عيسى بن أبان - رحمه الله - يقول عندي في النتاج تنهاتر البينتان لتيقن
 القاضي بكذب أحدهما ، إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين ، فصار كأنهما لم يقيما بينة ولو لم
 يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك ، حتى يحلف ذو اليد له للخارج ، كذاها هنا ، وهذا

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على التناج عنده فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه . ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان ، لأن بينته قامت على أولية الملك ، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته ، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة التناج أولى لما ذكرنا . ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على التناج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد ، لأن الثالث لم يصير مقضياً عليه بتلك القضية ، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق

ليس بصحيح ، فإن محمداً ذكر في خارجين أقاما بينة على التناج أنه يقضى بينهما نصفين ، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد ، فعلم أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق ، حتى لا يحلف ذي اليد ، كذا في «الذخيرة» و«المبسوط» .

م: (ولو تلقى كل واحد منهما) ش: أي من صاحب اليد والخارج م: (الملك من رجل وأقام البينة على التناج عنده) ش: أي عند الرجل ، كذا قاله الكاكي : - رحمه الله - .

وقال الأكمل : - رحمه الله - عند من تلقى منه . وفي «الذخيرة» صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه آخر أنه عبده اشتراه من فلان وأنه ولد له في ملك فلان الذي باعه وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبده واشتراه من فلان يريد رجل آخر ، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضى لذي اليد ، لأن كل واحد خصم في إثبات تناج بائعه كما هو خصم في إثبات ملك بائعه .

ولو حضر البائعان وأقام البينة ، على التناج كان ذو اليد أولى ، فهذا مثله . وهذا معنى قوله م: (فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه) ش: فيقضى به لذي اليد .

م: (ولو أقام أحدهما البينة على الملك) ش: المطلق م: (والآخر) ش: وأقام آخر البينة م: (على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان) ش: يعني سواء كان صاحب اليد أو الخارج م: (لأن بينته) ش: أي بينة صاحب التناج م: (قامت على أولية الملك ، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته) ش: أي من جهة صاحب التناج ، م: (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة التناج أولى لما ذكرنا) ش: أي يد على أولية الملك .

م: (ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على التناج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) ش: على التناج م: (لأن الثالث لم يصير مقضياً عليه بتلك القضية) ش: لأن المقضى به الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى ثبوته في حق آخر ، م: (وكذا المقضي عليه بالملك المطلق) ش: يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبرهنا ، فقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافاً للشافعي ومالك .

إذا أقام البيئنة على النتائج تقبل وينقض القضاء به ؛ لأنه بمنزلة النص ، والأول بمنزلة الاجتهاد .
قال : وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا
يتكرر لأنه في معنى النتائج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمعزى وجز الصوف . وإن كان
يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخبز

ثم أن ذا اليد المقضى عليه بالملك المطلق م: (إذا أقام البيئنة على النتائج تقبل وينقض القضاء به) ش:
الأول ، م: (لأنه بمنزلة النص والأول بمنزلة الاجتهاد) ش: أي نص يدل بخلاف الاجتهاد ، فيتنقض
الاجتهاد به ، فكذا هنا فسر الكاكي - رحمه الله - .

وقال الأكمل : لأنه بمنزلة النص لدلالته على الأولية قطعاً ، فكان القضاء واقعاً على خلافه
كالقضاء الواقع على خلاف النص .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة
كغزل القطن) ش: ، هذا عطف على قوله : وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيئنة
بالتناج ، فصاحب النتائج أولى ، يعني كذا الحكم إذا أقام البيئنة على نسيج ثوب فيما لا يتكرر
نسجه كغزل القطن كان ذو اليد أولاً ، لأن ما لا يتكرر في معنى النتائج وهو لا تكرر .

وفي «المحيط» : التناج عبارة عن أولية الملك ، وكل سبب يشعر بأولية الملك فهو كالتناج ،
وكل ما يتكرر وفيه سبب الملك ، ويضع مرتين لم يكن في معنى التناج وإن كان مشكلاً ، بل
يتكرر أم لا ، في رواية أبي حفص : يلتحق بما يتكرر . وفي رواية أبي سليمان : لا يلحق بما
يتكرر ، فالبناء وغرس الشجر والقطن النائب وزرع الحنطة ، والجوب : يتكرر ، تشوية اللحم
وكتابة المصحف واحتياط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشو والصبغة يتكرر أيضاً ،
لأن هذه الأشياء تفعل مرتين ، واتخاذ الجبن والطحن وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر ،
والشج في الثوب المتخذ من غزل القطن والإبريسم لا يتكرر ، وفي الثوب المنسوج من الصوف
والشعر يتكرر .

م: (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) ش: يعني يقضى به لذي اليد م: (لأنه في معنى
النتائج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمعزى) ش: بكسر الميم والعين ، فإذا شدت الزاي قصرت ،
وإذا خففت مدت ، وقد يقال : معزاً بفتح الميم مخففاً ممدوداً ، وهي كالصوف تحت شعر الغنم ،
والميم فيه زائدة م: (وجز الصوف) ش: بأن أقام رجل البيئنة أن صوفه جزء من غنمه وأقام ذو اليد
البيئنة على مثل ذلك كان ذو اليد أولى .

م: (وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق ، وهو مثل الخبز) ش: وهو بفتح الخاء
المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً ، قيل : وهو نسيج ،

والبناء والغرس وزراعة الخنطة والحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج ؛ لأن القضاء بينته هو الأصل ، والعدول عنه بخبر التاج ، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل ، قال : وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى ، لأن الأول إن كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي ، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه . قال : وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البيتان وترك الدار في يد ذي اليد ، قال : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وعلى قول محمد يقضى بالبيتين ويكون للخارج ؛ لأن العمل بهما ممكن ، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار ، لأن القبض دلالة

القبض دلالة

فإذا بلي يغزل أخرى ثم ينسج م : (والبناء والغرس وزراعة الخنطة والحبوب ، فإن أشكل) ش : بأن لم يدر هل يكرر أم لا م : (يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به) ش : والواحد منهم يكفي ، والاثنتان أحوط ؛ قال الله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ (النحل : الآية ٤٣) ، م : (فإن أشكل عليهم) ش : أي على أهل الخبرة م : (قضى به للخارج ، لأن القضاء بينته) ش : أي بينة الخارج م : (هو الأصل) ش : عندنا م : (والعدول عنه) ش : أي عن الأصل م : (بخبر التاج) ش : وهو ما روي : « أنه عليه السلام قضى في تعارض بيتي الخارج الذي اليد » ، وهذا رواه محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر : « أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته ينحراها عنه ، وأقام الذي هي في يده البينة أنها ناقته فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده » م : (فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل) ش : وهو بينة الخارج .

م : (قال) ش : أي القُدوري - رحمه الله - : م : (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) ش : أي من الخارج م : (كان صاحب اليد أولى ؛ لأن الأول) ش : أي الخارج م : (وإن كان يدعي أولية الملك فهذا) ش : أي ذو اليد م : (تلقى منه وفي هذا لا تنافي) ش : بين الأمرين ، فيقضى بيينة ذي اليد م : (فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه) ش : فيقضى بينته . م : (قال) ش : أي القُدوري - رحمه الله - : م : (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت) ش : أي تساقطت م : (البيتان وترك الدار في يد ذي اليد ، قال) ش : أي المصنف - رحمه الله - : م : (وهذا عند أبي حنيفة - رحمهما الله - وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبيتين ، ويكون للخارج ؛ لأن العمل بهما) ش : أي بالبيتين م : (ممكن) ش : ، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الآخر وقبض ثم باع ولم يقبض ، وهو معنى قوله م : (فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) ش : أي من الخارج م : (الدار) ش : إليه م : (لأن القبض دلالة

السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر؛ لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما: أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع ، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع ، كذا ههنا .

السبق على ما مر) ش: من قوله ، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، م: (ولا يعكس الأمر) ش: أي لا يجعل كأن الخارج اشتراه من ذي اليد أولاً ثم باعه من ذي اليد ، لأن في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض ، فلا يجعل كذلك .

م: (لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده) ش: أي عند محمد -رحمه الله- ، وإيضاح هذه المسألة فيما قال شيخ الإسلام -رحمه الله- في «مبسوطه»: إذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه كدار في يد رجل جاء رجل وادعى أنه اشتراها من الخارج اليد بألف درهم ونقده الثمن ، وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج بخمسمائة درهم ونقده الثمن ، وأقاما جميعاً البينة على ما ادعيا ، فهذا لا يخلو من أربعة أوجه إن لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما على السواء ، أو أرخ أحدهما أسبق دون الآخر . فعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله تعالى - وأبي يوسف -رحمه الله تعالى- تهاثرت البيتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك لا قضاء استحقاق ، سواء شهد الشهود بالشراء والقبض جميعاً أو شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض . وعند محمد -رحمه الله- تقبل البيتان جميعاً ويقضى بعقدين إلا إنهم إن شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض ، فإن شراء ذي اليد يقدم على شراء الخارج ، فيجعل كأن ذا اليد اشترى أولاً من الخارج قبض ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إلى الخارج وإن شهدوا بالقبض والشراء جميعاً فإنه يقدم شراء الخارج على شراء ذي اليد كأن الخارج اشترى أولاً من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك وسلم إليه فيقضى لذي اليد شراء من الخارج .

