

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بخلته بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالهن والواجب أن يسد بأبصر القرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن الوقف صدقة تجارية في سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمه لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً أجرها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجرة كالعبد والداية اذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها أتفق القاضي عليها بالاجرة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه الخا كم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحق الوقف لأن حقه في المنفعة والغلة لافي العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرّب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبدأ عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبق الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولا ييوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاتفاق بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكه وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتاز ين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم ووجهه القرية قد تحت بيتين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال داري هذه في المساكين صدقة تصدق بئها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالتذرع يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بئها الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن يجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم يجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك تصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا يجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضافة الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له أمسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لا يحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

—•••••—

﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو برأى عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

فصل ﴿ وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتتملا للنقل أو لم يكن محتتملا للنقل فان كان محتتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتتملا للنقل وهو العاقل فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العاقل لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلا فالأبي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر أو أنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بيئته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنامتعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويحلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعند هماليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكما للقضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماح الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بيئته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحتمل أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهر للخلق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والتمضاء بالحق للدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منبها عنه ولأن القاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يادادان جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للسكان الثابت ولا يتبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا إلا أنها جملة حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذ لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصى نائبان عنه بصرح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المتوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الاثبات ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاله فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاله ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابها على ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضى بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لان عدم التناقض لا اختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا اذا تم قليل مستضعفون في الأرض أى اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لان عدم التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما ثمن معلوم تسمع لانه لما يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحه حاله هذا اذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبدي يدا البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البينة على أن المشتري كان ابرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى ابراء عن العيب لان ابراء يقتضى وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى ابراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع محبة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا جهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلفت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرسنا ابنا لمن هو أصغر سنًا منه وكذا اذا قال لمرءى والنسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينصفلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكما وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى أسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات انه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكنت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والانسان لا يتهم في اقراره على نفسه فالانبيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً تقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب أتى حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه

﴿ فصل ﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفياً فيحتاج الى اظهاره والبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بنخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكرا اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فخجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاة بشاهد واحد ويمن من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصديق على جنسية الكاذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكشف بها الا انه ضم اليها الشهادة نفياً للثمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا بة رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع مائه ورد مورد الآحاد ومخالف للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقدر روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الامان وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلاً بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فعمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا أحد الظلم وعلى هذا يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد اذا اقام البينة أنه لا تقبل بيته ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بيته المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علاقتهم وعلائق البينة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علاقتهم فليمن فنقول والله التوفيق الكلام في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرأ لا حاجة لان الانسان لا يهتم في الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجب الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الإنكار أولى لأن العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى فكان السكوت إنكارا دلالة ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا إنكار وقال بعضهم هذا إقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت إنكار على مامر ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا بي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالتلف عليها لكونها كلام الخصم فلها الواقم البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف في الحدود والخالص لله عز وجل كحد الزنا والمرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل التناول ولا يقضى بالتناول في الحدود والخالص لله عز وجل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقة يحلف على أخذ المال وكذا لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من الحدود والتمحض لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير يحلف كذا هذا ويجرى الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا للإقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح إقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يحلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجز إقراره لكونه إقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى انه أخوه وان في يده مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بانه من ابيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة لانه لو أقر أنه أخوه صح إقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدر رجل ادعاه رجلا فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر لا يبتلى وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لانه لو أقر به لكان إقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا ان يقول الذي لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيري فاضم قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رديمة ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شيء منها لانه لو أقر باطلاقه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى رجل انه زوجته ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح إقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجزى في النكاح وعندهما مجزى لكن عند أبي يوسف يحلف على السب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا اذا كانت صغيرة عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباهاز وجهها اياه في صفرها لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها في الحال لا يصح إقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها لو أقرت لصح إقرارها وعندهما الاستحلاف مجزى فيه أكن عند أبي يوسف تحلف على السب بالله عز وجل ما تعلم ان أباهاز وجهها وهي صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح إقراره والثاني انه لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهو انه لو أقر عليه لا يصح إقراره ولو ادعى رجل على رجل انه زوجته أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في الابل والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب بين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد اقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب بينها وأما التي في الابل فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت ففت اليك بالجام فلم تبني فقالت لم تنق الى ولا بينة للزوج فطلب بينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب بينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فانكره وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب بينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه اعتق اباه وان أباه مات وولاه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب بينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاه فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولدني فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في القصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لم امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار أدلة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولابي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يخرج عن اليمين الكاذبة يخرج عن التنيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانه جعلناه اقرار الكذب لانه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذب به لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

فصل في بيان كيفية اليمين في الكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو امان كان الحالف مسلماً واما ان كافر فان كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثاً وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الا عور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فانه اغلظ عليه اليمين بمنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى سيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما بعد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافراً فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة  
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم في عصر من الاغصبار الى يومنا هذا ورجو من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما تنحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما  
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائح فيغلظ  
على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى  
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة  
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع  
الاشارة الى الحرف فيكون التحليف به تمظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى  
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان يباه ز يد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشرار في التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما) بيان صفة الحلوف عليه انه على ما ذابحاف فتقول الدعوى لا تخلو امانا كانت مطلقة عن سبب واما ان  
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبد أو جارية أو راضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في  
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الراض لهذا فلان هذا ولا شىء منه  
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الفاء  
أو ما غصبته الفاء أو ما أودعني الفاء الان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد  
يودع ولا يكون عليه ما أنه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأن لا أبين ذلك لثلاثين شىء فينثذ يحلف على الحكم وقال  
محمد يحلف على الحكم من الا ابتداء بالله ما له عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب  
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على  
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف  
ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب النسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام  
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل  
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عايه  
وان لم يمكنه وعرض فينثذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف  
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشىء الان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قديبيع الرجل  
الشىء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأن لا أبين ذلك كي لا يلزم شىء  
فيثنثذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول  
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخال

امرأة ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينثذ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً وما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بأئن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتمها وهو منك عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتمها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاشتراها فينثذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتمه في الرق القائم للخال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذي اذا تقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبي ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تهر يع على قوطهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلوا ما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فينثذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربما سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار هذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربما سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد ان أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانها قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزواج آخر فان قالت ما للخلاص عن هذا وقد بقيت في عهده أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبي أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقتمها للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتي فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبي يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للخال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بيئته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبي فاما اليمين فكأن خلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برى من هذا الحق الذي ادعيت به أو أنت برى من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بيئته لان قوله أنت برى يحتمل البراءة للخال أي برى عن دعواه وخصومته للخال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعي عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعي عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة الفضاة ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن برد اليمين الى المدعي فيحلف فيأخذ حقه اجتمع الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعي لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تورع عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن برد اليمين الى المدعي ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصديق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعي فانه روى أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضي الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعي عليه أنا أحلف فقال شريح مضي قضائي وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعي عليه فيقضى له كما لو اقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصديق في خبره انكاره المدعي عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورع عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاعن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانهما خير من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول البينة حجة المدعي وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلنا ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعي فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعي عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضي الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضي الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون في مادي النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يجبس حتى يقرأ ويحلف أبدأ وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا يحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كما لا يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى المقصود المدعي وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسنت في الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لامر الدم وتفخيما لثأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة  
فصار بالنكول ما ناعقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقرأ ويحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف  
فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعند النكول اقرار فيه شبهة العدم  
لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذ اسقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف  
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له  
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهره لخلق وهي شهادة شهود اصول مذكور والتعذر هناك من جهة من عليه القصاص  
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من  
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في  
الاموال دون الحدود والمخالصة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الاقوال  
لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه  
بشيء ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتميز بدون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع  
والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعي عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعي فتقول والله التوفيق  
انه يخرج عن كونه خصما للمدعي بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينه أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى  
على رجل دار أو ثوب أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما  
أن يدعي عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في  
يده أو دعيه فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقها أو أخذتها أو نزعها أو ضلت منه فوجدتها  
وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقيم البينة أو لم يقيم  
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقيم البينة أو لم يقيم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان  
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخمسة والحجج  
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا نه لم يدع على  
ذو اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي  
اليدين قال هذه دارى أو دابتي أو ثوبي أو دعتكها أو غصبتيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في  
يديه انها فلان الغائب أو دعتكها أو غصبته مني ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق  
ان ذا اليد في دعوى المطلق انما يكون خصما بيده الا ترى انه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان  
اليدين كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما فعلة لا بيده الا ترى ان الخصومة  
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما فعلة بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله  
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه  
باطل فالتحقق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحقق بالعدم  
فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في العصب والاختذ  
وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين العصب والاختذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما  
الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أو دعتني  
فلان الذي ادعت الشراء من جهته أو سرقها منه أو غصبته تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت  
كون يده بدغيره بتصادقهما أما المدعي عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا الوأقام الذي في يديه البيئنة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبيئنة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متمدية الى الناس كافة بمنزلة البيئنة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان العائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقرر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البيئنة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أو دعيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بيئنة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فابتا يبدله وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البيئتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البيئتين اذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البيئنة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقق بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارج على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البيئنة فلا تخلو اما ان قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فيئنة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيئنة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البيئتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بيئنة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بيئته في دعوى السكاح (ولنا) ان البيئنة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البيئنة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البيئنة حجة والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحيد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بيئته بالعدم فبقيت بيئنة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بيئنة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البيئتان نصا ووقتت بيئنة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا بالملك المطلق ولا تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا بالخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر انا ثبت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بيئته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته وورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتائج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لا لعدم تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر  
فتترجح بينة صاحب اليد وهنا بخلافه هذا اذا قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا  
قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى  
دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي  
يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعه عن محمد انه رجح عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل  
من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتائج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق  
أظهرت الملك له في وقت لا ينازع فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه الى غيره وان أقامت  
احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند  
أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بينة  
صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة  
وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادى كل واحد من الخارجين على  
ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى  
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن  
صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى  
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً  
فتمت اتفاقاً على تلقي الملك منه ببيعته وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولاتاريخ مع  
الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البيئتان من الخارج وذى اليد  
على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك سبب فان كان السبب هو الارث فكذلك  
الجواب حتى لو قامت البيئتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه  
وتركه ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان  
لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما  
وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث  
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البيئتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان  
الوارثين ادعى ملكاً مطلقاً أو موقتاً من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا  
في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البيئتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج  
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يترد على أصل أبي  
يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم  
وقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراه من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما  
البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيئتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على  
صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبيئتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول  
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البيئتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان  
صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد  
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه  
للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه يبيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجهه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرار املك المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبيتين أصلا وان وقت البيتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد ويبع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجرى بقي على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بخلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو التناج وهو الولادة في الملك فتقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على التناج واما ان قامت احدهما على التناج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البيتان على التناج فلا يخلو اما ان كانت البيتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً وقبض لصاحب اليد لان البينة القائمة على التناج قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الاولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى بيئته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم تناج ناقه في يدرجل وأقام البينة عليه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاتر البيتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذلك في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى التناج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على التناج والاخر على الملك المطلق عن التناج فيبينة التناج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه وأما ان وقتت البيتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه محتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ومحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ومحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم وقتا فبقيت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاتر البيتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد يقننا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد منهما بيئته انه له جزء في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البيئته انه له غزله