م: (ولهما) ش: لأبي حنيفة وأبي يوسف : م: (أن الإقدام على الشراء إقرار منه) ش: أي من المشتري م: (بالملك للبائع ، فصار كأنهما) ش: أي كأن الشهادتين م: (قامتا على الإقرارين) ش: يعني صار هذا بمنزلة ما لو قام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك ؛ فلو كان كذلك تهاثر الإقراران جميعاً ، لأن الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت بالمعينة . ولو عاينا إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه فأبطلنا الإقرارين جميعاً ، وهذا مثله ، يعني أن شهود كل واحد منهما لم يشهد بالتاريخ ، وكل واحد منهما لم يشهد بالتاريخ ، وكل إقرارين ظهرا ولا يعرف سبق أحدهما جعلاً لأنهما وقعا معاً ، فبطلاً للمنافاة بينهما م: (وفيه التهاثر بالإجماع) .

ش: قال تاج الشريعة : قبل ذكر الإجماع وقع سهو ، لأن عند محمد -رحمه الله- : بينة ذي اليد أولى ، وكذا في «الجامع» ، وفي «المنظومة» حيث قال : وذو اليد المالك منهما أثبتا قبضين ، والخارج منهما سكتا م: (كذا ههنا) ش: أي فكذا ما نحن فيه من تهاثر البيتين .

ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك ، وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق ، فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد، ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا الوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد -رحمه الله- للوجوب عنده . ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالإجماع ؛ لأن الجمع غير ممكن عند محمد -رحمه الله- لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول .

م: (ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك) ش: هذا جواب عن قول محمد -رحمه الله- يعني أن السبب إذا كان مقيداً للحكم يعتبر ، وإلا فلا ، وههنا السبب وهو شراء كل منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك ، لأن القضاء بالملك لأحدهما لا يمكن إلا على وجه يستحق عليه صاحبه م: (وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق) ش: أي بملك استحقه الخارج عليه ، فإذا كان كذلك م: (بقي القضاء له) ش: أي لذي اليد م: (بمجرد السبب) ش: دون الحكم م: (وإنه) ش: أي وإن القضاء بمجرد السبب دون الحكم م: (لا يفيد) ش: فلا يجوز .

م: (ثم لو شهدت البيتان) ش: المذكورتان م: (على نقد الثمن) ش: في شراء كل منهما الآخر بألف مثلاً م: (فالألف بالألف قصاص عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف م: (إذا استويا) ش: أي الثمنان في الجنس والصفة م: (بالوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص) ش: أي المقاصة م: (مذهب محمد -رحمه الله- للوجوب عنده) ش: ، أي لوجوب الثمن عند محمد -رحمه الله- لأن البيتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب .

م: (ولو شهد الفريقان) ش: أي فريقاً شهود الخارج وذوي اليد م: (بالبيع والقبض تهاترا) ش: أي تساقطتا م: (بالإجماع) ش: لكن على اختلاف التخريج ، فعندهما باعتبار أن دعوتهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه ؛ وفي مثل هذا يتهاثر الشهود ، فكذلك ههنا .

أما عند محمد : هو قوله : م: (لأن الجمع) ش: أي إمكان العمل بهما م: (غير ممكن عند محمد رحمه الله- لجواز كل واحد من البيعين) ش: باعتبار أنهم لما أثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان يبيعهما جائزاً ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فتساقطتا للتعارض فتبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت ، فصار كأنهم لم يشهدوا م: (بخلاف الأول) ش: وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حتى يقضى بالبيتان ، وتكون للخارج عنده ، لأن الجمع بين البيتين ممكن ، لأننا لو جعلنا بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض ، وهو لا يجوز فيجعل بيعه سابقاً . وفي «الكافي»: وهذا يخالف ما ذكر في «المبسوط» و«الجامع الكبير» وغيرهما ، فإنه ذكر فيهما : لو

وإن وقت البيئتان في العقار ولم تثبتا قبضاً ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما ، فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما ، وعند محمد - رحمه الله - يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض ، فبقي على ملكه ، وإن أثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد ؛ لأن البيعين جائزان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين ، فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال : وإن أقام أحد المدعين شاهدين ، والآخر أربعة فهما سواء ، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة ، كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة

فيها

شهدوا بالعقد القبض يقضى بالبيئتين عنده لذي اليد ، إذ العمل بالبيئتين ممكن بأن يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها ، ثم الخارج باعها وسلمها ، بخلاف ما إذا لم يذكروا القبض حيث يقضي بها للخارج ، لأنهما ما أثبتا القبض بالشهادة ، وقد ثبت القبض عياناً وهي دلالة السبق ، فجعلنا ذا اليد مشترياً من الخارج أولاً ، وقد قبضها ثم باعها من الخارج ، فيؤمر بتسليمها إليه .

م : (وإن وقت البيئتان في العقار) ش : فيه العقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر م : (ولم تثبتا قبضاً ، ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما) ش : أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - ، م : (فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد ، وهو) ش : أي البيع قبل القبض م : (جائز في العقار عندهما ، وعند محمد - رحمه الله - يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه) ش : أي بيع العقار م : (قبل القبض ، فبقي على ملكه ، وإن أثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد ، لأن البيعين جائزان على القولين) ش : أي قولهما وقول محمد - رحمه الله - م : (وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين) ش : أي في الوجه الذي شهدوا بالقبض في الوجه الذي لم يشهدوا به م : (فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض) ش : كأنه اشتراه م : (ثم باع ولم يسلم) ش : أي المشتري م : (أو سلم ثم وصل إليه) ش : أي إلى ذي اليد م : (بسبب آخر) ش : من عارية أو إجارة .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة) ش : أي وأقام المدعي للآخر أربعة من الشهود م : (فهما سواء) ش : يعني لا يترجح أحد المدعين على الآخرين بزيادة العدد في بينته وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في المشهور عنه وأحمد ، وقال الشافعي ، في القديم ومالك في رواية : ترجح بزيادة العدد ، لأن القلب إلى قولهم أميل وعند مالك : يرجح بزيادة العدالة ، فيقضى بأعدل البيئتين م : (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل ، بل بقوة فيها) ش : أي بل الترجيح بقوة فيها أي في الشهادة والترجيح عبارة عن تقوية أحد الطرفين على الطرف الآخر ليعمل به ، والتقوية

على ما عرف . قال : وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة - رحمه الله - اعتباراً بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف ، فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما . وقالوا : هي بينهما أثلاثاً ، فاعتبرا طريق العول

بالوصف يكون ، وهو معنى الصدق في الشهادة . وذلك في أن يتعارض شهادة المستورع مع شهادة العدل بأن أقام أحد المدعين مستورين والآخر عدلين فإنه يترجح الذي شهد له العدلان بظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادة شهوده ، وكذلك في النسب والنكاح لو ترجح حجة الخصمين باتصال القضاء ، لأن ذلك مما يؤكد ركن الحجة ، فإن لقضاء القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ، ويتبين جانب الصدق .

وعلى هذا قلنا في العلتين : إذا تعارضتا لا يترجح أحدهما بانضمام علة أخرى إليها وإنما يترجح بقوة الآخر فيها إذ به يتأكد ما هو الركن في صحة العلة ، وكذلك الخبران إذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر ، بل بما فيه يتأكد معنى الحجة ، وهو الاتصال برسول الله ﷺ ، و يترجح بعفة الراوي وحسن ضبطه وإتقانه ، لأنه يتقوى به ، يعني الاتصال برسول الله ﷺ على الوجه الذي وصل إلينا بالنقل م : (على ما عرف) ش : أي في أصول الفقه .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإذا كانت داراً في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة - رحمه الله - اعتباراً بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له) ش : أي النصف م : (بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما) ش : توضيح ذلك : أنا نحتاج إلى حساب له نصف ، ولنصف نصف صحيح ، وأقل ذلك أربعة أسهم ، فأصل الدار على أربعة أسهم يقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان ، ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار ، فيبقى النصف وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه ، فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم ، فقد جعل المدعي الجميع مرة سهمان بلا منازعة ، وسهم مع المنازعة ، وذلك ثلاثة أرباع الدار ، فكان له ثلاثة أسهم ، ومدعي النصف سهم .

م : (وقالوا) ش : أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (هي) ش : أي الدار م : (بينهما) ش : أي بين المدعين م : (أثلاثاً ، فاعتبرا طريق العول) ش : والعول في اللغة : الارتفاع ، ومنه عال الميراث ؛ وذلك إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفي آخره المجموع لذلك

والمضاربة ، فصاحب الجميع يضرب كل حقه سهمين ، وصاحب النصف يضرب بسهم فتقسم أثلاثاً ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر ، وقد ذكرناها في الزيادات .

فيحتاج إلى العول . م : (والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد ، فتقسم أثلاثاً) ش : إيضاح ذلك : أن يدعي الجميع يضرب بالكل والآخر بالنصف ، فاجعل الدار على سهمين لحاجتك إلى النصف يضرب مدعي الجميع بالكل ، وذلك سهمان ، ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم ، فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم ثلثا الدار لمدعي الجميع والثلث لمدعي النصف .

وفي الميراث : يقسم على طريق العول بالإجماع كما في امرأة ماتت وتركت زوجاً وأخت لأب ، وأمّاً وأختاً الأن للزوج النصف والأخت لأب وأم النصف وللأخت من الأب السدس تكملة للثلثين ، فتعول الفرضية إلى سبعة ، وكانت في الأصل من ستة ، وكذلك هنا على قولهما .

م : (ولهذه المسألة نظائر) ش : أي أشباه م : (وأضداد) ش : يعني الخلاف فيه على عكس هذا عندهما يقسم على طريق المنازعة ، وعنده على طريق العول م : (لا يحتملها) ش : أي النظائر الأضداد م : (هذا « المختصر ») ش : أراد به « الهداية » م : (وقد ذكرناها) ش : أي الأشباه والأضداد م : (في الزيادات) ش : أي في الكتاب الذي جمعه وسماه « الزيادات » .

اعلم : أن جنس القسمة على أربعة أنواع :

أحدها : ما يقسم على طريق العول إجماعاً ، وهي ثمان مسائل :

الأولى : التركة إذا لم تعرف بالديون ، فإن أصابها يقسمونها فيما بينهم بطريق العول .

[. . . .]

الثالثة : إذا أوتي بثلث ماله لرجل وبريعه لرجل وبسدسه لرجل ولم تجز الورثة على حالة الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على العول .

الرابعة : الوصية بالمحاباة لهما بثلاثة آلاف درهم ، فإنه يقسم المحاباة بين الموصى لهما أثلاثاً بطريق العول .

الخامسة : الوصية بالعتق ، وصورتها : أوصى أن يعتق من هذا العبد نصفه ، وأوصى بأن يعتق من عبد آخر ثلثه وذلك لا يخرج من ثلث المال ، فيقسم الثلث بينهما بطريق العول فيسقط من كل واحد حصته من السعاية .

السادسة : الوصية بالألف مرسله ، أي مطلقة ، والآخر بالغين ، كذلك يكون الثلث بينهما

بطريق العول .

السابعة : عبد فقاً عين رجل حر وقتل آخر خطأ ، يقسم الجاني بينهما على سبيل العول ثلثاه لولي القتيل ، وثلثه للآخر .

الثامنة : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت قيمته إلى ولي الجنائتين تكون القسمة بينهما بطريق العول .

النوع الثاني : ما يقسم بطريق المنازعة إجماعاً ، وهي مسألة واحدة : فضولي باع عبد الغير من رجل ، وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين ، فاختر المشتريان الأخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة أرباعه ، ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة .

النوع الثالث : ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق العول وهي ثلاثة : مسألة الكتاب .

والثانية : إذا أوصى لرجل بجميع ماله وأجازه الورثة .

والثالثة : إذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره .

النوع الرابع : بطريق العول عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل :

أحدها : عبد مآذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة ، فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ، ويثبت نصفه الذي في نصيب شريكه ، فإذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه .

والثانية : إذا أدانه أجنبيان ، أحدهما : مائة والآخر : مائتان يقسمان عنه على هذا .

والثالثة : عبد قتل رجلاً خطأ ، وآخر عمداً ، وللمقتول عمداً وليان فعفى أحدهما فدفعت بها كان على الخلاف المذكور .

والرابعة : لو كان الجاني مدبراً على هذا الوجه فدفعت قيمته ، كانت بينهما كذلك .

والخامسة : أم ولد قتلت مولاه وأجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان ، فعفى ولي كل واحد منهما على التعاقب فإنه يسعى في ثلاثة أرباع قيمتها ، فتقسم بين الساكنين فيعطوا الربع لشريك العافي ، فأجرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثاً ، ثلثاه لشريك العافي أولاً ، والثلث لشريك العافي آخراً عنده ، وعندهما أربعاً .

أما الأضداد فهي ثلاث مسائل :

قال : ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء ، لأنه خارج في النصف ، فيقضى ببيئته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه؛ لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً يماسكه ولا قضاء بدون الدعوى ، فيترك في يده .

أحدها : مدبر قتل رجلاً خطأ وآخر عمدًا وله وليان ، فعفى أحدهما فدفع المولى قيمته ، كانت القيمة عنده بين ولي الخطأ ، والذي لم يعف أثنائًا على طريق العول ، وعندهما أرباعًا على طريق المنازعة .

والثانية : ما إذا كان القاتل عبدًا ووقع المولى بالجنايتين .

والثالثة : عبد بين رجلين أذنًا له في التجارة ، وقد مرت هذه الثلاث مسائل في النوع الرابع بطريق العول .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (ولو كانت في أيديهما) ش : ادعى أحدهما نصفها ، والآخر كلها م : (سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء) ش : وبه قال أحمد ؛ وقال الشافعي - رحمه الله - في رواية مالك : تبقى الدار في أيديهما كما كانت ، وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية م : (لأنه) ش : أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع م : (خارج في النصف) ش : الذي في يد صاحبه وبرهنا م : (فيقضى ببيئته) ش : أي بيئته صاحب الجميع ، م : (والنصف الذي في يديه) ش : أي في يدي صاحب الجميع م : (صاحب لا يدعيه ؛ لأن مدعاه النصف) ش : فإذا كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع ، فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهو معنى قوله م : (وهو في يده سالم له) ش : أي والنصف الذي في يد صاحب الجميع .

م : (ولو لم ينصرف إليه) ش : أي إلى النصف ، قال تاج الشريعة : هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال لا نسلم أن دعواه في النصف الذي في يده حتى يسلم له ، بل حقه ثابت في الكل . فأجاب عنه : بأنه لو لم ينصرف إليه م : (دعواه) ش : أي إلى النصف الذي في يده م : (كان ظالماً يماسكه) ش : والأصل : أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم والفساد إذا أمكن حمله على الصحة والسداد .

م : (ولا قضاء بدون الدعوى) ش : لأن دعوى صاحب النصف ينصرف إلى النصف الذي في يده ولم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع ، وإذا كان كذلك لا قضاء بدون الدعوى ، م : (فيترك في يده) ش : أي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع لا على وجه القضاء .

قال : وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن الحال تشهد له فيترجح . وإن أشكل ذلك كانت بينهما ، لأنه سقط التوقيت ، فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخاً . وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البيتان ، كذا ذكره الحاكم الشهيد ، لأنه ظهر كذب الفريقين ، فترك في يد من كانت في يده . قال : وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله تعالى - م : (وإذا تنازعا في دابة) ش : والدابة في يد ثالث م : (وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده) ش : قال الجوهرى : نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله نتج نتاجاً وقد نتجها أهلها نتجاً م : (وذكرنا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) ش : أي لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال ، وهو معنى قوله : م : (لأن الحال يشهد له) ش : فإذا كان كذلك م : (فيترجح) ش : أي صاحب اليد .

م : (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) ش : أي وإن أشكل سن الدابة بينهما م : (لأنه سقط التوقيت) ش : لأنه لا دلالة فيه فكأنهما أقاما البينة على التناج م : (فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخاً . وإن خالف سن الدابة الوقتين) ش : أي في دعوى الخارجين م : (بطلت البيتان ، كذا ذكره الحاكم الشهيد لأنه ظهر كذب الفريقين ، فترك في يد من كانت في يده) ش : وقال في « شرح الأقطع » : فإن خالف سن الدابة الوقتين قضى لصاحب اليد ، ثم قال : قال الحاكم الشهيد - رحمه الله - : الصحيح أن تبطل البيتان .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبججاي - رحمه الله - « في شرح الكافي » للحاكم الشهيد - رحمه الله - : وإن كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين ، لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهما لم يوقت .

وفي رواية أبي الليث الخوارزمي : إذا كانت الدابة على غير الوقتين فالبيتين باطلة لأنه ظهر كذبهما . في « المبسوط » من مشايخنا من قال : تبطل البيتان ، والأصح ما قاله محمد - رحمه الله - وهو أن الدابة بينهما في الفصلين ، يعني إذا كان سن الدابة مشكلة ، وفيما إذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (وإذا كان عبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق) ش : في سبب الاستحقاق ، وذلك لأن المدوع لما جحد الوديعة صار كالغاصب ، فصار دعوى الوديعة والغصب سواء ، والتهاروي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق .

(فصل في التنازع بالأيدي)

قال : وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر ، فإنه يختص بالملك ، وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج ، والآخر رديفه فالراكب أولى ، بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى ، لأنه هو المتصرف ، قال : وكذا إذا تنازعا في قميص ، أحدهما لابس ، والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ، لأنه أظهرهما تصرفًا . ولو تنازعا في بساط

م : (فصل في التنازع بالأيدي)

ش : أي هذا فصل في بيان حكم التنازع بالأيدي . ولما فرغ من بيان وقوع الملك بالينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) ش : ولا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة ، وفي «الذخيرة» لو تعلق أحدهما بلجامها والآخر بذنبها فالمتعلق باللجام أولى ، لأنه لا يتعلق باللجام غالبًا إلا المالك ، أما الذنب فقد يتعلق به غيره م : (لأن تصرفه) ش : أي تصرف الراكب م : (أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى) ش : من الرديف ، وكذا إذا تنازعا في الدار وأحدهما ساكنها والآخر أخذ بحلقة الباب أن الساكن أولى .

وقال الأسبيجاني في «شرح الطحاوي» : ولو كانا جميعًا راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضى بالدابة بينهما بالإجماع ؛ وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال : يقضى بالدابة للراكب في السرج .