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج  
فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل  
الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة  
انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج  
وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا  
وكذلك لو اختلفا في جن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد  
لا يحتمل أن يصنع جينا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والتخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه  
غرس النخل فيها يقضى بالخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب  
ملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الجيوب النابتة والقطن  
الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في  
البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في  
ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز أو شمر وأقام كل  
واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج  
وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد  
منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته  
وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق  
وهو ملك الام والبينة بينة الخارح في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في  
الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف  
للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخارح البينة على أن الشاة  
البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه  
يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد  
بالسوداء لان بينة الخارح قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فيبينة النتاج أولى  
كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخارح فيها قامت على ملك مطلق فيبينة النتاج أولى ولو اختلفا  
في اللبن الذي صنع منه اللبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه اللبن في ملكه فيقضى للخارج لان  
البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فيبينة الخارح أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى  
عبد آفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذوالبينة انه اشتراه من رجل آخر  
وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائنه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك  
من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث  
والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارح مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج يقضى  
لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو  
أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متمزيا عليه فتسمع البينة منه فرق  
بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص  
واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الولاية وانه لا يحتمل التكرار كالعق  
(ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترمي ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لتقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه محتمل أن يكون البذر لغیره ومالك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغیره بأن أوصى بذلك لغیره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فامادعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلف في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى حكل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر واما ان يدعى أكثرهما يدعى الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهوان البيئتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البيئتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهما تر البيئتان ويتك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبيئتين معتذر لتناف بين موجهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجيح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البيئتين دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالفرد الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبيئتين باظهار الملك في كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الاخر فلا يسبق أولى بالاجماع ولا يجيء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البيئتين من الخارج مسموعة بلا خلاف والبيئتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأي طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البيئتين القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك بالوقت فكانت البيئتين القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البيئتين المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البيئتين المطلقة عن التاريخ

بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب  
 التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون  
 متأخراً لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ  
 فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البينتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك  
 بسبب فتقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين  
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك  
 الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلقه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجزى من التركة ويقضى منها  
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان  
 وقتهما واحداً فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
 رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن المورث ملك الميت  
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً للملك الوارث فسقط التاريخ للملكة والتحقق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق  
 عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما  
 تاريخاً كره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث  
 لانفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لفضى  
 لاسبقهما وقتاً لثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى  
 بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحقق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن  
 المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا كافرخه أحدهما ولم يؤرخه الاخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا  
 لانهما ادعيا تعلق الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار  
 في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان  
 كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقام البينة على الشراء منه بثمن معلوم وتقد الثمن  
 مطلقاً عن التاريخ ويخوذ كالتبضع يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهما البينتان وفي قول  
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاوت وقد تقدمت واذ قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما  
 الخياران شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء تقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء  
 الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فواجب ذلك خلافاً في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما  
 أخذ نصف الدار رجوع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرجوع كل واحد منهما  
 بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بصدق قضاء القاضى وتخييره اياهما  
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في  
 النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه  
 الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك المشفوعة قبل تخيير القاضى فلا خزان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن  
 لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل  
 قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى  
 صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع  
 الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكرك الملك له  
 والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكرك الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك فوقت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اختلفا في استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعلت كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراؤه قبل شراؤه الاخر فيقضى له ويرجع الآخر بالتمن على البائع وكذا لو اُرخت تاريخا واحدا وكرت احدهما القبض فيبينة القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق . هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البيعتان فان كان وقتهما واحداً فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فلا سبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لهذ كره الداري وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للبيت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخ ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعى الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراؤه صاحبه أسبق من شراؤه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينازع فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أُرخت الاخرى أو لم تؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الاخر لم يثبت الا بيينة تحتل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحداً لانهما اتفاقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا حد هما يد فيجعل كان شراؤه صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انهما ادبته نتجت عنده فاقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحججتين وتعدرا العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقتهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذلك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت  
فلا سبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذى اليد  
وان أقام أحدهما البيئنة على النتائج والآخر على ملك مطلق فيئنة النتائج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك  
من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتائج فان كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان  
من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة  
من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهما له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلتى الملك من البائع  
والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيئنة على ملك مرسل وكذا الوادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه  
يقسم بينهما اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا ما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان  
أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استوى في القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل  
دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البيئنة انه اشترى هذه الدار من فلان وتقده الثمن وقبض الدار وأقام  
الآخر البيئنة ان فلانا ذلك وهما له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا  
بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان  
الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما  
نصفين لا استواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل التسمية كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل التسمية كالدار  
ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين للحصول معنى الشيوخ (وقيل) لا فرق  
بين ما يحتمل التسمية وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشيوخ الطارىء لقيام البيئنة على الكل وانه لا يمنع  
الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لا استواء  
السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في بدأ أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن  
والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن  
يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين  
فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل  
واحدة منهما البيئنة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لا استواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة  
او الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي  
يوسف وللرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد  
ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصبح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا  
لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالأول تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من  
النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى  
كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر  
نصفها وأقاما البيئنة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة  
وعندهما يقضى لمدعى الكل ثلثي الدار ولمدعى النصف ثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق التسمية  
فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) التسمية بطريق المنازعة ان ينظر الى  
القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سائلا للمدعيه (وتفسير) التسمية على طريق العدل  
والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة  
المنازحة والوصايا فلما كانت التسمية عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف فبق النصف الاخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعي الكل لانه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الاخر استوت فيه منازعتهم فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعاً ثلاثة ارباع الدار لمدعي الكل واربعا للمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فيها أحدهما يدعي كل الدار والاخر يدعي نصفها فيجعل أخسهما سهماً فجعل نصف الدار بينهما واذ جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعي الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهماً واحداً فيعطي هذا سهماً وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثاً وثلاثاً للمدعي الكل وثلثاً للمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في أيديهما فيبينة مدعي الكل أولى لانه خارج لانه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعي النصف لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف والنصف في يده فكان مدعي الكل خارجاً ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئاً في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقيم لها بينة وطلبها من المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لا أحدهما ونكل للاخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعي في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا قاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجهه) الفرق ان بالترك في يد المدعي عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضياً عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضياً عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضياً عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقي من جهة المستحق وادعى النتائج وكذا وادعى بائع المقضى عليه او بائع بئمه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجهه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لأحدهما (فمنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعي في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره أعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعي كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقاً بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخلد حين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعي في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم تقم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصرم تمضيًا عليه حقيقة هذا إذا لم توقت البينتان فإن وقتان اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فالأسبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبارة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائميتين على قدر الملك فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالنسي درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم وأقام البينة فإنه يقضى بينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريته منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقام البينة يقضى بينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على الفين وأقام البينة يقضى بينة المرأة لأنها تظهر فضلاً ثم إن كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر ولو عارضها من المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بالفين وأقام البينة أنه يقضى بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعى لأنها جعلت حجة المدعى في الأصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود المدعى فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك قضى بينة الشفيع لا بينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعى لأن المخير في الخصومة إن شاء خصم وإن شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذلك في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقام البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقام البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يعض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقام البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واخذ بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض إلا رأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاقا على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المفقود عليه قدرأ أو جنساً أو صفته وبين رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عندهما وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عيناً واحداً يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه في كرحنطة شعيير فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عيناً واحداً لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالتبول وإذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرحنطة يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

إذا كانت الدعوى دعوى الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقام جميعاً البينة يقضى بكونه في أيديهما لا ستوائهما في الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البيتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت احدى البيتين على الملك والاخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطللة كيد العصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يدملك وقد تكون بداعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبينة الملك ( واما ) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل وأسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولخافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج التسمية فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زمانه اذ القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لا لعدم الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصرام ولده لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو محط في قوله من الزنا لانه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً له ولا يصحق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقبل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد أو شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً لانه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب  
أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بمجهة مصححة شرعاً وعلى هذا اذا تصادق الزوجان  
على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً  
في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه  
ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس  
بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من  
النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض  
ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم  
وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث  
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لملك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بالملكه فبقى  
الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد  
من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما  
عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً  
قال النبي عليه الصلاة والسلام بنا كحوا توالدوا تكثروا فاني أبهى بك الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس  
يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضيلاً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه  
ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض  
مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فات شرطه من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق  
الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس  
وسواء كانت المنكوحه حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف وامالك اليمين في أم الولد يوجب  
الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيلاً الى حصول الولد كملك النكاح  
الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفى بمجرد  
النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واماً في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً  
بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً الا  
بقربة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا  
الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحه حتى يثبت النسب  
من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفى بمجرد النفي من غير  
لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب  
منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا)  
ان ووطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاستباح ولو وطئت  
فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك الغزل والظاهر في الاماء هو الغزل  
والغزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد الا تقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقربة الدعوة  
انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم  
يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه  
ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها ولم يعزل عنها ولكنها لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعوا إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك كما أن الثابت ييقن لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجات بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فتي ثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها الشريك ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابناهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائف وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائف فإن الشرع ورد بقول القائف في النسب فإنه روي أن قائف امرأسة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضها فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أنه وقمت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابناهما يرثانه وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصصه للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزى فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لا اعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتمدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم واحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابناهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين بامر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا يبي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد و عدد يكون محكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابناهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه  
 جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله ثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب  
 الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية  
 ملكة حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من  
 الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في  
 الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر  
 نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف  
 بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه  
 ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا للجارية ضرورة صحة الاستيلاء بسا بقا عليه أو مقارنا له  
 لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطء في الملك وهما الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا  
 حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونها وثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه يحتمل  
 التجزى على ما ذكرناه الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحفد  
 جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حتى يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى  
 الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالملك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك  
 الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشرى كان المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى  
 لان اثبات النسب منه أرفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحد هما حرا  
 والآخر عبدا مكاتباً فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب  
 أولى لانه حر يداف كان أرفع للولد ولو كانا عبيدين يثبت النسب منهما جميعا السكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه  
 روايتان ومنهم من وفق بين الرويتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا  
 كان مأذوناً عملاً بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن يثبت نسبه  
 منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في  
 حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أرفع للصبي لانه يحكم باسلامه  
 تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما بالاستيلاء في الملك وفي  
 الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسى فكان أرفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو  
 مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أرفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل  
 ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر حراً حراً فمما هو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام  
 ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه ينسب فكان هذا أرفع للصبي هذا كله اذا خرجت  
 دعوة الشرى يكن معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من  
 انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكها فجاءت بولد فادعاه  
 أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما  
 حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له ووضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم  
 العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك  
 بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شرى يكتن اعتمه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز اسناد  
 الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو اعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فيها ولا عقروا واحده منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حر او الدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعترق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب القران بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانهما صارت أم ولد له فصارت ملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا فجاءت بولد فادعاه أحد هما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اطلاق نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتناق حقيقة فيضاف العتق اليه الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدًا فادعاه أحد الشرىكين أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدًا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الاخر لا تستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكما نت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضروريته ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فاما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخرج الدعوة الى دعوته فصارت مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرور من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله فقيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف بالنتيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويتراد ان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فدعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر ولا قد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشرىكة الآخر والا كبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الا كبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرىكة والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشرىكة فان صدقه شريكة ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكة ولو قال أحدهما الا صغر ابني والا كبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الا كبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن لشرىكة نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكة فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لدعي الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين يشهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فداعى أحدهم فتقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما ان ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فداعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لاء ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا و ثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذ ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له وهذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدني ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الا كبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نفا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذا لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحدهم لاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائها الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى للملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت له وان كان كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذا لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لتببات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذا لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارية مولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبي عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلاً فالتحقق بسائر الاجانب الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعوته لانه أقر بحبسة مصححة للنسب لكن توقف نقاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحياً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يحجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا نه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه لم يباحق ملك يتقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذي سواهما في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تخرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البيعة فتقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تخرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حراً ودعوة التخرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته ودعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا الاستحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان ان قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط ان يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فتقول بيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع فحضر ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أترأ لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صححت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبتت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا الأ أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد ويرد البائع مع الثمن حصبة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة نبوت الحكم في المالك واليد المقطوعة هالك فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويستقط عن البائع من الثمن حصص الولد لانه سلم البديل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد سحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم نبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أي حنيقة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لا قل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما سحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لا يخلو قهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة والأخر لا أكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبها ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا في البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الوالد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو اعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام وينتقض في الولد لان العتق لا يمتثل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للا تفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع لأن قيم البائع اليئسة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقطوعة هالك فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف تبعاً للنفس وبالقطع مقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة ففتي سحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى سحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انها علقا حرين فكان ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان حجة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصر أعلى الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبهه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً فأخذ دية وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحق وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لاننا نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لولاه ولو