ونقل الناطفي - رحمه الله - في «الأجناس» عن «نوادر العلي» : رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديف فادعى الدابة ، ففي الراكب السرج ، فإن كان في السرج فهي بينهما نصفان ، فعلم بما ذكر في «شرح الطحاوي» و«الأجناس» : أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفان ، وما ذكره المصنف بقوله : وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج والآخر رديفه ، فالراكب أولى من الرديف ، فذلك على رواية «النوادر» .

م : (بخلاف ما إذا كانا راكبين) ش : أي في السرج ، م : (حيث تكون) ش : أي الدابة م : (بينهما لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق ، فصاحب الحمل أولى ؛ لأنه هو المتصرف . قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابس والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ؛ لأنه أظهرهما تصرفًا . ولو تنازعا في بساط

أحدهما جالس عليه ، والآخر متعلق به فهو بينهما ، معناه لا على طريق القضاء ؛ لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا . قال : وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر ، فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة ، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق . قال : وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال : أنا حر فالقول قوله ، لأنه في يد نفسه ،

أحدهما جالس عليه، والآخر متعلق به فهو بينهما (ش: هذا لفظ القدوري . وقال المصنف - رحمه الله- : م: (معناه) ش: أي معنى ما قال القدوري : م: (لا على طريق القضاء) ش: يترك في يدهما م: (لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا) ش: أي لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بالنقل والتحويل أو يكون في يده حكماً بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك ، ولهذا لا يصير غاصباً بمجرد القعود عليه ، بخلاف الركوب على الدابة ، فإنه يصير غاصباً بمجرد الركوب عليه بغير الإذن .

م: (قال) ش: أي محمد : م: (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد الآخر ، فهو بينهما نصفان ؛ لأن الزيادة من جنس الحجة) ش: لأن كل واحد يمسك باليد ، إلا أن أحدهما أكثر استمسكاً م: (فلا يوجب زيادة في الاستحقاق) ش: ، كما لو تنازعا في دابة ولو احد عليها مائة من والآخر خمسون متاً كانت بينهما نصفين ، وكما لو أقام أحدهما اثنين من الشهود والآخر أربعة .

فإن قيل : يشكل على هذا الذي ذكره بعده وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة والآخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح ، إذ الشاهد من الطرفين وضع الجذع .

وأجيب : بأن وضع الخشبة حجة لثبوت الاستعمال فلا يترجح بزيادة الخشبات ، لأن الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها وفيه تأمل .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه) ش: والحال أنه يعبر عن نفسه ، أي يتكلم ويعقل ما يقوله م: (فقال : أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه) ش: وفي «الذخيرة» : [إذا] ادعيا عبداً وهو في أيديهما ، فإن كان العبد لا يعبر عن نفسه ، فالقاضي لا يقضي لأحدهما بالملك ما لم يقيم البينة ، ولكن يجعله في يديهما لأنه إذا لم يعبر عن نفسه فهو والبهيمة سواء .

وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك ، وعند الثلاثة : يحكم بالملك أيضاً ، لأن اليد عليه دليل الملك ، وإن كان العبد يعبر عن نفسه وقال «أنا حر» فالقول له ، ولا يقضى لهما بشيء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله- في وجه وأحمد - رحمه الله- في رواية ؛ وفي وجه قال : هذا كالذي لا يعبر عن نفسه ، وبه قال أحمد في رواية ، ولو قال : أنا عبد أحدهما لم يصدق ، وهو عبدهما .

ولو قال: أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق ، وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده ، لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها ، وهو بمنزلة متاع ، بخلاف ما إذا كان يعبر ، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ؛ لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره . قال : وإذا كان الحائض لرجل عليه جذوع أو متصل بينائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال، والهرادي ليست بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر

م : (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده ، لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده ؛ لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها، وهو بمنزلة متاع) ش: لا يد له على نفسه ، واعترض باللقيط إذا ادعى في لقيط لا يعبر عن نفسه ، فإنه لا يكون عبداً ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - وأحمد ، أجيب بأن يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه ، فلم تصح الدعوى منه بالشك ، بخلاف غيره لأن يده عليه ثابتة ، فتصح الدعوى منه .

فإن قيل : وجب أن لا يصدق في دعوى الرق ، لأن الحرية هي الأصل ، والرق عارض فلا تقبل إلا بالحجة ، أجيب بأنه اعترض على الأصل ما يدل على خلافه ، فيبطل الأصل وفيه نوع تأمل ؛ م : (بخلاف ما إذا كان يعبر) ش: أي عن نفسه ، فإنه إذا قال : «أنا حر» فالقول قوله كما مر ، م : (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ، لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره) ش: فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل .

م : (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير م : (وإذا كان الحائض لرجل عليه جذوع أو متصل بينائه) ش: أو الحائض متصل بينائه م : (وللآخر عليه) ش: أي على الحائض م : (هرادي) ش: وهو جمع هرديّة ، قصبات تضم ملتوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في «ديوان الأدب» ، ولكن صحح فيه الهاء والحاء جميعاً . وفي «الصحاح» : الحردى من القصب فهو نبطي معرب ، ولا يقال : الهردى . وفي «مختصر الكرخي» : الحردى بالحاء ، وفي «الجمهرة» : لأن الحردى مد في باب الحاء والذال والراء ، أما الذي تسمية البصريون الحردى من القصب فهو ينظر معرب ؛ وقال «صاحب الديوان» أيضاً : الحردى واحد حرادى القصبه ، فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعاً .

وقال الأتراسي : والرواية في الأصل و«الكافي» للحاكم الشهيد . وفي «الجامع الصغير» و«شرح الكافي» وقعت بالهاء لا غير . وفي «دستور اللغة» : هرادي السقف خشب بابه بالفارسية . وفي المغرب يقال له بالفارسي : وردوك م : (فهو) ش: أي الحائض م : (لصاحب الجذوع والاتصال ، والهرادي ليست بشيء ؛ لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر) ش: أي صاحب الهراي

صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ، ولأحدهما عليها حمل ، وللآخر كوز معلق بها . والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع . وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ، وقوله الهراذي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهراذي أصلاً . وكذا البواري ؛ لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً ، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراذي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما .

م : (صاحب تعلق) ش : أي بالحائط ، لأن الحائط يبنى لوضع الجذوع عليه دون وضع الهراذي ويظن المصنف - رحمه الله تعالى - هذا بقوله : م : (فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل ، وللآخر كوز معلق بها) ش : حيث تكون الدابة لصاحب الحمل ، وللآخر نوع تعلق بها ، ولكن لا يؤمر برفع الهراذي والبواري ؛ لأن القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع دون إبطال الاتصال الثابت للغير ظاهراً .

م : (والمراد بالاتصال) ش : أي المراد بالاتصال المذكور في قوله «أو متصل ببنائه» م : (مداخلة لبن جداره فيه) ش : أي في المتنازع فيه ، م : (ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع) ش : وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو أجر أن يكون اتصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في تصاف لبن غير المتنازع فيه ، وبالعكس ؛ وإن كانت من خشب فالتربيع أن يكون بناحية أحدهما مركبة في الأخرى ، وأما إذا نقل ما دخل لا يكون تربيعاً . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - وكان الكرخي يقول : صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه من الجانبين متصلاً ببحاطين لأحدهما ، والحائطان متصلان ببحايط له مقابلة بالاتصال ببحايط المتنازع وهذا ظاهر . قال الكاكي : - رحمه الله - : ويروي هذا ظاهر الرواية .

م : (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ش : فهو أولى ، به قال الشافعي وأحمد في رواية م : (وقوله) ش : أي وقول محمد في الجامع : م : (الهراذي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهراذي أصلاً ، وكذا البواري) ش : جمع بارية ، وهي التي تعمل من القصب ، وهي الحصرة ، وقال الأصمعي : البور بالفارسية وبالعربية باري وبوري وبارية م : (لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً ، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراذي ، وليس للآخر عليه شيء فهو) ش : أي الحائط م : (بينهما) ش : لاستوائهما ، وهذا باتفاق الأئمة الأربعة ، لأن وضع الهراذي والبواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يد لأن الحائط للتسقيف ، وذلك بوضع الجذوع عليه ، لا بوضع الهراذي والبواري ، وإنما توضع الهراذي والبواري للاستظلال ، والحائط لا يبنى للاستظلال ، فيصار كما لو كان لأحدهما على ثوب مبسوط ولا شيء للآخر ، وهناك يقضى بينهما ، فكذا هذا .

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة ، فهو بينهما لاستوائهما ، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة ، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، وللآخر موضع جذعه في رواية . وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ، ثم قيل : ما بين الخشب إلى الخشب بينهما . وقيل : على قدر خشبيهما . والقياس أن يكون بينهما نصفين ؛ لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة . ووجه الثاني : أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته . ووجه الأول : أن الحائط بيني لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع ، لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده . ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال

م : (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا معتبر بالأكثر منها)
 ش : أي من الجذوع م : (بعد الثلاثة) ش : يعني لو كان لكل منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا اعتبار للجذوع الأكثر من الثلاثة .

م : (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) ش : أي الحائط م : (لصاحب الثلاثة ، وللآخر موضع جذعه في رواية) ش : صاحب «الإملاء» عن أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - م : (وفي رواية) ش : كتاب الدعوى : م : (لكل واحد منهما ما تحت خشبه) ش : وذكر محمد في كتاب الإقرار أن الحائط لصاحب الخشب الكثير ، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الوضع م : (ثم قيل : ما بين الخشب إلى الخشب بينهما) ش : يعني بينهما نصفان ، لأنه لا يد لأحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منهما ، وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان ، كذلك ما بين الخشب ، م : (وقيل : على قدر خشبيهما) ش : أي على قدر الخشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ، ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة أخماس .