ادعى المشتري نسبة بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لا نسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشتري وقد ولدت لاقبل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تخرى لا دعوة استيلاء لتيقنا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا نسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تخرى لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلى الملك من واحد ونار يخرج أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولدا في ملكه لستة أشهر فصاعدا فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن في ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنته من غير نكاح يصير مشملا كما اياها لحاجته الى نسب ولي يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنته عند حاجته اليه إلا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاطلاق على نفسه كذا هذا إلا ان هناك يملك بغير عوض وهنا بموضع وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والملك بغير عوض أقوى من التملك بموضع لان ما قبله عوض كان تملك كصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصدق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنته فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشترها الابن خباءت بولد لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لان ندمام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها خباءت بولد في يد المشتري لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لان ندمام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرط لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستندا الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالملك ولا يملك الاب بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرالا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافرا أو عبدا فدعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق بنفيان الولاية ولو كان كافرا فأسلم أو عبدا فاعتق فدعى نظري ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقبل من ستة أشهر لم تصح دعوته لان ندمام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعدا صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فاق صحت دعوته استحسانا والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالانغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتد فدعى ولد جارية ابنته فدعوه موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لتفاد ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فتقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرط لصحة الاستيلاء والاستيلاء ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله الى آخر  
ايلاج واحد فكان من أوله الى آخره استيلاذ أفلا بد وأن يتقدمه الملك أو يارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر  
بمخلاف الجارية المشتركة لأن نعمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاذ وثبات النسب لأن نصف الجارية  
ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبتت حكم التناهي في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء  
لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك  
يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرط الثبوت النسب وصحة الاستيلاذ وشرط الشيء  
يكون ساقا عليه أو مقارنا له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لأنه علق حرا  
وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الاعطاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الحد أنى الأب  
ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند اندامه أو عند اندام ولابته (فأما) عند قيام ولابته فلا حتى لو كان الحد  
نصرانيا وحافدهم مظهره والأب مسلم لم تصح دعوة الحد لقيامه ولابته (فأما) عند قيام ولابته فلا حتى لو كان الحد  
تصح دعوة الحد لا تقاطع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب ممتوها من وقت الطوق الى وقت الدعوة صححت دعوة  
الحد لقلنا أن أفاق ثم ادعى الحد لم تصح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق الطرض بالدم من الاصل فعادت ولاية  
الأب فسقطت ولاية الحد ولو كان الأب مرتد فدعوة الحد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فان قتل على الردة أو  
مات صححت دعوة الحد وإن أسلم لم تصح لوقوف ولابته عنده كتوقف نصر فانه وعندهما لا تصح دعوة الحد لأن  
نصر فانه عندهما نافذة فكانت ولاية قائمة هذا اذا وطئ الأب جارية الابن من غير نكاح (فأما) اذا وطئها بالنكاح  
ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفرائض بنفسه صحيحا كان أو فاسدا  
ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بقصد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب  
النكاح ويمتنع الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بقصد النكاح لا بملك الامين فبقيت الجارية على ملك الابن  
وقدم ملك الابن أخاه فيحتمل عليه فان ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد  
وهو ثبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الأب ولد  
جارية ابنته فأما إذا ادعى ولداً أم ولد له أو مدبرته بأن جاءت بولد ففناه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت  
نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد  
المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن  
(وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل محالة فان نسب ولد الأمة المنكوحه ثبت من  
الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلأنه ولد ثابت النسب علق حراً فأشبهه ولد المفروض فيكون حراً بالقيمة  
والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وأنه لا يحتمل التسخير بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فراش  
لمولاه فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالتدبير كما في  
اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يثبتان التملك ويضمن  
العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في  
الدعوى بعدما فاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعى بتصديقه في  
النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويمتنع على الابن لأن أخاه ملكه ولاؤه لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى  
ولم يكن ابنته لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته إلا إذا  
عجزت فتنفذ دعوتها لأنها اذا عجزت فقد عادت قننا وجمل المعارض كالعدم من الاصل فصار كالأدعي قبل الكتابة  
والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يده نفسه واما أن لا يكون فان كان في يده نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يده نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا يتصل الا برضاه وان لم يكن في يده نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد لا في يده غيره ولا في يده نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كالقبط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخير بما هو محتتمل الثبوت وكل عاقل أخير بما يحمّل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقدمت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتها عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقة الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال الملتقط لان يده عليه ناجة حتمية وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضنته وتربته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنالو محمدا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسالما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فدعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقا بين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متمم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحمّل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وشع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوت من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسامياً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسامية وذمية  
 فالمسامية أولى ولو شهد للذمي مسلمان والمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعى كاف  
 للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وان كانا حريين مسلمين فان ذكر  
 أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فواقفت دعوته العلامة فصاحبها أولى رجحان دعواه بالعلامة لان  
 الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد  
 شاهد من أهلها ان كان قبيصة قدم من قبل فصدمت وهو الكاذب وان كان قبيصة قدم من دبر فكذبت وهو من  
 الصادقين فلما رأى قبيصة قدم من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مرادتها  
 اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقدم من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلؤي ودباغ  
 في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلؤي وبالاهاب للدباغ لان الظاهر  
 يشهد باللؤلؤ للؤلؤي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلفا في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد  
 الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى  
 أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لانه وقع  
 التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلاً  
 ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا  
 عندنا لا استواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا ثبت نسبه الا من أحدهما ويعين بقول القافة على  
 ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في  
 الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما  
 هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنية وان كان  
 يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البنية وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر بالسبق فان استويا في السابق فهو مشكل  
 عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه  
 منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدمت فهو ابنتها حررة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة  
 كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكاً للمولى الا مة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول  
 محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن في جملة تبعها في الرق مضرة بالصبي وفي جملة حرر المنفعة له فيتبعها فيما ينفعه  
 ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا  
 وجه قول أبي يوسف ان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون  
 رقيقاً والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعت امرأة أنها ابنا وهي حرة أو أمة ذكر في  
 الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولده وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة  
 عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان  
 لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح الا بالبينة أو بتصديق الزوج  
 فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى  
 رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا  
 ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت الولادة الا  
 بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعت امرأة أن ابنا فهو ابنتها عند أبي حنيفة وكذا اذا كن خمساً عنده  
 وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب بينهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولا يحنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قال ان الحكم في جانبين متعلق بالولادة فتم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعاه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان ثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة ولكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء اثنان مملوكا لثنتين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج و ذى اليد فينبغي ان يكون بينهما استواء في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استوى يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذي ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق فيبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحررة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحررة مألقة ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقفت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البيتين ولو كان وقت احدهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التارىخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولا يحنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التارىخ الاصلى ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأة أن الغلام ابنهما وأقام البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعاه الغلام أنه ابنهما وبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا أقام البينة ولا حد هما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بيته من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسامة فيبينة الغلام أولى ولا ترجح بيته المدعى المسلم لانه لا يبدله وان كان مساماً وان كان بيته الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسامة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويحبر الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولده أمته هذه في ملكه وأقام البيعة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولده  
الامة في ملكه وأقام البيعة فان كان الغلام صغيرا يتكلم قضى به لصاحب اليد استوائهما في البيعة فيرجع صاحب  
اليديد اليك في النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر قضى بالامة والغلام الخارج لان الغلام اذا كان  
كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبيعة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام  
صاحب اليد البيعة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البيعة على ملكه قضى بالمرأة  
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل النعمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين قضى بالمرأة والولد  
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البيعة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في  
يده البيعة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبيعة القائمة على  
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتم ادعى انه ابن فلان ولده أمته فلانة على فراشه وذلك  
الرجل يقول هو عبدي ولد أمي التي زوجها عبدي فلانا فولدت هذا الغلام منه والصدحى يدعى ذلك فهو ابن العبد  
لانه تعارض القران فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى باللعان وفراش الملك ينتفى  
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك  
وقامت عليه البيعة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والقرار بالنسب يتضمن الاقرار  
بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لومات الرجل وترك ما لأقام الغلام البيعة انه ابن الميت من  
أمته وأقام الآخر البيعة انه عبده ولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والصدحى يدعى ذلك يقضى له بالنسب  
لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بيعة الغلام خلت  
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه  
في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فتوعان نوع محتمل النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل  
النفي فتوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي)  
ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره  
بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى بمجرد النفي فهو نسب ولد  
زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على  
ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوماً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم  
اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان  
ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل  
النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي  
وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص  
ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه  
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول  
فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البيعتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند  
الامكان وعند تمدد العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان  
ادعى اذ اباة أحدهما رابكها والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للذابفة فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لا أحدهما عليه حمل ولا آخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين  
لكن أحدهما في السرج والآخر ديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله أنها راكب  
السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت  
لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما إجماعاً لا استواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر  
عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه  
لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع  
دعوى الحرية إلا بينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (وبمثل) لو ادعى غلاماً كبيراً أنه  
عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبداً  
كبيراً أقال العبد أن عبداً لا أحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يد رجل فآثره لرجل  
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان  
في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا يقول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقتي وأنا حر فكذلك عند  
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف أن القول قول العبد ويحكم بغيره لأن العبد متمسك بالأصل إذ  
الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه فالصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر أنه كان عبداً فقد أقر بزوال  
حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً  
وأحدهما إلا بسبه والآخر متعلق بذيله فاللاس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس  
عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس يجلسه والنوم عليه أولى لا استواءهما في اليد عليه (ولو ادعى)  
داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب  
البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك  
ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت  
بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيطن ثوباً في دار إنسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب  
الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده  
فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله  
فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة  
وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما  
لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له لرجل اصطاد طائر في دار رجل فاختلفا فيه فإن اتفقا  
على أنه على أصل الأباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الخائط لأنه لا يأخذ  
دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد  
لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الضائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء  
فهو له لأنه لا يأخذ إلا يد لا حد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار  
والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل إن  
ما في دار إنسان يـكـون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى أحدهما  
ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذلك لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن  
سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما  
داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

ثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو لأنه مستعمل للحائط .  
 ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد  
 منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويافي استعمال الحائط  
 فاستويافي ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال  
 له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا التزاع ولو كان  
 لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذوع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان  
 لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجية والزيادة من جنس الحجية  
 لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان  
 استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويافيه (وجه) الاستحسان ان  
 يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وانما يبنى لأكثر من ذلك  
 الا ان الأكثر مما لانهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب  
 الكثير وأما موضع الجذوع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذوع لا  
 أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذوع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه  
 الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار ما مر  
 ان الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذوع لان الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله  
 في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذوع مملوكاً له لجواز ان يكون أصل الحائط  
 مملوكاً لانسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيئنة ان الحائط له لان ان يدفعه لان البيئنة حجة  
 مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البيئنة لاننا جعلنا  
 الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو التفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال  
 التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب  
 الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال  
 التراق وارتباط وللآخر اتصال تبيع فصاحب التبيع أولى لان اتصال التبيع أقوى من اتصال التراق  
 ولو كان لأحدهما اتصال تبيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التبيع ولصاحب الجذوع حق وضع  
 الجذوع لكن الكلام في صورة التبيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التبيع هو ان يكون انصاف البان  
 الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال  
 أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التبيع ان يكون طرفاً هذا الحائط المدعى مداخلة حائط إحدى الدارين وهذا  
 التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال  
 أولى بخلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي  
 رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بناءه كذلك فكان  
 هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسط حكم الاستعمال  
 لضرورة الاتحاد فلك البعض بوجوب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من  
 ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الافصال عنده في الجلسة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت  
 السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعا  
 كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع عليه بخلاف ما اذا أقام البيئنة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرغ أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبريع انه اذا اشترى داراً  
ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البيعة له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من  
الثمن ان كان متصلًا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلًا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلًا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على  
البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلًا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وان كان متصلًا بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصالاً ببيع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقربان  
السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما  
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع  
المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملاحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللين أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللين والطاقات وهذا اذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعى بأب  
مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والتمط الى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى التمط وعندهما الخص لمن اليه التمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللين والطاقات والغلق والتمط الى صاحب الدار فيدخل  
على انه بناؤه فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في أثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده تجب  
عليه العين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار  
ولا حد هما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره  
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق  
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه  
كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقاً  
فان حدوا الطريق فسموا طولاً وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم  
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
صحّة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحّة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طولاً  
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان  
أباهم وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل  
الماء فلصاحب الدار ان يمنع عن التسيل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديماً فله حق التسيل وذكر محمد في  
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على مامر ولو شهدوا ان لهقافى الدار من حيث التسييل فان بنوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بنوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبنوا تقبل شهادتهم أيضا و يكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود و بقيت الصفة مجهولة فيبين بيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعى بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل بقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحد منهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