م : (والقياس : أن يكون بينهما نصفين ، لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة) ش : وهو رواية عن أبي حنيفة وقياس قول الشافعي وأحمد ، م : (ووجه الثاني :) ش : وهو رواية كتاب الدعوى م : (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) ش : لأن ذلك الموضع به مشغول بجذعه م : (ووجه الأول :) ش : هو رواية كتاب الإقرار وهو الاستحسان : م : (أن الحائط بيني لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له) ش : أي لصاحب الجذوع الواحد م : (حق الوضع) ش : أي حق وضع خشبه ، م : (لأن الظاهر ليس حجة في استحقاق يده) ش : فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعه ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزاً .

م : (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال) ش : وفي نسخه : لو كان لأحدهما اتصال

فالأول أولى ، ويروى أن الثاني أولى . وجه الأول: أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى . وجه الثاني: أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد . ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا . وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني . قال : وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها . قال : وإذا ادعى رجلان أرضاً يعني يدعى كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما ، لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبت

وللآخر جذوع وهو الصحيح من النسخ ليوافق الدليل المدعى . وفي «شرح الأقطع» : إذا اختلفا في الحائط ولأحدهما اتصال به من أحد الجوانب ولآخر عليه جذوع ، والاتصال هو مداخلة اللين بعضه في بعض ، م : (فالأول أولى) ش: أي صاحب الاتصال ، وبه قال شيخ الإسلام الطحاوي ؛ م : (ويروى أن الثاني أولى) ش: وهو صاحب الجذوع ، وبه قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

م : (وجه الأول: أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني) ش: وهو القول بأولوية الاتصال : م : (أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا) ش: أشار به إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق ، حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة م : (وهذه رواية الطحاوي) ش: أي كون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع م : (وصححها الجرجاني) ش: أي صحح رواية الطحاوي أبو عبد الله الجرجاني .

م : (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م : (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة) ش: بالمهملتين العرصة في الدار وبين أيديها م : (بينهما نصفان ، لاستوائهما في استعمالها) ش: أي في استعمال الساحة ، م : (وهو) ش: أي الاستعمال م : (المرور فيها) ش: ووضع الأمتعة فيها وصب الوضوء وكسر الحطب .

م : (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا ادعى رجلان أرضاً يعني يدعى كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها) ش: أي لأن اليد حق مقصود ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم ، لأن الأرض غير مشاهدة لتعذر إحضارها ، فإذا كان كذلك فلا بد من البينة ، م : (وما غاب) ش: أي والذي غاب م : (عن علم القاضي فالبينة تثبت) ش: لتعذر المشاهدة . وقوله : وما مبتدأ وغاب صلته . وقوله : فالبينة تثبت خبره ، وهي جملة اسمية وقعت خبراً

. وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحججة ؛ لأن اليد حق مقصود . وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا ، فلا تستحق لأحدهما من غير حجة . وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي يده لوجود التصرف والاستعمال فيها .

ودخلت الفاء عليها لتضمن المبتدأ معنى الشرط .

م: (وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحججة ؛ لأن اليد حق مقصود) ش: فلا يستحق أحدهما بغير حجة م: (وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا) ش: أشار إلى قوله لقيام الحججة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك . قال بعض مشايخنا : هذا قول أبي حنيفة ، وقالوا : يقسم بينهما م: (فلا تستحق لأحدهما من غير حجة ، وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها) ش: لأن من ضرورة الاستعمال إثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب ، ذكره البزدوي ، والله أعلم .

(باب دعوى النسب)

قال: وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له ، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي -رحمهما الله- دعوته باطلة ؛ لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه متناقضاً ولا نسب بدون الدعوى . وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه ؛ لأن الظاهر عدم الزنا ، ومبنى النسب على الخفاء ، فيعفى فيه التناقض ، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن ، لأنه قبضه بغير حق .

م: (باب دعوى النسب)

ش: أي هذا باب في بيان حكم دعوى النسب ، ولما ذكر دعوى المال شرع في دعوى النسب وقدم دعوى المال لكثرة وقوعها ، فكان أهم . وفي «الصحاح»: الدعوة بالكسر في النسب ، وبالفتح في الطعام ، وقيل على العكس .
قلت : وبالضم في الجهاد .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن البائع وأمه أم ولد له) ش: وتفسخ البيع ويرد الثمن .

م: (وفي القياس وهو قول وزفر والشافعي -رحمهما الله تعالى - لأن دعوته باطلة ؛ لأن البيع اعتراف منه) ش: أي من البائع م: (بأنه عبد) ش: أي بأن الولد عبد ، لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك م: (فكان في دعواه مناقضاً) ش: ودعوى التناقض مردود م: (ولا نسب بدون الدعوى) ش: أي ولا يثبت النسب بدون الدعوى .

م: (وجه الاستحسان: أن اتصال العلوق بملكه) ش: أي بملك المدعي وهو البائع م: (شهادة ظاهرة على كونه منه) ش: وذلك بمنزلة البينة العادلة حكماً في حق ثبوت النسب وحرية الولد في الأصل وصورورة الجارية أم ولد له م: (لأن الظاهر عدم الزنا ، ومبنى النسب على الخفاء) ش: جواب عن المناقض ، لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ولم يتبين له أنه منه م: (فيعفى فيه التناقض) ش: لأجل الخفاء .

م: (وإذا صحت الدعوى) ش: أي دعوى البائع م: (استندت إلى وقت العلوق) ش: منه م: (فتبين أنه باع أم ولده ، فيفسخ البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه) ش: أي لأن البائع م: (قبضه بغير حق) ش: فيجب عليه رده .

وإن ادعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعده فدعوة البائع أولى ، لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق ، وهذه دعوى استيلاء . وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائع ، لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة ، إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح ولا يبطل البيع ، لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوى تحرير وغير المالك ليس من أهله . وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، وإلا أن يصدقه المشتري ، لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة ، فلا بد من تصديقه . وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولده

م: (وإن ادعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعده) ش: دعوى البائع م: (فدعوى البائع أولى ، لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق) ش: إنما عينه بقوله «مع دعوى» لأنه لو ادعاه المشتري أولاً يثبت النسب منه ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب م: (وهذه دعوى استيلاء) ش: هذا جواب دخل تقديره كيف تصح الدعوى والمالك معدوم ، فأجاب بقوله «وهذه» أي دعوى البائع استيلاء ودعوى المشتري دعوى تحرير ، إذ الأصل العلوق لم يكن في ملكه ، ودعوى الاستيلاء أولى لاستنادها إلى وقت العلوق . ودعوى الاستيلاء لا تفتقر إلى حقيقة الملك ، ودعوى التحرير تفتقر إليها .

وقال الكاكي - رحمه الله - : قوله «دعوى استيلاء» في الحقيقة ، هذا جواب عن قول إبراهيم النخعي حيث قال فيها : يثبت النسب من المشتري ، لأن حقيقة الملك فيها وفي ولدها ، وللبائع حق ، والحق لا يعارض الحقيقة ، قلنا : هذه دعوى استيلاء . . . الخ .

م: (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع ، لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقيناً وهو) ش: أي اتصال العلوق بملكه م: (الشاهد والحجة) ش: في ثبوت النسب م: (إلا إذا صدقه المشتري ، فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح) ش: حملاً لأمره على الصلاح م: (ولا يبطل البيع ، لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) ش: في حق الولد م: (ولا حقه) ش: ولا حق المعتق في الجارية م: (وهذه دعوى تحرير) ش: يعني إذا لم تصر الجارية أم ولد تبقى الدعوى في الولد دعوى تحرير م: (وغير المالك ليس من أهله) ش: والبائع ليس بمالك فلا بد من تصديق المشتري .

م: (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، إلا أن يصدقه المشتري ، لأنه احتمال) ش: أي لأن الشأن أنه احتمال م: (أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه ، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولده

كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك . قال: فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبة بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك ، فلا يتبعه استيلاء الأم . وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذ البائع ، لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبعية وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه ، يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام : «أعتقها ولدها» والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ،

كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك (ش: وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ، لأن دعوته دعوى استيلاء ، حتى يكون الولد حر الأصل ، ولا يكون له ولاء على الولد ، لأن العلوق في ملكه يمكن ، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى ، لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي ، هذا الذي ذكرناه كله إذا علم مدة الولادة بعد البيع ، فإذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر أو لسته أشهر فصاعداً ما بينهما وبين ستين أو لأكثر من ستين ، فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً .

فإن ادعاه البائع فإنها لا تصح دعوته ، إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ؛ وإن ادعاه المشتري صح ؛ لأن أكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولكن هذا لا يمنع دعوى المشتري ، ولو سبق أحدهما صاحبه في الدعوى إن سبق المشتري صحت دعوته ، وإن سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوى واحدة منهما لوقوع الشك في إثبات النسب من كل واحد منهما . وإن ادعياه معاً فإنه لا تصح دعوى واحد منهما ، ويكون الولد عبد المشتري .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم ، لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاء الأم) ش: لأنه فرع النسب .