فصل في: وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفوا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يخلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا اناعر فالتحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وابدأ يمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ يمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكر لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عيناه وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ يمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضى اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضى عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان تعديتين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضى وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضى لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغيير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا تمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبرغ في الثوب والبناء والغرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالغوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا ويرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة لانهما حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان في بد المشتري فنذ كركمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل تمنع التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة؛ ولا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يجمل على المقيد ما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعا ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أو جب جنس اليمين على جنس المنكر بن فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكر بن وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الا نكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه شيئا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص الاخر أيضاً دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة مثبتاً بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة تمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عبد بن فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منقياً بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحرز والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان لانه يرضى ان يكون الثمن كله بمقا بله القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج  
عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقدم الاختلاف فيه وسواء خرج  
كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان  
التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج  
من الثمن بقول المشتري فحينئذ يتحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند  
أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقي لا يمنع التحالف  
عنده فالحكيم أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفوا عنده  
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرده المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه  
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيب فالبائع بعد  
التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في  
تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل الفائت ان كان مثلياً وقيمته ان لم يكن مثلياً ولو خرجت  
السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظرياً في ذلك ان كان العود فسحاً بان وجد به عيباً فرده  
بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسحاً بان كان ملكاً  
جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسحاً لا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك  
يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لالعين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه  
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان  
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقض المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن  
لم يتحالفوا عندهما سواء كان النقصان بافهاماً أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع  
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله  
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان بافهاماً أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى  
البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فحينئذ يتحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع  
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم  
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالمبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو  
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا اذا اختلفا  
في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان  
قال للمشتري بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشترى بتهامتك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة  
تحالفوا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفوا وتراد من غير فصل بين ما اذا كان  
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول  
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مر وان كان مدعى العين هو المشتري  
بان قال اشتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بتهامتك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة  
يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك  
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه  
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان  
كل واحد منهما مدعياً من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع مدعى عيناً والبعض ديناً والمشتري يدعى