م: (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذ البائع ؛ لأن الولد هو الأصل في النسب) ش: والاستيلاء فرع النسب كما ذكرنا .

م: (فلا يضره) ش: أي فلا يضر نسب الولد م: (فوات التبعية) ش: وهو الأم أو أمومية الولد م: (وإنما كان الولد أصلاً لأنها) ش: أي لأن الأم م: (تضاف إليه ، يقال «أم الولد» وتستفيد) ش: أي الأم م: (الحرية من جهته) ش: أي من جهة الولد م: (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: («أعتقها ولدها») ش: . هذا تقدم في باب الاستيلاء ، رواه ابن ماجه .

م: (والثابت لها) ش: أي للأم م: (حق الحرية ، وله) ش: أي وللولد م: (حقيقتها) ش: أي

والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالوا : يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم ، لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري ، وعندهما متقومة فيضمنها . وفي «الجامع الصغير» : وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن . ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة . . ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب

حقيقة الحرية ، وهو ظاهر .

م : (والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم ؛ لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها) ش : أي ومالية أم الولد م : (غير متقومة عنده) ش : أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م : (في العقد والغصب) ش : ، حتى إذا اشترى أم الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها ، وكذلك لو غصبها فماتت عنده م : (فلا يضمنها المشتري) ش : أي عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - م : (وعندهما متقومة فيضمنها) ش : أي المشتري في العقد ، والغاصب في الغصب .

م : (قال) ش : أي المصنف - رحمه الله - : م : (وفي «الجامع الصغير») ش : إنما ذكر المصنف رواية «الجامع الصغير» إعلماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت ، م : (وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري) ش : لأقل من ستة أشهر من بيعها م : (فادعى البائع الولد ، وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه) ش : أي ابن البائع م : (ويرد عليه بحصته من الثمن) ش : يعني يقيم الثمن على قيمة الولد وقيمة أمه ، فما أصاب الأم يلزم المشتري ، وما أصاب الولد سقط عنه ، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع ، لأنه يثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولد ، وكذا الحكم فيها إذا دبرها أو استولدها ، ذكره التمرتاشي . وقال قاضي خان - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : ذكره شمس الأئمة السرخسي أن هذا قول أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - ، أما على قول أبي حنيفة : يرد الولد بجميع الثمن ، لأنه لا مالية لأم الولد .

قال الأتراسي : فيه نظر ، لأن محمداً - رحمه الله تعالى - نقل في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة - رحمه الله - صريحاً : أنه يرد الولد بحصته من الثمن ، وكذا ذكر في «الأصل» يرد إليه بحصته من الثمن . م : (ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة) ش : يعني إذا كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري م : (ووجه الفرق) ش : أي بينهما : إذا أعتق المشتري الأم ولم يعتق الولد حيث تكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد خاصة وبينهما إذا أعتق المشتري الولد دون الأم حيث تبطل دعوى البائع أصلاً م : (أن الأصل في هذا الباب) ش : أي في

الولد ، والأم تابعة له على ما مر . وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوى والاستيلاء وهو العتق في التبعية وهو الأم ، فلا يتمتع بثبوته في الأصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المحرور ، فإنه حر وأمه أمة لمولاه ، وكما في المستولدة بالنكاح . وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع بثبوته فيه وفي التبعية وإنما كان الإعتاق مانعاً ، لأنه لا يحتمل النقص كحق استلحاق النسب ، وحق الاستيلاء فاستويا من هذا الوجه ، ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق ، والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق

باب ثبوت النسب م : (الولد ، والأم تابعة له على ما مر) ش : من قوله «لأن الولد هو الأصل» في النسب .

م : (وفي الفصل الأول) ش : أي فيما إذا أعتق المشتري أم الولد : م : (قام المانع من الدعوى والاستيلاء وهو العتق في التبعية وهو الأم ، فلا يتمتع بثبوته في الأصل وهو الولد) ش : .

فإن قيل : إذا لم تمتنع الدعوى في الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العلق في ملكه يتيقن ، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع ، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع ، فكان ينبغي أن يبطل البيع ، وإلحاق المشتري .

أجاب المصنف بقوله : م : (وليس من ضروراته) ش : حرية الأم ، أي ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه م : (كما في ولد المحرور) ش : وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت م : (فإنه) ش : أي فإن الولد م : (حر) ش : عتيق بالقيمة ، وهو ثابت النسب من أبيه ، م : (وأمه أمة لمولاه) ش : وليست أم ولد لأبيه ، م : (وكما في المستولدة بالنكاح) ش : بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة فإنه يثبت نسب ولدها ، ولا تثبت أمومية أم الولد منها .

م : (وفي الفصل الثاني) ش : وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولد م : (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع بثبوته) ش : أي ثبوت ما ذكرنا من الاستيلاء والدعوى م : (فيه) ش : أي في الأصل م : (وفي التبعية) ش : وهو الأم م : (وإنما كان الإعتاق مانعاً) ش : أي إنما كان إعتاق المشتري الولد مانعاً لدعوى البائع م : (لأنه) ش : أي لأن الإعتاق م : (لا يحتمل النقص كحق استلحاق النسب) ش : أي من البائع في حق الولد م : (وحق الاستيلاء) ش : أي وحق استيلاء البائع في حق الأم م : (فاستويا) ش : أي استوى إعتاق المشتري وحق إستحقاق البائع م : (من هذا الوجه) ش : أي من حيث أنهما لا يحتملان النقص .

م : (ثم الثابت من المشتري) ش : هذا بيان ترجيح الإعتاق على الاستحقاق يعني الثابت من المشتري م : (حقيقة الإعتاق) ش : أي في الولد م : (والثابت في الأم حق الحرية ، وفي الولد للبائع حق

الدعوة ، والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق ، لأنه لا يحتمل النقص ، وقد ثبت به بعض آثار الحرية . وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . قال : ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع ، لأن البيع يحتمل النقص وماله من حق الدعوى لا يحتمله فينقض البيع لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ، ثم كاتب الدعوى ، لأن هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوى ، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر ،

الدعوى ، والحق لا يعارض الحقيقة (ش: لأن الحقيقة أقوى من الحق ، فكذلك لم يقل بصحة دعوى البائع فيما إذا أعتق المشتري الولد:م) والتدبير بمنزلة الإعتاق (ش: أي في الحكم م:) لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به (ش: أي بالتدبير م:) بعض آثار الحرية (ش: وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك .

م:) وقوله (ش: أي قوله من نقل في « الجامع الصغير » :م:) (في الفصل الأول) ش: وهو ما إذا أعتق المشتري الأم م:) يرد عليه بحصته من الثمن قولهما (ش: أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف م:) (وعنده) ش: أي وعند محمد م:) يرد بكل الثمن هو الصحيح (ش: احترز به كما ذكره شمس الأئمة وقاضي خان والمحجوبي بأن البائع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن ، وقد ذهب المصنف إلى صحة هذا ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة في « الجامع الصغير » وغيره صريحاً أنه يرد الولد بحصته من الثمن ، وقد ذكرنا .

وفي « المبسوط » : يرد في الموت كل الثمن عند أبي حنيفة . وفي الإعتاق حصة الولد وفرق بين الموت والعتق م:) (كما ذكرنا في فصل الموت) ش: أي موت الأم في المشتري ودعوى البائع .

م:) قال (ش: أي محمد في « الجامع الصغير » :م:) (ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ، ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقص) ش: إنما خص البيع للاحتراز عن الإعتاق والتدبير ، فإنهما لا يحتملان النقص م:) (وماله من حق الدعوى لا يحتمله) ش: أي النقص م:) (فينقض البيع لأجله) ش: أي لأجل ماله في حق الدعوة م:) (وكذا) ش: أي الحكم م:) (إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كاتب الدعوة) ش: أي وجدت الدعوى للبائع بعد وجود كتابة المشتري أو رهنه أو كتابته أو كتابة الأم أو رهنها أو تزويجها تصح هذه الدعوى ، وتنقض هذه الأشياء م:) (لأن هذه العوارض) ش: وهي الأشياء المذكورة م:) (تحتمل النقص ، فينقض ذلك كله ، وتصح الدعوى) ش: أي من البائع .

م:) (بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر) ش: أشار به إلى قوله « لأنه لا يحتمل النقص »

وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص ، فصار كإعتاقه . قال : ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر ، فلا يتصور علوق الثاني حادثاً ، لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر . وفي «الجامع الصغير» : إذا كان في يده غلامان توأمين ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ، ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه ، وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوى ملكه ، إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل ، فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمين ، فتبين أن عتق المشتري وشراءه لا تقي حرية الأصل ، فبطل

م : (وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع ، لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص ، فصار كإعتاقه) ش : أي إعتاق المشتري ، وذكر هذه المسائل من «المبسوط» تفریباً على مسألة «الجامع الصغير» .

م : (قال) ش : أي القُدوري : م : (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) ش : التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد ، ويقال هما توأمين كما يقال : هما زوجان قولهما هما توأم زوج خطأ ؛ كذا في «المغرب» . وقال شمس الأئمة : يجوز أن يقال : غلامان توأم وتوأمين ، قال : ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة م : (ثبت نسبهما منه) ش : أي نسب التوأمين من المدعي م : (لأنهما) ش : خلقام : (من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر و هذا) ش : أشار به إلى قوله فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر ، م : (لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر) ش : إنما قيد بذلك لأنه إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً بتوأمين ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر م : (فلا يتصور علوق الثاني حادثاً ، لأنه لا حبل في أقل من ستة أشهر) .

م : (وفي «الجامع الصغير») ش : إنما أعاد لفظ «الجامع» لما فيه زيادة وهي قوله «ولداً عنده» م : (إذا كان في يده غلامان توأمين ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده) ش : أنه ابنه م : (فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق ولد دعوى ملكه ، إذ المسألة مفروضة فيه) ش : أي لأن المسألة مقدرة فيما إذا كان أصل العلوق في ملكه ، وذلك فيما إذا جاء بهما لأقل من ستة أشهر من يوم باع ، وقوله م : (ثبت به حرية الأصل) .

ش : . جواب : لما إذا كان كذلك ، م : (فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل) ش : أي وتثبت حرية الأصل م : (فيه) ش : أي في الآخر م : (ضرورة) ش : بالنصب ، أي من حيث الضرورة ، وعلله بقوله : م : (لأنهما توأمين فتبين أن عتق المشتري وشراءه لا تقي حرية الأصل فبطل) ش : أي عتق

بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ؛ لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوى البائع ، وهنا ثبت تبعاً لحرية فيه حرية الأصل فافترقا . وإن لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ، ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير لانعدام شاهد الاتصال ، فيقتصر على محل ولايته . قال : وإن كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبيدي فلان الغائب ، ثم قال : هو ابني لم يكن ابنه أبداً ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه

المشتري ؛ وقال الكاكي : والضمير المستكن في «بطل» راجع إلى كل واحد من العتق والشراء .

م : (بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ، لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً) ش : أي بالقصد م : (لحق دعوى البائع) ش : أي لأجل حق دعوى البائع م : (وهنا) ش : أي في مسألة التوأمين م : (ثبت تبعاً) ش : أي يثبت بطلان عتق المشتري بطريق التبعية م : (لحرية فيه حرية الأصل) ش : أي حرية المشتري بفتح الراء الذي كانت الحرية في حرة الأصل ، ومن ضرورته ثبوت حرية الأصل فيه ثبوت حرية الأصل الآخر ضمناً وتبعاً ، لأنهما توأمين ، وعلى هذا قوله «حرية الأصل» مجرور بدل من قوله «لحرية» .

وقال الأترازي : -رحمه الله- ويجوز أن يكون منصوباً على الاختصاص بسبيل المدح بتأويل أعنى ؛ وقال الأكمل : ولحرية حرية الأصل بدل من قوله «لحرية» م : (فافترقا) ش : أي حكم ما إذا كان الولد واحداً وحكم التوأمين .

م : (وإن لم يكن) ش : وفي بعض النسخ : فإن لم يكن م : (أصل العلوق في ملكه) ش : أي في ملك المدعي م : (ثبت نسب الولد الذي عنده)

ش : وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجاني في «شرح الكافي» ، للحاكم الشهيد-رحمه الله- : وإذا ولدت أمة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده ، فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعاهما البائع فهما ابناه م : (ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير) ش : لأنه لم يكن أصل علوقها في ملك البائع . وقال المصنف : م : (لانعدام شاهد الاتصال) ش : أي اتصال العلوق بملكه يقيناً م : (فيقتصر) ش : هذا العتق م : (على محل ولايته) ش : وصار كالبايع أعتقها فتعتق على من في ملكه فحسب .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» م : (وإن كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبيدي فلان الغائب ، ثم قال : هو ابني لم يكن ابنه أبداً ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه) ش : كلمة «إن» واصلة بما قبلها .

قال الكاكي : قوله «عبدًا» يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق ، لأن إقراره بثبوت نسبه من الغير ينفي ثبوت النسب منه ، إذا إقراره حجة في حقه

وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى . وعلى هذا الخلاف إذا قال : هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما : أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد . وإن كان لا يحتمل النقض ، ألا ترى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل ، فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال : أنا أعتقته يتحول الولاء إليه . بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، فيصير كولد الملائنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملائن ؛ لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد ،

م : (وهذا) ش : أي الذي ذكر م : (عند أبي حنيفة) .

م : (وقالوا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى) ش : يعني إذا ادعى لنفسه بعد جحد العقد . وفي «جامع المحبوبي» فلو حضر العبدان صدق المولى أو كذبه أو لم يكذبه ، ففي الوجه الأول والثالث : تصح دعوى المولى بعد ذلك إجماعاً . وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عنده خلافاً لهما ، لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى ، م : (وعلى هذا الخلاف) ش : أي الخلاف المذكور م : (وإذا قال : هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) ش : حيث لا يكون ابنه عنده ، خلافاً لهم .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد ، وإن كان لا يحتمل النقض) ش : أي وإن كان النسب لا يحتمل أن ينقض ، ثم أوضح ذلك بقوله م : (ألا ترى أنه) ش : أي أن الإقرار بالنسب م : (يعمل فيه الإكراه) ش : حتى لو أكرهه بالإقرار ببنوة عبد فأقر لا يجوز م : (والهزل) ش : أي ويعمل فيه الهزل بأن أقر به هزلاً فإنه لا يثبت م : (فصار) ش : هذا نظير م : (كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذب البائع ، ثم قال) ش : أي المشتري م : (أنا أعتقته يتحول الولاء إليه) ش : أي إلى المشتري .

م : (بخلاف ما إذا صدقه) ش : مولى ، أي البائع م : (لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير) ش : وهو لا يصح م : (وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه) ش : فلا تصح دعوى المولى بعد ذلك ، م : (فيصير كولد الملائنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملائن ، لأن له) ش : أي للملائن م : (أن يكذب نفسه) ش : فتصح دعوته .

م : (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) ش : وهذا بالاتفاق ، وما كان كذلك لا يرتد ، م : (والإقرار بمثله) ش : أي بمثل ما لا يحتمل النقض م : (لا يرتد بالرد) ش :

فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقها ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ، وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له . ومسألة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب ، وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى ، وهو دعوى المشتري فيبطل به ، بخلاف النسب على ما مر ، وهذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره .

بعد ثبوته بالتكذيب م : (فبقي) ش : أي فبقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له ، كما إذا أقر بعق عبد الغير وكذبه الملك ، ثم اشتراه يعتق عليه م : (فتمتنع دعوته) ش : أي دعوة المقر م : (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) ش : من قرابة أو فسق م : (ثم ادعاه لنفسه) ش : أي ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم تصح دعوته م : (وهذا) ش : إشارة إلى قوله « لا يحتمل النقص » م : (لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقها ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) ش : فصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه ، ولا يلزم على هذا إذا أقر بما لم يقر له ثم ادعاه ، لأن الأملak تنفسخ بالرد فيبطل الإقرار ولم يبق إلا حق المقر ، فجاز أن يدعي .

م : (وكذا تعلق به حق الولد يرتد برد المقر له) ش : لأن المقر لا يقدر على إبطاله ، لأن ليس حقه على الخلوص م : (ومسألة الولاء) ش : هذا جواب عن استشهادهما بها ، تقريره : أن مسألة الولاء ليس بحجة على أبي حنيفة - رحمه الله - ، لأنها م : (على هذا الخلاف) ش : فلا ينتهض شاهد م : (ولو سلم) ش : يعني ولئن سلمنا أنها على الاتفاق فنقول بين الولاء وبين النسب فرق ، أشار إليه بقوله م : (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى) ش : أي باعتراض ما هو الأقوى م : (كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) ش : صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولاداً ، فإذا أعتق العبد جر الولاء إلا الأولاد إلى نفسه ، هكذا روي عن محمد - رضي الله عنه - .

م : (وقد اعترض) ش : هنا م : (على الولاء الموقوف) ش : هو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفاً لأنه على فرضية التصديق بعد التكذيب م : (ما هو أقوى ، وهو دعوى المشتري) ش : ودعواه أقوى لقيام ملكه في الحال ، فكان دعوى الولاء إلى نفسه بسبب الاعتقاد مصادفاً محله لوجود شرطه ، وهو قيام الملك م : (فيبطل) ش : أي الولاء م : (بخلاف النسب) ش : حيث لا يجوز نقضه بعد ثبوته فلم يبطل ، فلم تصح دعوى المولى بعد إقراره أنه ابن عبدي م : (على ما مر) ش : أشار به إلى قوله : « إن النسب مما لا يحتمل النقص » م : (وهذا) ش : أي قوله « هذا ابن عبدي فلان الغائب » م : (يصلح مخرجاً) ش : أي حيلة م : (على أصله) ش : أي على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - م : (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك ، فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره) ش : توضيحه

قال : وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: هو ابني ، وقال المسلم : هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر ، لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً ، ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر ، لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً ، وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها . ولو كانت دعوتهما دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين . قال : وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

رجل في يد وصي ولد على ملكه ويبيعه ولا ما من المشتري أن يدعيه فينقض البيع مخيلة إلا من انتقاض البيع أن يقر البائع أنه ابن عبدي الغائب ، فإن بعد هذا الإقرار لا تصح دعوته عبداً فيأمن المشتري من انتقاض البيع . وفي «الفوائد الظهيرية» : الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبدي الميت حتى لا يأتي فيه تكذيب ، فيكون مخرجاً على قول الكل .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: هو ابني ، وقال المسلم : هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر، لأن الإسلام مرجح) ش: بكسر الجيم م: (فيستدعي تعارضاً) ش: لأن الترجيح يستدعي التعارض م: (ولا تعارض) ش: ها هنا م: (لأن نظر الصبي في هذا) ش: أي في كونه ابن النصراني ، وكونه حراً م: (أوفر) ش: أي أكثر منفعة م: (لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة) ش: فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه م: (وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً) ش: إما لأبيه أو لمولاه م: (وحرمانه عن الحرية ؛ لأنه ليس في وسعه اكتسابها) ش: أي اكتساب الحرية . ولقائل أن يقول: هذا مخالف الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ ولعبد مؤمن خير من مشرك ﴾ (البقرة : الآية ٢٢١) ، ودلائل التوحيد ، وإن كانت ظاهرة ، لكن الإلف بالدين ملغ قوي ألا ترى ألى كفر آباه مع ظهور دلائل التوحيد .

وأجيب: بأن قوله تعالى : ﴿ ادعوهم لأبائهم ﴾ (الأحزاب : الآية ٥) ، يوجب دعوة الأولاد لأبائهم بدعوى النسب ، لأن دعوته لا تحتل النقض فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدلالة على الرحمة بالصبيان[. . .] ، وكانت أقوى من التابع ، وكفور الآباء جحود ، والأصل عدمه م: (ولو كانت دعوتهما) ش: أي دعوة المسلم والنصراني م: (دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين :) ش: نظر الإسلام ونظر النبوة ؛ وقال زفر : يستويان ؛ وقال الشافعي : بحكم العائف .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- : وفي «الجامع الصغير» م: (وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم تجز دعواها ، حتى تشهد امرأة على الولادة) ش: هذا لفظ «الجامع» .

ومعنى المسألة: أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة ، بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة . ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقد مر في الطلاق . وإن لم تكن منكوحة

وقال المصنف - رحمه الله - : م : (ومعنى المسألة: أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير، فلا تصدق إلا بحجة) ش: وهي شهادة القابلة ، لأن الولادة بما لا يحضرها الرجال ، فإذا شهدت قابلة يثبت النسب ، وإذا لم يكن لها زوج فالقول لها من غير بينة كما في الرجل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : لم يكن ثمة منازع ، وأما إذا كان المنازع ينكر بأن ادعت النسب من رجل والرجل حاضر ينكر ذلك ، فإنه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعاً، وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عندهم جميعاً .

وإذا كانت المنازعة لها بامرأة أخرى ففي رواية أبي سليمان يقضى بالنسب بينهما إذا أقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة ، وفي رواية أبي حفص لا يقضى بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين أو رجل وامرأتين .

م : (بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب) ش: فلا يحتاج فيه إلى حجة م : (ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح : «أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة») .

ش: هذا الحديث رواه الدارقطني في «سننه» عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ : أجاز شهادة القابلة . ثم قال الدارقطني : محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش ، بينهما رجل مجهول ، وهو أبو عبد الرحمن المدائني .

وقال في «التفريح» : هذا حديث لا أصل له ، وتقدم الكلام فيه في كتاب الشهادات م : (ولو كانت معتدة) ش: أي ولو كانت المرأة التي تدعي نسب ابن على زوجها معتدة من طلاق أو وفاة م : (فلا بد من حجة تامة) ش: هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، فيثبت النسب من غير شهادة .

وقال أبو يوسف ومحمد في الجميع بشهادة امرأة واحدة م : (وقد مر في الطلاق) ش: أي في كتاب الطلاق في باب ثبوت النسب ، م : (وإن لم تكن) ش: أي المرأة م : (منكوحة) ش: أي غير

ولا معتدة . قالوا : يثبت النسب منها بقولها ، لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها . وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما . وإن لم تشهد امرأة لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة . وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها ، وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما ، لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه ، فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما ، إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر ؛ لأن المحل يحتمل الشركة ، وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها . قال : ومن اشترى جارية فولدت

ذات زوج م : (ولا معتدة) ش : أي وإن لم تكن معتدة أيضاً ؛ م : (قالوا) ش : أي المشايخ - رحمهم الله تعالى - م : (يثبت النسب منها بقولها ، لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها) ش : دون نفس غيرها .

م : (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) ش : أي أن الولد من زوجها م : (وصدقها الزوج) ش : أي صدقها في دعواها م : (فهو ابنهما ، وإن لم تشهد امرأة لأنه) ش : أي لأن الزوج م : (التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة) ش : إذ ليس فيه تجهيل النسب على الغير .

م : (وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها ، وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) ش : هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه ، فإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه ؛ وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : لا يعتبر تصديقه .

وقال التمر تاشي : - رحمه الله - التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب ، حتى لو قال رجل هو ابني منك في نكاح ، وقالت ابنتك مني من زنا لم يثبت النسب بينهما لعدم اتفاقهما في النكاح . فلو قالت بعد ذلك : ابنتك مني في نكاح يثبت لما قلنا .

وفي «الإيضاح» : دعوى النسب لا تبطل بالتناقض ، لأن التناقض يكون بين المتساويين ، ولا مساواة بينهما ، فإن دعوى النسب أقوى من النفي ، م : (لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما) ش : فكذا هذا ، م : (إلا أن هناك) ش : أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين ، م : (يدخل المقر له في نصيب المقر ، لأن المحل يحتمل الشركة ، وههنا) ش : أي في مسألة دعوى النسب م : (لا يدخل لأن النسب لا يحتملها) ش : أي الشركة .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م : (ومن اشترى جارية فولدت

ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم ، لأنه ولد المغرور ، فإن المغرور من يطا امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح ، فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم- ، ولأن النظر من الجانبين واجب ، فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه ، فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة ، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ، لأنه يوم المنع . ولو مات الولد لا شيء على الأب لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالا ، لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . ولو

ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم ، لأنه ولد المغرور (ش: وفسر المغرور بقوله : م:) فإن المغرور من يطا امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم - (ش: . كذا قال أبو بكر الرازي في « شرحه لمختصر الطحاوي » في كتاب النكاح . قال : لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار : أن ولد المغرور حر الأصل ، ولا خلاف أيضاً بين السلف : أنه مضمون على الأب ، إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه .

وقال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- تبدلا الغلام بالغلام والجارية بالجارية ، يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية . وقال علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- : قيمتها ، وإليه ذهب أصحابنا .

م: (ولأن النظر من الجانبين) ش: جانب المغرور وجانب المستحق م: (واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما) ش: أي للمغرور والمستحق م: (ثم الولد حاصل في يده) ش: هذا بيان لسبب الضمان وهو المنع ، أي الولد في يده م: (من غير صنعه) ش: يعني من غير تعد منه م: (فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) ش: أي الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا يضمن إلا بالمنع م: (فلهذا) ش: أي فلأجل كون الضمان بالمنع م: (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ؛ لأنه يوم المنع) ش: في « شرح الطحاوي » : تعتبر قيمته يوم القضاء بالقيمة .

م: (ولو مات الولد) ش: أي قبل الخصومة م: (لا شيء على الأب لانعدام المنع ، وكذا) ش: لا شيء عليه م: (لو ترك مالا) ش: أي لو مات ولد المغرور وترك مالا ميراثاً لأبيه م: (لأن الإرث ليس يبدل عنه) ش: أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد ، إنما قال ذلك مع احتراز عن الدية فإنها بدله عنه وكان هذا الدفع شبهة وهي أن يقال : لما توجد دية تقوم الدية مقام الولد في المنع فينبغي أن يجعل منع تركته كمنع ديته .

فقال في جوابه : الإرث ليس يبدل عنه م: (والمال لأبيه ، لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . ولو

قتله الأب يفرم قيمته لوجود المنع ، وكذا لو قتله غيره فأخذ دينه لأن سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيفرم قيمته . كما إذا كان حياً ويرجع بقيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها ، بخلاف العقد لأنه لزمه لاستيفاء منافعتها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب .

قتله الأب يفرم قيمته لوجود المنع) .

م: (وكذا لو قتله غيره) ش: أي غير الأب م: (فأخذ) ش: أي الأب م: (دينه ، لأن سلامة بدله له كسلامته) ش: أي كسلامة نفسه م: (ومنع بدله كمنعه فيفرم قيمته ، كما إذا كان حياً ويرجع) ش: أي المشتري المغرور بما ضمن م: (بقيمة الولد على بائعه؛ لأنه) ش: أي لأن البائع م: (ضمن له) ش: أي للمشتري م: (سلامته) ش: أي سلامة العبد بجميع أجزائه م: (كما يرجع بثمنها) ش: أي بثمن الأم ، لأن المغرور بثمنهما م: (بخلاف العقر) ش: يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقد وجب عليه ، لأن ضمان المنفعة وهي ليست من أجزاء المبيع حقيقة .

وعند الشافعي : يرجع بالعقد عليه ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - م: (لأنه لزمه) ش: لأن العقد لزم المغرور م: (لاستيفاء منافعتها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب) ش: أي لأنه عوض عما استوفاه من منافع البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره ، لأنه لو رجع به سلم المستوفى له مجاناً ، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم مجاناً .

وفي «المبسوط» ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الولد عندنا ، وعند الشافعي : يرجع به . ولو باعها المشتري من آخر واستولدها المشتري الثاني يرجع على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن ، ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما : يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً ، والله أعلم بالصواب .