الكل ديناً بأن قال البائع بعث منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عيناً والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بأن قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعثك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراداً بالنص وان كانت هالكة يتحالفاً أيضاً اجماعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عيناً كانا يتحالفاً ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفاً على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عيناً وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفاً ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفاً والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف وورثتهما أو احدى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفاً وتراداً لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا ان الوارث يخلف على العلم لا على البتات لانه يخلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفاً والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن عارضه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيًا بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عيناً أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عيناً فاختلفاً في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراداً لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفاً فنقول اختلفا في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراداً لان هذا الاختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الا في قوله الآخر وهو قول محمد وهروب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يخلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالدعوى يستخلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعمين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد إلا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكان الإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما فكان المكان داخل في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وإن اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول لا يخلو (أما) إن اختلفا في أصل الأجل (وأما) إن اختلفا في قدره (وأما) إن اختلفا في مضيه (وأما) إن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفوا وترادا وإن اختلفا في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته الأثرى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) إن الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذلك في الصفة وإذا لم يتحالفوا كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قوله مدعى الصحة ولأن المسلم اليه متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعاً وإنه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم اليه يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له إذا ظهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الأجل فأمال زيادة على شهر فلا تثبت إلا بالينة وإن اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لفرق القول قول رب السلم لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان قدره وإن اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهر أو قدمضى وقال المسلم اليه كان شهر أو لم يمض وإن أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حجة للمسلم اليه فكان القول في المضى قوله وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المضى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفوا وترادا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه إلا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وإن اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفوا وترادا لانهما اختلفا في المبيع واليمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول والله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في

المولوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعمد ضرره الى غيره أو لا يتعمد فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحى أو تنوراً وله أن يعمد في بنائه حداً أو قصاراً وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً وان كان يبن من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحجر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للمحدث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره انهدم ما لم يحجر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه والا نسان لا يحجر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنياً لان البناء وان كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعده له وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما تفقهه وكذا ذكر الخصاص انه يرجع بما تفق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذوناً بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما تفق وهذا بخلاف البئر المشتركة والدولاب المشتركة والحمام المشتركة ونحو ذلك اذا ضربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحجر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والتركة لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذي أبنى العمارة تمتعاً محضاً في الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدم ما باق قسمهما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو يحجر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يحجر واحد منهما على بناءه لما قلنا ولكن اذا أبنى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما تفقته على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضاً يمكن قسمته وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشيء ولو أراد أحدهما قسمة عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبراً ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضاً فان كان يقسم قسمة جبراً لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحد منهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يحجر الآخر على القسمة لانه في الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذوع له لا يحجر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحجر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد وتدأعلى الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائض أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يخفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذو عالم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حتمت الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستغلال بمجرد غيره ومن الاصطلاء بنا غيره لا نعدم تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا بي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمجان من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه مباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيع لأن الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولاً وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستغلال بمجرد غيره والاصطلاء بنا غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً وكان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً للسد وامتسيلة أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعه أو يسفله لم يكن لهم ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير بالباطل والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فله ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً وميزاباً فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إماناً كانت السكة نافذة وإماناً كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يطلع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للضرر عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا بي حنيفة رحمه الله أن اشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة في حكم البقعة فكذا هو أوها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولاً أم لا فإنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الأذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصرح بالنقض بطلت الدلالة في حق الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير إذنه ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم

يكن له حق في التقديم فلهم منه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أماركن الشهادة فقول الشاهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

فصل في شرائط في الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلاً وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسمع والاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصماً الا بالرؤية لان النعمات يشبه بعضها بعضاً (وأما) البلوغ والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لثمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لثمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادته في الجملة وقد وردت فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فاذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشهر فقامت الشهرة في مقام المعينة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا في الموت اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلافوا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشهد ذلك ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة فعلى هذا اذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاص انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل