

كتاب الدعوى

هي إخبار بحق له على غيره والمدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعي عليه من

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هي واحدة الدعوى بفتح الواو وكسرها، وبعضهم قال: الفتح أوى، وبعضهم الكسر أولى، ومنهم من سوى بينهما، وفي الكافي يقال: ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه، والمال المدعي والمدعي به خطأ، والمصدر الإدعاء افتعال من دعا، والدعوى على وزن فعلى اسم منه، وألفها للتأنيث فلا ينون يقال: دعوى باطلة أو صحيحة، وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب أن يقول الناس بالفلان انتهى، ثم اعلم أنها مشروعة بالكتاب، والسنة وإجماع الأمة (هي) أي الدعوى في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه

كتاب الدعوى

مناسبتها للوكالة بالخصومة ظاهرة (هي) لغة واحد الدعاء هي بفتح الواو وكسرها غير منونة لأن ألفها للتأنيث اسم من الادعاء مصدر ادعى زيد على عمرو مالا أي طلبه لأخذ العين، أو الدين فزيد المدعى وعمرو المدعي عليه، والمال المدعي والمدعي به غلط كما في المغرب والكافي وغيرهما، وفي النهاية وغيرها أنها لغة إضافة الشيء إلى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعاً وخصها الفقهاء بحال المنازعة، وقد اختلفت عباراتهم في حدها، واختار المصنف تبعاً للوقاية وغيرها أنها شرعاً (أخبار) أي عند القاضي أو المحكم فإنه شرط كما في الاختيار (بحق) معلوم فإنه شرط، وفي شمول دعوى المنفعة خفياً، والإطلاق في الموضوعين لا يخلو عن شيء ذكره القهستاني، (له) حقيقة أو حكماً ليعم الوكيل والوصي والولي، وكذا يراد بالحق في التعريف ما يعم الوجودي والعدمي ليعم دعوى دفع التعرض إذ الصحيح سماعها بخلاف دعوى النزاع (على غيره) أي بحضوره وإلا فلا تسمى دعوى ولما

يجبر، ولا تصح الدعوى إلا بذكر شيء علم جنسه وقدره، فإن كان ديناً ذكر أنه يطالبه به

حال المسالمة أو المنازعة مأخوذ من قولهم: ادعى إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال لي، ومنه دعوة الولد، وفي الشرع يراد به إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة لا غير كما في المبسوط، وقيل هي في اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي الشرع ما اختاره المصنف تبعاً للوقاية بقوله: (إخبار) عند القاضي أو الحكم فإنه شرط كما في الكافي وغيره (بحق) معلوم فإنه شرط (له) أي للمخبر (على غيره) أي على غير المخبر الحاضر لما في التنوير وغيره وشرطها مجلس القاضي وحضور خصم ومعلومية المدعي وكونها ملزمة وكون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطله انتهى فعلى هذا إطلاق المصنف لا يخلو عن شيء كما في القهستاني إلا أن يقال: عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضي مأخوذاً في مفهوم الدعوى وهي مطالبة حق عند من له الخلاص، ولثلا يخرج عن التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضي إلى القاضي في مجلس القاضي الكاتب فإنه دعوى صحيحة حتى يكتب في الكتاب غيب الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة إلى آخره مع أنه إخبار بحق له على غيره وليس بحاضر وأما عدم تقييده بمجلس القضاء فلا لأنه جعله شرطاً وشرط الشيء خارج عن ذلك الشيء تأمل (والمدعي) شرعاً (من لا يجبر) أي لا يكره (على) هذه (الخصومة) أي المخاصمة، وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصماً من وجه آخر كما إذا قال: قضيت الدين بعد الدعوى فإنه لا يجبر على هذه الخصومة إذا تركها (والمدعي عليه من يجبر) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكرأ معنى ولو مدعيأ صورة،

كان مدار الباب على المدعي والمدعي عليه فسرهما مع الإشارة إلى الحكم فقال: (والمدعي) شرعاً (من لا يجبر) أي لا يكره (على) هذه (الخصومة) أي المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصماً من وجه آخر كما إذا قال: قبضت الدين بعد الدعوى فإنه لا يجبر على هذه الخصومة إذا تركها (والمدعي عليه من يجبر) على هذه الخصومة، والجواب فلا يشكل بوصي اليتيم فإنه مدعي عليه معنى، فيما إذا كان لليتيم حق على آخر حيث يجبره القاضي على الخصومة نظراً لليتيم زاد الباقي في الحد بعد دعوى صحيحة لينطبق على المحدود، ولو في البلدة قاضيان كل في محلة، فالخيار للمدعي عليه عند محمد، وبه يفتي كما في البرازية أي، ولو القضاة في المذاهب الأربعة وأحدهم من أهل العسكر كما في المنع عن البحر، ثم ذكر أن هذه لوكل في محلة فلو الولاية لقاضيين فأكثر على مصر واحد على السواء اعتبر المدعي (قلت) ورأيت بخطه على هامش البرازية أنه إذا كانت المذاهب الأربعة في مجلس واحد، فلا ينبغي أن يقع الخلاف في إجابة المدعي لما أنه صاحب الحق انتهى، وأفتى بعض موالي الروم بأنه إن انضم إليه احتمال ظلمه للمدعي عليهم، والله الموفق، وركنها إضافة الحق لنفسه أو لمن ناب منابه وأهلها العاقل المميز، وشرطها مجلس القضاء وحضور خصمه، ومعلومية المدعي وكونها ملزمة وكون المدعي مما يحتمل الثبوت، فدعوى ما يستحيل وجوده باطله، وحكمها وجوب الجواب على الخصم، وستتها تعلق البقاء المقدر يتعاطى المعاملات، (ولا تصح الدعوى)

ولذا قال محمد: في الأصل المدعي عليه وهو المنكر، وهو الصحيح إذ الاعتبار للمعاني فلا يشكل بوصي اليتيم، فإنه مدعي عليه معنى فيما إذا أجبر القاضي على الخصومة لليتيم كما في القهستاني وإنما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضي التعريف إشارة إلى اختلاف المشايخ فيهما فقبل المدعي من إذا ترك ترك والمدعي عليه خلافه، وهذا حاصل ما ذكر في هذا المتن قال أبو المكارم: والتعريف المذكور كان عاماً صحيحاً كما قال في الهداية: لكنه تعريف له بما هو حكمه انتهى وقيل المدعي من لا حجة له عليه والمدعي عليه خلاف هذا ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة، ولا يقال لرسولنا عليه الصلاة والسلام، وقيل: المدعي من لا يستحق إلا بينة والمدعي عليه من يكون مستحقاً بلا حجة إذ بقوله هو لي يكون له على ما كان ما لم يثبت المدعي استحقاقه قبل المدعي من يلتبس خلاف الظاهر، وهو الأمر الحادث والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر، كالعدم الأصلي انتهى، إذ لا يعرض على من له اليد حق المدعي بمجرد دعواه، كما لا يعرض الوجود على العدم الأصلي فلم يلزم عليه ما قال بعض الفضلاء، ومنهم من قال المدعي من يلتبس خلاف الظاهر، ولا يلزم أن يكون أمراً حادثاً والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر، ولا يلزم أن يكون عدماً أصلياً انتهى لأن المراد بالأمر الحادث كونه محتاجاً إلى الدليل في ظهوره، ووجوده وبالعدم الأصلي عدم كونه محتاجاً إليه أصلاً فالمودع الذي يدعي رد الوديعة إلى المودع لا يكون مدعياً حقيقة، وكذا لا يكون المودع بإنكاره الرد منكراً حقيقة لأنه بإنكاره يدعي شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرج ذمته عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما أنكره معنى من الضمان لكونه مدعي عليه فيصدق قوله مع اليمين إذ الاعتبار للمعاني دون الصور، كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (ولا تصح الدعوى إلا بذكر شيء) أي قول دين أو عين (علم جنسه) أي جنس ذلك الدين كالدرهم والدنانير والحنطة وغيرها (وقدره) مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كراً، قيل: لا بد أيضاً من ذكر وصفه بأنه جيد أو ردي في دعوى الدين إذ هو يعرف به لأن إزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر، وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف العين كما سيجيء، وفيه إشارة إلى أنه لو كتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لا تسمع كما في القهستاني فإن عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما في الخزائنة (فإن كان)

مفاده أن الدعوى كما تكون صحيحة تكون فاسدة، فالصحيحة يتعلق بها إحضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر والإثبات بالبينة ولزوم إحضار المدعي والفاصلة بخلاف ذلك وهي تفسد بشيئين بأن لا تكون ملزمة لشيء على الخصم إذا ثبت كمن ادعى على غيره أنه وكيله وثانيها أن يكون المدعي مجهولاً في نفسه كما في الكفاية والكافي وغيرهما (إلا بذكر شيء) معين (علم جنسه وقدره) قيل وزنه ووصفه ونوعه وسببه كبيع أو قرض ومفاده أنه لو كتب صورة دعوى بلا

وإن كان نقلياً ذكر أنها في يد المدعي عليه بغير حق، وأنه يطالبه بها ولا بد من إحضارها إن أمكن ليشار إليها عند الدعوى والشهادة أو الحلف، وإن تعذر يذكر قيمتها، وفي

المدعي (ديناً) أي حقاً في الذمة (ذكر) المدعي (أنه يطالبه به) أي أن المدعي يطالب المدعي عليه بالدين لأن ذلك إلا إذا طالبه به فامتنع (وإن كان) المدعي عيناً (نقلياً) أي منقولاً (ذكر) المدعي (أنها) أي العين (في يد المدعي عليه بغير حق) دفعاً لاحتمال أن يكون مرهوناً أو محبوساً بالثمن في يده. قال صدر الشريعة هذه العلة تشتمل العقار أيضاً فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم، وفي حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف صاحب الدرر، واعتراض عليه فليطالع (وأنه) أي المدعي (يطالبه) أي المدعي عليه (بها) أي بالعين (ولا بد من إحضارها) أي يكلف إحضار العين منقولة (إن أمكن) الإحضار (ليشار إليها) أي إلى العين (عند الدعوى و) عند (الشهادة أو الحلف) لأنّ الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول لأنّ النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها أو بعث أميناً كما في البحر وغيره، لكنّ على رواية، وإلّا فقله وإن تعذر يذكر قيمتها يغني عنه تدبر، وفي المجتبى معزياً إلى الأسبجاني في مسألة الشاهدين إذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة خلافاً لهما، ثم قال: وهذه المسألة تدل على أنّ إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لا حضرت، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها، ثم قال: وهذه المسألة الناس عنها غافلون لكن ليس في ذلك دليل على ما ذكر لأنها إذا كانت غائبة لا يشترط إحضارها والقيمة كافية كما في البحر (وإن تعذر) أي تعذر إحضار المنقولات بأن كانت هالكة أو غائبة (يذكر قيمتها) ليصير المدعي معلوماً بها لأنّ الغائب لا يعرف إلا بالوصف والقيمة، قال أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة أو الأنوثة في الدابة هذا إذا ادعى العين، أما إذا ادعى قيمة شيء مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه، واختلفوا في بيان الذكورة والأنوثة في الدابة، قال العمادي: ادعى أعياناً

عجز عن تقريرها لم يسمع ذكره القهستاني (فإن كان) المدعي (ديناً ذكر أنه يطالبه به) لأنّه حقه (وإن كان) المدعي عيناً فإنّ (نقلياً ذكر أنها في يد المدعي عليه) أي في تصرفه فلا يختص بيان الجنس والقدر بالدين (بغير حق) لاحتمال كونه مرهوناً أو محبوساً في يده بالثمن، وهذا في المنقول بلا خلاف واختلف في العقار، والمختار عند كثير أنّه يقوله في العقار أيضاً، ذكره القهستاني، ونقله البرجندي عن العمادية قال: وعلى هذه الرواية فلا يحتاج إلى الفارق، انتهى على أنّ تصريحهم به في المنقول لا ينفي الحكم عما عداه كما في الشرنبلالية نعم ظاهره أنّهم لو شهدوا أنّه ملك المدعي بلا ذكر أنّه في يده بغير حق لم يقبل، والأصح أنه يقبل كما في خزانة المفتيين وأقره القهستاني (و) ذكر (أنه يطالبه بها) لأنّه حقه (ولا بد من إحضارها إن أمكن) وعلى الغريم إحضارها (ليشار إليها عند الدعوى و) عند (الشهادة أو الحلف وإن تعذر) إحضارها بأن كان لحملها مؤنة، وإن قلت (يذكر) المدعي (قيمتها) فلو لم تذكرها

العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق ولا تثبت اليد فيه بتصادقهما بل بيينة أو بعلم القاضي في الصحيح، ولا بد فيه من ذكر البلد والمحلة والحدود الأربعة في الدعوى، والشهادة

مختلفة الجنس والنوع، والصفة وذكر قيمة الكل، ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشائخ فيه بعضهم شرط التفصيل، وبعضهم اكتفى بالإجمال وهو الصحيح لأنه لو قال غصب مني عيناً كذا، ولا أدري أنه هالك أو قائم، ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما في الكافي، فإن عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة قول الغاصب، فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة، فلا يصح إذا بين قيمة الكل جملة كان أولى، وفي التبيين فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى، وقيل يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى سقط عن الشهود أيضاً بل أولى، وقيل: يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى سرقة ليعلم أن السرقة كانت نصاباً، فأما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع، وفي التنوير، وفي دعوى الإيداع لا بد من بيان مكانه سواء كان له حمل أو لا، وفي الغصب إن كان حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب، وإلا لا وفي دعوى المثليات لا بد من ذكر الجنس والنوع، والصفة والقدر، وسبب الوجود (وفي العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق) كما يحتاج إليه في المنقول، ولكن يذكر أن العقار في يده لأن المدعي عليه لا يكون خصماً إلا إذا كان العقار في يده، فلا بد من إثباته، لكن سؤال صدر الشريعة باقٍ على ما قاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد ما في القهستاني من قوله، ويزيده في العقار أيضاً عند بعض المشائخ كما في قاضيخان، والخزانه، وهو المختار عند كثير، انتهى لكن اختلف المشائخ في الفتوى كما سيأتي تتبع (ولا تثبت اليد) أي يد المدعي عليه (فيه) أي في العقار (بتصادقهما) أي لا تثبت بتصادق المدعي، والمدعي عليه، على أنه في يده (بل) تثبت اليد فيه (بيينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا في يده حتى لو قالوا: أسمعنا ذلك لم تقبل (أو بعلم القاضي) أنه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما، وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة فلا حاجة إلى البيينة، ولا إلى العلم بل تثبت بتصادقهما (في الصحيح) احتراز عما قيل أن اليد تصح بالإقرار فلا حاجة إلى البيينة، ولا إلى العلم، وفي البحر شهدوا أنه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتي بالقبول. قال الحلواني: اختلف فيه المشائخ والصحيح أنه لا تقبل لأنه إن لم يثبت أنه في يده بغيره لا يمكنه

لم تصح الدعوى اتفاقاً وللقاضي أن يحضر بنفسه أو يبعث أميناً ليشار إليها وإلا اكتفى بذكر القيمة لأنها مثلها معنى وهذا إذا أراد أخذ عينها أو مثلها في المثلى أما لو أراد أخذ قيمتها في القيمي اكتفى بذكر القيمة، ويكفي الإجمال أيضاً، ولا يحتاج لذكرها في دعوى الغصب هو الصحيح فيحلف خصمه (وفي) دعوى (العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق) وقد قدمناه (ولا تثبت اليد فيه بتصادقهما بل بيينة أو بعلم القاضي في الصحيح) فلذا استغنى عن زيادة بغير حق فتأمل (ولا بد فيه) أيضاً (من ذكر البلد

وأسماء أصحابها ونسبتهم إلى الجدد وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره، فإن ذكره ثلاثة وترك الرابع صح، وإن ذكره وغلط فيه لا وإذا صحت سأل القاضي الخصم عنها، فإن أقرَّ حكم عليه وإن أنكر سأل المدعي البينة فإن أقامها وإلا حلف الخصم إن طلبه خصمه

المطالبة بالتسليم، وبه كان يفتي أكثر المشائخ، وقيل: يقضي في المنقول لا في العقار حتى يقولوا أنه في يده بغير حق فالصحيح الذي عليه الفتوى أنه تقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم، وتماه فيه فليراجع، وفي المنع وليس ما ذكر من اشتراط ثبوت اليد في العقار بالبينة، أو العلم مطلقاً في جميع الصور بل إذا ادعى المدعي ملكاً مطلقاً في العقار، أما دعوى الغصب والشراء، فلا يشترط ثبوت اليد (ولا بد فيه) أي في العقار (من ذكر البلد والمحلة)، وفي الفصولين في دعوى العقار لا بد أن يذكر بلدة فيها العقار، ثم المحلة، ثم السكة اختياراً لقول محمد فإن مذهبه أن يبدأ بالأعم، ثم بالأخص، وقيل يبدأ بالأخص ثم بالأعم (و) لا بد من ذكر (الحدود الأربعة في الدعوى، والشهادة وأسماء أصحابها) أي أصحاب الحدود (ونسبتهم إلى الجدد) لتمييزوا عن غيرهم لأن تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الإمام، هذا إذا لم يكن مشهوراً (وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره لحصول المقصود به (فإن ذكر ثلاثة وترك الرابع صح) وقال زفر: لا لأن التعريف لم يتم، ولنا أن للأكثر حكم الكل على أن الطول يعرف بذكر الحدين والعرض بأحدهما، وقد يكون بثلاثة. روي عن أبي يوسف يكتفي بالإثنان، وقيل الواحد (وإن ذكره) أي الحد الرابع (وغلط فيه) أي في الحد الرابع (لا) يصح لأنه يختلف المدعي، ولا كذلك بتركه، وفي المنع، وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد إني غلظت فيه.

أما لو ادعاه المدعي عليه لا تسمع ولا تقبل بيته وتماه فيه فليطالع (وإذا صحت) أي إذا جازت، وقامت دعوى المدعي برعاية ما سبق (سأل القاضي الخصم) أي المدعي عليه (عنها) أي عن دعواه ليتضح وجه حكمه لأن القضاء بالبينة يخالف القضاء بالإقرار، ومعنى سؤاله أن يقول: خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فإن أقرَّ) أي الخصم (حكم عليه) أي على الخصم أن يحكم القاضي بالخروج عن موجب ما أقرَّ به لأن الإقرار حجة بنفسه، فلا يتوقف في صدقه على الحكم من القاضي، ولذا قال في الإصلاح فإن أقرَّ فيها، ولم يقل حكم (وإن أنكر) الخصم إنكاراً صريحاً أو غير صريح كما إذا قال: لا أقر، ولا أنكر فإنه إنكار عندهم وما والمحلة والحدود الأربعة في الدعوى) لأنه يعرف بها (و) في (الشهادة) ولا بد أيضاً من ذكر (أسماء أصحابها ونسبتهم إلى الجدد، وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره) لحصول المقصود به واكتفياً بشهرة الدار أيضاً (فإن ذكر ثلاثة وترك الرابع صح، وإن ذكره وغلط فيها) لا يصح لأن المدعي يختلف به، ولا يختلف بتركه، ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد كما في الفصولين وفي القاعدية إنما يشترط ذكرها إذا أنكر المدعي عليه وأما إذا أقرَّ بعد الدعوى فالقاضي يأمره بالتسليم إليه لأن الجهالة لا تضر بالإقرار (وإذا صحت) الدعوى (سأل القاضي الخصم عنها فإن أقرَّ حكم عليه) بإقراره لأنه حجة بنفسه (وإن أنكر

ليس لك إلا هذا شاهدك أو يمينه، فإن حلف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة وإن

روي أنه إقرار غير ظاهر فيحس حتى يقر فغلط، كما في القهستاني، لكن قال السرخسي: وعند أبي يوسف يحس إلى أن يجيب وفي البحر والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في ألقية، والبزازية فلذا افتتت بأنه يحس إلا أن يجيب، وتماه فيه فليراجع (سأل) القاضي (المدعي البينة) في دعواه (فإن أقامها) أي إن أقام المدعي البينة يحكم القاضي على خصمه لأنه نور دعواه بالبينة فهي فيعلة من البيان أو البين إذ بها يظهر الحق من الباطل، ويفصل بينهما (وإلا) أي، وإن لم يقمها بل عجز عن إقامتها (حلف) أي حلف القاضي (الخصم) وهو المدعي عليه (إن طلبه خصمه) أي طلب المدعي تحليف المدعي عليه لأنه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي: «ألك بينة»^(١) فقال لا، وقال: فلك يمينه فقال: يحلف ولا يبالي، فقال عليه السلام: «ليس لك إلا هذا شاهدك أو يمينه» فصار اليمين حقاً لإضافته إليه بلام التملك قيد بتحليف القاضي لأن المدعي عليه لو حلف بطلب المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي فذا ليس بتحليف لأن التحليف حق القاضي، فلو برهن عليه تقبل وإلا يحلف ثانياً عند القاضي، فلا يحلف قبل طلبه عند الطرفين في جميع الدعاوى.

وكذا عند أبي يوسف إلا في مسائل، وفي الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما حلف لك زوجك شيئاً، ولا أعطاك النفقة، والمستحق يحلف بالله ما بعث، وأجمعوا على أن من ادعى ديناً على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث (فإن حلف) المدعي عليه (انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) أي إذا حلف المدعي عليه فالمدعي على دعواه، ولا يبطل حقه بيمينه إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإن أقامها بعد الحلف تقبل. قال عليه السلام: اليمين الفاجرة أحق أن ترد بالبينة العادلة، ولأن طلب اليمين لا يدل على عدم البينة، لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة في البلد، ولم تحضر،

.....

سأل المدعي البينة فإن أقامها) فيها (وإلا حلف الخصم إن طلبه خصمه) لأنه حقه (فإن حلف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) فتسمع البينة بعد يمين الخصم على ما هو الصواب. (قلت): ولا يظهر بها كذب المنكر على الصواب أيضاً حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور، ذكره الزيلعي، وغيره وأشار إلى أنه

(١) أخرجه البخاري (نصوصات، ٤) (أحكام، ٣٠)، ومسلم (إيمان، ٢٢٠، ٢٢٣، ٢٢٤)، وأبو داود (إيمان، ١)، (أقضية، ٢١، ٢٥، ٢٦)، والترمذي (بيع، ٤٢)، (أحكام، ١٢)، (تفسير سورة، ٣، ٤)، وابن ماجه (أحكام، ٧)، وأحمد بن حنبل (١، ٣٧٩، ٤٢٦، ٤، ٣١٧، ٥، ٢١١، ٢١٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٢٥٨/١.

نكل مرة أو سكت بلا آفة فقضى بالنكول صح وعرض اليمين ثلاثاً ثم القضاء أحوط،

ولأنَّ اليمين بدل البينة، فإذا قدر على الأصل بطل حكم الحلف، فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من أنَّ البينة لا تسمع بعد اليمين كما في الدرر وغيره (وإن نكل) عن اليمين (مرة) أي قال لا أحلف (أو سكت بلا آفة) من خرس أو طرش أو غيره فإنَّ السكوت بلا آفة نكول حكماً هو الصحيح كما في السراج (فقضي) أي قضى القاضي له عليه بالمال (بالنكول) أي بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لأنَّ النكول دل كونه باذلاً أو مقراً، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع في نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلاثاً) بأن يقول له في كل مرة إني أعرض عليك اليمين فإنَّ حلفت، وإلاَّ قضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (أحوط) لما فيه من المبالغة في الأنظار، ولا عبرة بعد القضاء بقوله: احلف لأنَّه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء، ويعتبر قوله إحلف قبيل الحكم، ولو بعد العرض ثلاثاً، وفيه إشعار بأنَّه لا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء واتصل القضاء به، وبدونه لا يوجب شيئاً كما في التبيين وفي المجتبى يشترط أن يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشائخ، وقال الخصاص: لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوماً أو يومين أو ثلاثة فلا بأس، وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي المنح، ولم أر فيه ترجيحاً، وفي البحر.

وأما المذهب فإنَّه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح، والأول أولى

.....
 إنما يترتب التحليف على صحة الدعوى فيحلف فيما لا يشترط فيه الدعوى فيحلف فيما لا يشترط فيه الدعوى من حق الله كطلاق ووقف وتماه في العمادية. (قلت): ومفاده اشتراط صحة الدعوى لليمين فليحفظ، وإلى أنَّه لو حلفه المدعي لم يعتبر وإن كان في مجلس القاضي فيحلفه القاضي ثانياً، وكذا لو حلفه القاضي قبل طلبه حلفه ثانياً بطلبه وهذا عند الطرفين. وكذا عند أبي يوسف إلا في مسائل: منها تحليف الشفيع أنَّه ما أبطل شفيعته، وتماه في العمادية. (قلت): وينبغي أن يستثنى من كان له دين على الميت فإنَّه يحلف قبل طلب الوصي والوارث بالإجماع أنَّه لم يستوف دينك من الميت بوجه كما في الخلاصة وغيرها، وأقره القهستاني وغيره (وإن نكل مرة أو سكت بلا آفة) من خرس أو طرش فإنه نكول حكماً (فقضى بالنكول صح) ونفذ قضاؤه هو الصحيح، فلو قال بعد القضاء أنا أحلف لم يلتفت إليه (وعرض) القاضي (اليمين ثلاثاً) من المرات (ثم القضاء) عليه بدعوى المدعي (أحوط) وقيل واجب حتى لو قضى بعد العرض مرة لم يصح وإليه ذهب الحاكم كما في قضاء المنية، ذكره القهستاني ولو قال: لا أقر، ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر كما في التنوير، ولو اصطلحا على أنَّ يحلف عند غير قاضي ويكون بريئاً فهو باطل، وكذا لو اصطلحا على أنَّ المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال، وحلف لأنَّ فيه تغيير الشرع. (قلت): ومفاده صحة الدعوى لصحة الصلح ومر في باب

ولا ترد يمين على مدع، ولا يقضي بشاهد ويمين، ولا يحلف في نكاح ورجعة وفيء وإيلاء واستيلاء ورق ونسب وولاء وعندهما يحلف وبه يفتى ولا في حد ولعان،

انتهى (ولا ترد يمين على مدع) إذا نكل المدعي عليه عن اليمين، وعند الأئمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فإن حلف قضي له وإلا لا (ولا يقضي بشاهد ويمين) وقال الشافعي: لو أقام المدعي شاهداً واحداً، وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعي فإن حلف قضي له وإلا لا لأن النبي عليه الصلاة والسلام، قضى بشاهد ويمين، ولنا قوله ﷺ: «البينة للمدعي واليمين على من أنكر»^(١)، وهذا الحديث مشهور كائن كالمتواتر، وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوي، وأول من قضى به معاوية رضي الله عنه، ولم يقع العمل به إلى زمانه لعدم الحاجة إليه حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ (ولا يحلف في نكاح) أي نفس النكاح أو الرضى به أو الأمر به، فلو ادعى أحد من الزوجين بلا بيعة نكاحاً على الآخر، وهو منكر (ورجعة) بأن يدعي أحد الزوجين بعد العدة على الآخر أنه راجعها في العدة، والآخر ينكرها فإن ادعى الرجعة في العدة يثبت بقوله: في الحال كما في القهستاني (وفيء وإيلاء) كذا في نسخة المصنف لكن الأولى كما في سائر المتون، وفيء إيلاء بدون الواو أي في الرجوع في مدة الإيلاء بأن يدعي أحدهما على الآخر بعد مدة الإيلاء أنه فاء ورجع إليها في مدته، والآخر منكر، وفي القهستاني فإن اختلفوا قبل المدة ثبت الفيء بقوله: (والاستيلاء) أي طلب ولد بأن يدعي أحد من الأمة والمولى أو الزوجة والزوج أنها ولدت منه ولداً حياً أو ميتاً كما في قاضيخان، لكن في المشاهير أن دعوى الزوج والمولى لم يتصور لأن النسب ثبت بإقراره، ولا عبرة لإنكارها بعده، ويمكن أن يقال أنه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما في القهستاني (ورق) بأن ادعى رجل على مجهول الحال أنه رقه أو ادعى المجهول أنه سيده وأنكر الآخر (ونسب) بأن ادعى أن هذا ولده أو والده أو هو يدعي عليه والآخر ينكر (وولاء) سواء

الاستحقاق خلافه، وسيجيء في باب فتنه (ولا ترد يمين على مدع ولا يقضي بشاهد ويمين) للحديث المشهور الكائن كالمتواتر: البينة على المدعي واليمين على من أنكر، خلافاً للشافعي فيهما (ولا يحلف) المنكر عنده خلافاً لهما (في) سبعة أمور، صورة، وأكثر من عشرين معنى ذكره القهستاني. (قلت): وقد كتبت في كتاب الشركة أنه لا تحليف في نيف وستين مسألة، وحررتها ثمة بلا مزيد عليه فإن شئت فارجع إليه، (نكاح) أنكره هو أو هي (ورجعة) جحدتها هو أو هي بعد عدة (وفيء وإيلاء) أنكره أحدهما بعد المدة (واستيلاء) تدعيه الأمة، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره (ورق ونسب) بأن ادعى على مجهول النسب أنه قته أو ابنه وبالعكس (وولاء) عتاقة أو موالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وعندهما

(١) أخرجه البخاري (رهن، ٦، ٢٠، ٢٣)، (شهادات، ١) (تفسير سورة، ٣، ٣)، ومسلم (أفضية، ١، ٢)،

وأبو داود (أفضية، ٢٣)، والترمذي (أحكام، ١٢)، والنسائي (قضاة، ٣٦)، وابن ماجه (أحكام، ٧)،

وأحمد بن حنبل (١، ٢٥٣، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣، ٢، ٧٠)، المعجم المفهرس لألغاظ

والسارق يحلف فإن نكل ضمن ولا يقطع ويحلف الزوج إن ادعت طلاقاً قبل الدخول

كان ولاء العتاقة، أو ولاء الموالاة بأن يدعي أحد من المعروف والمجهول على الآخر أنه معتقه أو مولاه فلا يحلف عند الإمام في هذه الأمور لأن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول جعله بدلاً وإباحة صيانة عن الكذب الحرام، والبذل لا يجري في هذه الأمور (وعندهما) وهو قول الأئمة الثلاثة (يحلف) لأن النكول إقرار، والظاهر أنه يحلف على تقدير صدقه فإذا امتنع عليه ظهر أنه غير صادق في إنكاره إذ لو كان صادقاً لا قدم عليه، ولما كان النكول إقراراً، فالإقرار يجري في هذه الأشياء فيستحلف على صورة إنكار المنكر لا على دعوى المدعي حتى إن نكل يقضي بالنكول (وبه) أي بقول الإمامين (يفتي) كما في قاضيخان، وهو اختيار فخر الإسلام عليّ البرزدي معللاً بعموم البلوى. وفي النهاية قال المتأخرون: إن المدعي إذا كان متعنتاً يأخذ القاضي بقولهما وإن مظلوماً بقوله: (ولا) يستحلف (في حد) اتفاقاً هو خالص حق الله تعالى كحد الزناء، والشرب والسرقة، أو غالب حقه تعالى كحد القذف فإن حق العبد فيه مغلوب فلو ادعى أحد على أحد قذفه بالزناء فأنكره لم يحلف إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزناء، وقال: إن زنت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل يثبت العتق دون الزناء، ذكره الزيلعي وصححه الحلواني خلافاً للسرخسي (و) لا في (لعان) أيضاً بالإتفاق إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً يوجب اللعان، وأنكر الزوج لأن اللعان قائم مقام حد الزناء في جانب الزوج، فلا يثبت بالنكول الذي هو إقرار مع شبهة.

(والسارق يحلف) بالإتفاق عند إرادة أخذ المال، ويقول فيه: بالله ما له عليك، هذا المال، وعن محمد أن القاضي يقول للمدعي: ماذا تريد، فإن قال: أريد القطع، يقول في جوابه: إن الحدود لا يستحلف فيها وإن قال أريد المال يقول له: دع دعوى السرقة وادع المال (فإن نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولا يقطع) لأن النكول إقرار مع شبهة فيعمل في الضمان دون القطع كما إذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل في المال دون القطع (ويحلف

يحلف) ومبنى الخلاف أن النكول عنده بذل، وعندهما إقرار، والإقرار يجري في هذه الأمور فيحلف على صورة إنكار المنكر لا على دعوى المدعي فيقول: بالله ما بينكما نكاح قائم (وبه يفتي) لعموم البلوى كما في الاختيار وغيره. وفي النهاية قال المتأخرون: إن المدعي متعنتاً فيقولهما ومظلوماً فيقول: وأقره القهستاني والبرجندي (ولا) يحلف عندهم جميعاً (في حد) خالص لله كزناء، وشرب وسرقة أو مغلب حقه تعالى كحد قذف (و) كذا في (لعان) لأنه كالحدينديء بالشبهة إلا إذا تضمن شيء من هذه المذكورات حقاً للعبد فيحلفا عندهم كمهر، ونفقة وارث وكان علق عبده بزناء فللعبد تحليفه، فإن نكل ثبت العتق لا الزناء، وأشار لباقى المستثنيات فقال: (والسارق يحلف) إجماعاً لأجل المال (فإن نكل ضمن ولا يقطع) لأن المال يثبت بالنكول الذي فيه شبهة بخلاف القطع

إجماعاً فإن نكل ضمن نصف المهر. وكذا في النكاح إن ادعت مهرها، وفي النسب إن ادعى حقاً كإرث ونفقة وغيرهما، وفي القصاص فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونها يقتص، وعندهما يضمن الأرش فيهما، فإن قال المدعي لي بينة

الزوج إن ادعت) الزوجة (طلاقاً) بلا بينة لها عليه (قبل الدخول إجماعاً) لأن مقصودها المال، والاستحلاف يجري في المال بالإجماع (فإن نكل ضمن) الزوج (نصف المهر) وإنما وضع المسألة في الطلاق قبل الدخول، لأنه لو أطلق ينصرف إلى الطلاق الذي يلزم منه المهر تماماً ويبقى أمر الطلاق الذي يلزم منه نصف المهر مستوراً فكشفه أولى مع أن لزوم الحلف في الطلاق بعد الدخول بطريق الأولى فإنه إذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده أولى.

(وكذا) يحلف (في النكاح إن ادعت) المرأة (مهرها) وأنكر الزوج فلو نكل يلزم المهر، ولا يثبت النكاح عند الإمام بخلاف الطلاق.

وكذا إذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف، فإن نكل يلزم النفقة دون النكاح (وفي النسب) أي يحلف في دعوى النسب (إن ادعى حقاً كإرث ونفقة) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخوه مات أبوهما، وترك مالا في يد المدعي عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعي عليه بسبب الإخوة فإنه يستحلف على النسب بالإجماع فإن حلف بريء، وإن نكل قضى بالمال، والنفقة لا النسب إن كان النسب نسباً لا يصح الإقرار به، وإن كان سبباً يصح الإقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما) كالحجر بأن كان الصبي في يد رجل التقطه، وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الأصل أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وأرادت استحلافه فنكل ثبت لها حق نقل الصبي إلى حجرها، ولا يثبت النسب.

وكذا العتق بسبب الملك، بأن ادعى عبد على مولاه أنه عتق لأنه أخوه أو أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له: أنا أخوك فإن المدعي عليه يستحلف على ما يدعى بالإجماع (وفي القصاص) أي يحلف جاحد القود في النفس، والأطراف بالاتفاق (فإن نكل في) دعوى (النفس) لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر) فيقتص منه (أو يحلف) فيطلق عن الحبس وإلا يحبس أبداً (و) إن نكل (فيما دونها) أي النفس (يقتص) منه، وهذا عند الإمام لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، ولهذا أبيح قطعها للحاجة، ولم يجب على القاطع الضمان

(ويحلف الزوج) المنكر (إن ادعت طلاقاً قبل الدخول إجماعاً) لما ذكرنا (فإن نكل ضمن نصف المهر وكذا) يحلف الزوج (في النكاح إن ادعت مهرها) أو نفقتها (و) يحلف المنكر (في النسب إن ادعى حقاً كإرث ونفقة وغيرهما، كحجر في لقيط أنه أخوها، وأنه أولى بحضانتها وامتناع رجوع في هبة لأنه أخوه فأنكر الواهب يستحلف فإن نكل ثبت الامتناع دون الأخوة (و) يحلف (في القصاص) بالإجماع في النفس، والأطراف (فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف، وفيما دونها يقتص) عنده

حاضرة وطلب يمين خصمه لا يحلف ويكفل بنفسه ثلاثة أيام، فإن أبى لازمه ودار معه

إذا قطعها بأمر صاحبها بخلاف النفس، فإنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية، والدية في أخرى، وإذا سلك بالأطراف مسلك الأموال يجري فيه البذل، كما يجري في الأموال، كما في أكثر المعتمرات، وما قاله أبو المكارم من أنه يتوجه عليه حيثنذ لزوم قطع يد السارق بالنكول، وقد مر أنه لا يقطع ليس بوارد لأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال بخلاف القطع في السرقة، فإنه خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق بينهما تدبر (وعندهما يضمن الإرش فيهما) أي في صورتني دعوى النفس، والأطراف لأن النكول إقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع في الطرف بما فيه شبهة القصاص، كما في النفس، فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من وجب عليه القصاص، كما إذا أقر بالخطأ، والولي يدعي العمد، وعند الأئمة الثلاثة يقتصر فيهما بعد حلف المدعي على أنه صادق في دعواه بناء على ما مر من أصولهم (فإن قال المدعي لي بينة حاضرة) في المصر (وطلب يمين خصمه لا يحلف) عند الإمام، وهو الصحيح كما في المضمرة وغيرها. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه بجيبه وللإمام أن ثبوت اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا، فلا يكون حقه دونه، ومحمد مع أبي يوسف، فيما ذكره الخصاص، ومع الإمام فيما ذكره الطحاوي كما في أكثر المعتمرات فعلى هذا ينبغي للمصنف أن يذكر الخلاف، تدبر قيدنا بالمصر لأنها لو كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالإتفاق، وإن كانت خارج المصر يحلف بالانفاق، وفي المجتبى، وقدرت الغيبة بمسيرة السفر، وفي المنح وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف، وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فإنه قال الاستخلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعي عليه، ويقول المدعي: لا شهود لي أو شهود لي غيب أو مرضي، وفي البحر ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعي، ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعي: اجعل حقي في الختم، ثم استخلفني فله ذلك في زماننا (ويكفل) من التكفيل (بنفسه) أي يؤخذ من المدعي عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب فيضيع حقه استحساناً، والقياس أن لا يكفل قبل إقامة البينة، وهو مذهب الشافعي، ويجب أن يكون الكفيل معروفاً ثقة، ولا يتوهم اختفاؤه بأن يكون له دار وحانوت

(وعندهما يضمن الإرش فيهما) لأن النكول إقرار فيه شبهة فتلزم الدية في صورتين، وله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال بخلاف النفوس، وقالوا: يستحلف في التعزير اتفاقاً فإن نكل عزر. (قلت): وحيلة دفع يمينها لو ادعى نكاحها أن تزوج فلا تحلف، كما حررت في شرح التنوير (فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة) أي في المصر (وطلب يمين خصمه لا يحلف) خلافاً لهما، والصحيح قوله: كما في المضمرة وغيرها، ولو حاضرة في مجلس الحكم لم يحلف اتفاقاً ولو خارج المصر حلف اتفاقاً (ويكفل بنفسه ثلاثة أيام) هو الصحيح، وقيل لمجلسه الثاني ولو لسبعة أيام، وصحيح، وقيل لرأي

حيث دار وإن كان غربياً يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي، واليمين بالله تعالى لا

ملكاً له، وله أن يطالب وكيلاً بالخصومة حتى لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه، وصح أن يكون كفيلاً ووكيلاً، وإن أعطاه فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل، وإن كان المدعى منقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها، ولا يعييه المدعي عليه، وإن كان عقاراً لا يحتاج إلى ذلك، وفيه إشارة إلى أن القاضي يكفله، ولو لم يطلبه المدعي، وهذا إذا كان المدعي جاهلاً بالخصومة.

وأما إذا كان عالماً، فلا يكفله القاضي بلا طلبه (ثلاثة أيام) هذا مروى عن الإمام، وهو الصحيح كما في الكافي وغيره، وصحح في الخانية أنه إلى جلوس القاضي مجلساً آخر، وقيل يفوض إلى رأي القاضي، وهو الأشبه برأي الإمام، ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والحقير. وكذا بين القليل من المال، والكثير عن محمد أن الخصم إن كان بحيث لا يخفي نفسه، بهذا القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل قيد بقوله: لي بينة حاضرة للتكفيل، ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي: لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل إذا لا فائدة فيه، بل يحلف، فإذا حضر بعدما حلف تقبل بينة المدعي.

وكذا لو قال المدعي: لا بينة لي، وطلب يمين خصمه فحلفه القاضي فقال: لي بينة فإن القاضي يقبل ذلك منه وقيل: لا تقبل، وفي البحر ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام، فإن مضت، ولم يأت بالبينة، وقال لي بينة غائبة يقضي بالقصاص قياساً كالأموال، وفي الاستحسان يؤجل استعظماً لأمر الدم (فإن أُمي) عن إعطاء الكفيل (لازمه) مقدار مدة التكفيل (ودار معه) أي مع الغريم (حيث دار) تفسير الملازمة. وفي البحر نقلاً عن الصغرى رأيت في زيادات بعض المشائخ أن الطالب لو أمره غيره بملازمة مديونه فللمدبون أن لا يرضى عند الإمام خلافاً لهما، وجعله فرعاً لمسألة التوكيل بغير رضى الخصم، لكن لا يحبس في موضع، لأن ذلك حبس، وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى، ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف، والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله بل يدخل المطلوب إلى أهله، والملازم على باب داره (وإن كان) المطلوب (غربياً يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي) إلى أن يقوم من مجلسه لأن في أخذ

القاضي، ورجح بأنه لا شبهة برأي الإمام ذكره الباقاني، ولو قال: لا بينة لي أو لا دفع لي لم يكفل بل يحلف، ونقبل البينة بعده كما مر وإن شرط عند التحليف أن لا تسمع بعده كما في شهادات المنية، ومفاده أنه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يقبل بذلك، كان له أن يستحلف كما قال سيف الأئمة: لكن قال شرف الأئمة، هذا إذا ظن أنه ينكل.

وأما إذا ظن أنه يحلف كاذباً فلم يعذر في التحليف كما في قضاء المنية وأقره الفهستاني (فإن أُمي) عن إعطاء الكفيل (لازمه) بنفسه أو أمينه (ودار معه حيث دار) إلا إذا دخل داره، فيجلس على

بطلاق وعتاق وقيل إن ألح الخصم صح بهما في زماننا وتغلظ بذكر صفاته تعالى إن شاء

الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به يمنع عن السفر، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً فإن برهن في المجلس فيها وإلاً يحلفه إن شاء أو يدعه (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق) لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»^(١) (وقيل إن ألح الخصم صح) اليمين (بهما) أي بالطلاق، والعتاق (في زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما في الهداية، لكن لا يقضي عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً حتى لو قضى لا ينفذ، وإنما أتى بصيغة التمريض لأن أكثر مشائخنا لم يجوزوه، وفي البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق، والعتاق وهو ظاهر الرواية، وفي الخانية ومنهم من جوزه في زماننا والصحيح ما في ظاهر الرواية انتهى (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته تعالى) أي صفات الله تعالى مثل قوله: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه، وهو كذا وكذا، ولا

.....
الباب، وليس له منعه من العمل إلا إذا أعطاه نفقته، ونفقة عياله، ولو اختار المطلوب الحبس، والطالب الملازمة فالخيار للطالب ما لم يكن بملازمته ضرر بين فيحبس دفعا للضرر عنه كما في حجر الهداية. (قلت): ومن القضاة من أوجب حبسه لاحتياج المدعي لطلب شهود وغيره، ذكره القهستاني (وإن كان غريباً) أي مسافراً (يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي) لا غير دفعا للضرر حتى لو علم، وقت سمرت يكفله إليه، فإن برهن فيها وإلاً يحلفه إن شاء، (واليمين) الذي يقضي بالنكول عنه يكون (بالله تعالى) دون غيره أي للناطق. (قلت) وأما الأخرس فتحليفه بأن يقول القاضي له: عليك عهد إن كان كذا فيشير بنعم أولاً لا بالله أنه كان كذا لأنه إذا قال: نعم يكون إقراراً لا يميناً كما في الشرنبلالية، وغيرها زاد في شرح الوهبانية، ولو أصم أيضاً كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلاً فيإشارته ولو أعمى أيضاً فأبوه أو وصيه، أو من نصب القاضي فليحفظ (لا بطلاق وعتاق) ونحوهما فإنه حرام، ولذا لو قال المدعي حلفه بالطلاق يكفر عند البعض كما في سير المضمرات (وقيل إن ألح) وبالغ (الخصم) على التحليف به (صح) ذلك التحليف (بهما في زماننا) لنهاونهم بالحلف بالله فلو لم يصح ذلك لذهب دماء الناس، وأموالهم وإن ألح المستفتي يفتي أن الرأي للقاضي كما في الشرنبلالية، لكن لو حلفه به فنكل فقضي عليه لا ينفذ. (قلت): وفيه أنه يفوت ما مر من حفظ دمائهم وأموالهم بالحلف به اللهم إلا أن يقال: إنه إذا احترز عنه فعسى أن يقرّ بالمدعي ذكره الباقي، لكن جعل في التنوير عدم النفاذ قول الأكثر، قال مصنفه في منحه تبعاً لشيخه في بحره فعلى قول الأقل ينفذ، وإلاً فلا فائدة انتهى اللهم إلا أن يقال لعل فائدته ما ذكره الباقي فليحذر. (قلت): وقالوا: لو حلف بالطلاق مثلاً ثم، برهن على المال هل يظهر كذبه خلاف الفتوى أنه إن ادعاه بلا سبب فنعم وإن به فلا لجواز وجود القرض، ثم الإبراء، والإيفاء فليحفظ (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته تعالى) وقيد بعضهم بفاسق ومال خطير (إن

(١) أخرجه البخاري (توحيد، ١٣)، والترمذي (ندور، ٨)، والموطأ (ندور، ١٤)، وأحمد بن حنبل (٢، ٧،

القاضي ويحترز من التكرار لا بزمان أو مكان، ويحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه الصلاة والسلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله ولئن سألتهم من خلقهم

شيء منه (إن شاء القاضي) لأنَّ أحوال الناس شتى، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار في صفة التغليظ إلى القاضي يزيد فيه ما شاء، وينقص ما شاء إلاَّ أنَّه يحتاط (ويحترز من التكرار) أي يحترز عن عطف بعض الأسماء على البعض، وإلَّا لتعدد اليمين، ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول لأنَّ المستحق يمين واحدة، وقد أتى بها ولو لم تغلظ جاز، وقيل: لا تغلظ على المعروف بالصلاح، وقيل: تغلظ في الخطير من المال دون الحقيقير (لا) تغلظ (بزمان) على المسلم بأن يستحلف في أول الجمعة أو آخرها أو ليلة القدر لأنَّ فيه تأخير المدعي (أو مكان) بأن يستحلف في مسجد الجامع عند المنبر لأنَّ المراد هو اليمين بالله تعالى، والزيادة عليها زائدة على النص، وفي الحاوي القدسي، ولا يستحب تغليظ اليمين بهما انتهى، وظاهره أنَّه مباح لأنَّه نفي الاستحباب، وهو لا يستلزم نفي الإباحة بخلاف العكس، لكن قال الزيلعي: فلا يشرع تدبر، وعند الأئمة الثلاثة يجوز أن تغلظ بهما أيضاً إنَّ كانت اليمين في قسامة، ولعان، ومال عظيم (ويحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام) (و) يحلف (النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه الصلاة والسلام) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسي بالله الذي خلق النار) لأنَّهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه معظماً ليفيد فائدة اليمين، وقيل أنَّ المجوسي حلف بالله لا غير كما لا يستحلف بالله الذي خلق الشمس لأنَّ ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها، وما ينبغي أن يعظم بخلاف الكتابين لأنَّ كتب الله تعالى معظمة، وعن الإمام أنَّه لا يستحلف أحد إلاَّ بالله خالصاً (و) يحلف (الوثني بالله) فحسب إذ يقر بالله تعالى أنَّه خالقه لأنَّ الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى أنَّه خالق العالم، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله﴾ هكذا قالوا،

.....
 شاء القاضي) ذلك (ويحترز من التكرار) زاد في التنوير تبعاً للزيلعي، وغيره أنَّه لو نكل عن التغليظ، لا يقضي عليه بشيء انتهى. (قلت): ولم أر من جعله كالأول فتأمل (لا) أي يستحب التغليظ على المسلم (بزمان أو مكان) كما في الحاوي وظاهره أنه مباح، وظاهر القهستاني كالهدياية وغيرها أنه مشروع لنفيهم وجوبه، وظاهر الكافي أنه غير مشروع ومشى عليه الزيلعي فتنبه (و) يغلظ على غير المسلم بما اعتقده فحينئذ (يحلف اليهودي) بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل (على عيسى عليه الصلاة والسلام) والمجوسي بالله الذي خلق النار) ولو اقتصر على قوله بالله كفى كالمسلم، كما في الاختيار وعنه لا يحلف الفرق الثلاث إلاَّ بالله كما في الكافي (و) يحلف (الوثني) وغيره من المشركين (بالله) تعالى وحده، وكان القياس تحليفه بالله الذي خلق الأوثان إلاَّ أنهم قالوا: ما

ليقولن الله ولا يحلفون في معابدهم ويحلف على الحاصل، ففي البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم أو نكاح قائم في الحال، وفي الطلاق ما هي باين منك الآن وفي الغصب ما يجب عليك رده، وفي الوديعة ما له هذا الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه ولا له قبلك حق لا على لسبب نحو بالله ما بعته، خلافاً لأبي يوسف فإن كان في الحلف

وفي المنح وغيره، ويشكل عليه أن الدهرية منهم لا يعتقدونه، ولا دلالة في الآية على ما ذكر لأن الوثني يعبد غير الله تعالى ويعتقد أن الله تعالى خالقه انتهى، لكن يمكن أن الدهري هو من يقول: بقدم الدهر، وبإسناد الحوادث إليه، ويقولون أن مبدأ الممكنات هو الله تعالى كما قيل، فلم يلزم عدم اعتقادهم الله تعالى، وعدم دلالة النص، ولأن الدهري يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى، فلم يلزم عدم اعتقادهم تأمل (ولا يحلفون) أي الكفار (في معابدهم) لأن فيه تعظيماً لها، والقاضي ممنوع عن أن يحضرها، وكذا أمينه لأنها مجمع الشياطين لا أنه ليس له حق الدخول، وفي البحر، وقد افتيت بتعزيز مسلم لازم الكنيسة مع اليهود والنصارى (ويحلف) المدعي عليه (على الحاصل)، هذا نوع آخر من كيفية اليمين، وهو الحلف على الحاصل، والسبب والضابط في ذلك أن السبب إما أن كان مما يرتفع برفع أو لا، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين، وعلى السبب عند أبي يوسف كما سيأتي، ثم شرع في تفصيله فقال: (ففي البيع والنكاح) تحلف (بالله ما بينكما بيع قائم) في الحال إذا ادعى أنه اشتراه (أو نكاح قائم في الحال) إذا ادعت النفقة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما في التحليف، وأما عند الإمام لا يحلف كما مر (وفي الطلاق) بالله (ما هي باين منك الآن) إذا ادعت الطلاق البائن فلو ادعت رجعياً حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر، فإنه يحلف على الحاصل في الظاهر، وفيه إشعار بأن سبب الحاصل كما يتحقق في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل آخر من الأفعال الحسية كما في القهستاني (وفي الغصب) بالله (ما يجب عليك رده) أي رد المغصوب (وفي الوديعة) بالله (ما له هذا الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه) أي من الذي في يدك (ولا له قبلك حق) وفي الاختيار، ويحلفه في الدين بالله ما له عليك من الدين، والقرض قليل ولا كثير لاحتمال أنه أدى البعض أو أبرأه منه، فلا يحث في يمينه على الجميع (لا) يحلف (على السبب نحو) أن يقول في البيع (بالله ما

نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى فلا يغلف بالصنم، وغيره ذكره البرجندي والقهستاني وجزم ابن الكمام بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى. (قلت): وعليه فيما إذا يحلفونه فليحرر (و) الفرق الأربعة (لا يحلفون في معابدهم) لكرهه دخولها (ويحلف) القاضي في دعوى سبب هو فعل يرتفع (على الحاصل) أي على صورة إنكار المنكر وفسره بقوله (ففي البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم) في الحال (أو نكاح قائم في الحال، وفي الطلاق ما هي باين منك الآن وفي الغصب ما يجب عليك رده، وفي الوديعة ماله هذا الذي يدعي في يدك وديعة، ولا شيء منه ولا له قبلك حق لا) أي لا يخلف فيما ذكر (على السبب) أي الفعل

على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب إجماعاً كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة، والخصم لا يراهما، وكذا في سبب لا يرتفع كعبد مسلم يدعي العتق

بعته) لاحتمال أنه باع، ثم أقال، ولا يحلف في النكاح بالله ما نكحت أنه نكحها، ثم خالها أو أبانها، ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقها لاحتمال أنه طلقها، ثم نكحها، ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال أنه غصب ثم سلم أو ملك بالهبة أو بالبيع، ولا يحلف في الوديعة بالله ما أودعتك هذا لاحتمال أنه أودعه ثم رده أو هلك في يده بغير صنعه، وفي هذه الصور لا يحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعي عليه لأنه لو حلف مثلاً على نفي البيع يكون كاذباً، ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد إلى ملكه بالإقالة.

وهكذا في البواقي (خلافاً لأبي يوسف) فإنَّ عنده يحلف على السبب في جميع ذلك لأنَّ اليمين تستوفي لحق المدعي فوجب أن يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعي هو السبب إلاَّ عند تعريض المدعي عليه بأنَّ قال للقاضي: لا تحلفني فإنَّ الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقيله، فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل، قيل ينظر إلى إنكار المدعي عليه، فإنَّ أنكر السبب يحلف على السبب، وإنَّ أنكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه أكثر القضاة، وقال فخر الإسلام: يفوض إلى رأي الحاكم كما في الكافي وغيره (فإن كان) والأنسب بالواو (في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب إجماعاً) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة، والخصم لا يراهما) أي لا يرى الشفعة بالجوار، ونفقة المبتوتة بأن كان شافعياً فإنَّه يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار، وما هي معتدة منك إذ لو حلف على الحاصل بالله لا تجب الشفعة عليك، وبالله لا تجب عليك النفقة يصدق في يمينه، في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي لا يقال: إنَّ المدعي عليه قد يتضرر ببطان الشفعة بتأخير الطلب لأنه لا بد للقاضي من الإضرار بأحدهما، والأولى بالضرر المدعي عليه لأنه متمسك بعارض السقوط والمدعي بالأصل حيث أثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب إجماعاً (في سبب لا يرتفع) برفع بعد

المرتفع برفع كإقالة وطلاق واسترضاء، فلا يحلف (نحو بالله ما بعته) أو نكحتها أو طلقها بائناً لأنه قد يطرأ عليه الإقالة والخلع والنكاح فيتضرر الخصم، وهذا كله عند الطرفين (خلافاً لأبي يوسف) فعنده يحلف في جميع ذلك على السبب، وعنه أنه يحلف على ما أنكره من الحاصل أو السبب وعليه أكثر القضاة، وقيل: مفوض لرأيهم، أي إلاَّ إذا قال المنكر للقاضي: لا تحلف على السبب فإنَّ الإنسان قد يبيع ثم يقيله فإنَّه يحلف على الحاصل كما في الهداية وغيرها. (قلت): لكن ذكر في الظهيرة وغيرها أنه لا يحلف إلاَّ على الحاصل في ظاهر رواية أصحابنا إلاَّ إذا لزم ترك النظر للمدعي، فعلى السبب بالإجماع، ولذا قال (فإنَّ كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب إجماعاً) أي على صورة دعوى المدعي (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما) لكونه شافعياً

بخلاف الكافر والأمة ومن ورث شيئاً فادعاه آخر حلف على لعلم وإن شراه أو وهب له فعلى البتات، ولو افتدى المنكر يمينه أو صالح عنها على شيء صح ولا يحلف بعده.

ثبوته (كعبد مسلم يدعي العتق) أي العتق الواقع في إسلامه على مولاه، وهو ينكره فيحلف على السبب بالله ما أعتقه ليوافق اليمين الدعوى، وليس فيه ضرر المدعي عليه إذ لا يتصور عوده إلى الرق، لأنه إذا ارتد يقتل، والهرب إلى دار الحرب نادراً إلا أنه رواية عن أبي يوسف، وفي الاختيار، ومن الأفعال الحسية أن يدعي على غيره أنه وضع على حائطه خشبة أو بنى عليه أو أجرى ميزاباً على سطحه أو في داره أو رمى تراباً في أرضه أو شق في أرضه نهراً، فإنه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لأن هذه الأشياء لا ترتفع (بخلاف) العبد (الكافر والأمة) فيحلف على الحاصل بالله ما هو حر، أو ما هي حرة الآن، لأن الرق يتكرر على الأمة بالردة واللحاق والسبي، وعلى العبد الكافر بنقض العهد، واللحاق والسبي، وعن أبي يوسف يحلف على السبب، وتمامه في الذخيرة (ومن ورث شيئاً) من عين علم ذلك بعلم القاضي، أو إقرار المدعي، أو بينة المدعي عليه (فادعاه آخر) ولا بينة للمدعي وأراد تحليف الوارث (حلف علم العلم) أي علم المدعي عليه فقال له القاضي: بالله ما تعلم أن هذا العين له لا على البتات لأن الوارث لا يعلم بما صنعه المورث، وفيه إيما إلى أنه لا يحلف وارث الدين قبل وصوله إليه خلافاً للخصاف، والأول المختار عند الفقيه وقاضيخان، وإلى أنه لو لم يتحقق كونه (وإن شراه أو وهب له فعلى البتات) أي يحلف المدعي عليه على البتات بالله ما هو عبده، والأصل فيه أن التحليف على فعل نفسه يكون على البتات أي أنه ليس كذلك، والبتات القطع، والتحليف على فعل غيره على العلم نفي أي أنه لا يعلم أنه كذلك إلا أنه إذا كان شيئاً يتصل بالحالف كما إذا ادعى سرقة العبد، أو إياقه يحلف البائع على البتات بالله ما أبق أو ما سرق في يدي، وهذا تحليف على فعل الغير وإنما صح، لأن تسليمه سالمًا عن العيوب، واجب على البائع، فالتحليف يرجع على ما ضمن البائع بنفسه فيكون على البتات، وإذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم أي أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله كما في المنح وغيره (ولو افتدى المنكر يمينه أو

ولا اعتبار بمذهب المدعي عليه لتمسكه بعراض السقوط (وكذا) يحلف على السبب بلا خلاف (في) دعوى (سبب) أي فعل (لا يرتفع) بعد وقوعه برفع كما مر (كعبد مسلم يدعي العتق) لعدم تكرار رقه والهرب لدار الحرب، ثم السبي نادر إلا أنه رواية عن أبي يوسف، وفي الظاهر أنه يحلف على الحاصل، كما في الظهيرة وأقره القهستاني، قال: ويدخل في الكافي ما إذا بنى على حائط غيره أو أجرى ميزاباً على سطحه أو رمى تراباً في أرضه أو حفر نهراً فإنه مما لا يتكرر فيحلف على السبب، وعزاه للاختيار (بخلاف) العبد (الكافر والأمة) ولو مسلمة إذا ادعى عتقهما فلتكرر رقهما باللحاق يحلف سيدهما على الظاهر على الحاصل (قلت): والحاصل اعتبار الحاصل إلا لضرر مدع وسبب غير متكرر (ومن ورث شيئاً فادعاه آخر حلف) الوارث (على العلم) لا على البتات (و) أما (إن شراه أو وهب له فعلى) فعل نفسه على (البتات) وفعل غيره على لعلم إلا في الرد بالعيب كدعوى المشتري إباق

باب التحالف

ولو اختلفا في قدر الثمن أو المبيع أو فيهما حكم لمن برهن وإن برهنا فلمثبت

صالح عنها) أي عن اليمين (على شيء صح) الافتداء والصلح إن رضي به الخصم لأن عثمان رضي الله تعالى عنه أعطى شيئاً لمن ادعى عليه أربعين درهماً وافتدى يمينه، ولم يحلف، إذ لو حلف لوقع على القيل والقال إذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فإذا افتدى صان عرضه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» بمعنى: ادفعوا وامتنعوا (ولا يحلف بعده) أي ليس للمدعي أن يحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه بأخذ البذل منه، وفيه إشعار بأنه لا يجوز أن يبيع اليمين لأنها لم يكن مالا، فله أن يستحلفه بعد ذلك، وفي التنوير ولو أسقطه أي اليمين قصداً بأن قال: برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح، والله التحليف.

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنین أذى الاثنین بعد الواحد (ولو اختلفا) أي المتبايعان (في قدر الثمن) بأن قال المشتري: اشتريت بألف، وقال البائع: بعث بألفين مثلاً (أو) في قدر (المبيع) بأن قال له البائع: بعث عبداً، وقال المشتري: عبدين، وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن، أو في الجنس كما في الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان أشمل (أو فيهما) أي في الثمن والمبيع جميعاً بأن قال البائع: بعث عبداً بألفين، وقال المشتري: لا بل بعث عبدين بألف (حكم لمن برهن) أي يحكم القاضي لمن أقام البينة منهما، لأن الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها، إذ هي متعدية حتى توجب القضاء، فلا يعارضها مجرد الدعوى (وإن برهنا) أي أقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) أي يحكم لمثبت المشتري يحلف بائعه على البتات مع أنه فعل غيره، لكن لما ضمن بنفسه سلامة المبيع حلف على البتات ومتى لزم البتات، فحلف على العلم لا يعتبر.

وكذا لو نكل لا يعتبر نكوله كما في العمادية (و) علم أنه (لو افتدى المنكر يمينه) بمثل المدعي أو أقل (أو صالح عنها) أي عن يمينه (على شيء) أقل من المدعي (صح) الافتداء، والصلح (ولا يحلف) المنكر (بعده) أبداً لأنه أسقط حقه قيد بالفداء، والصلح لأن المدعي لو أسقطه أصلاً أو وهبه له أو باعه منه بعشرة مثلاً لم يجوز له تحليفه لعدم ركن البيع إذ اليمين ليست بمال. (فرع): لو استحلفه خصمه فقال: حلفني مرة أن عند حاكم أو محكم، وبرهن قبل وإلا فله تحليفه كما في الدرر. (قلت): ولم أر ما لو قال إني قد حلفت بالطلاق أني لا أحلف فليحرر.

باب التحالف

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنین فقال (ولو اختلفا) الواو للاستئناف (في قدر الثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) في قدر (المبيع أو فيهما) معاً (حكم) القاضي (لمن برهن)، وفي الوقاية وغيرها لو

الزيادة وإن عجزا عن البرهان قيل لهما، أما إن يرضى أحد كما بدعوى الآخر وإلا فسخرنا البيع، فإن لم يرض أحدهما بدعوى الآخر تحالفا وبدىء بيمين المشتري، وفي المقايضة بأيهما شاء ومن نكل لزمه دعوى صاحبه وإن حلفا فسخر القاضي البيع بطلب أحدهما ولا

الزيادة لأنه خالص عن المعارض، أما إذا كان الاختلاف في أحدهما فظاهر.

وأما فيهما فحجة البائع في الثمن الأكثر، وحجة المشتري في المبيع الأكثر أو لا فبحكم بعددين للمشتري، وبالفين للبائع (وإن عجزا) أي البائع والمشتري (عن) إقامة (البرهان قيل لهما، أما إن يرضى أحد كما بدعوى الآخر وإلا فسخرنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا وجه في طريق قطع المنازعة فيجب أن لا يجعل القاضي بالفسخ (فإن لم يرض) والأنسب بالواو (أحدهما بدعوى الآخر تحالفا) أي استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن قال: قبل القبض فهو قياسي لأن كلا منهما منكر، وأما بعده فاستحساني فقط، لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه، لكن عرفناه بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» كما في البحر وغيره، لكن ما في القهستاني نقلاً عن المضمرة من أن التحالف يصح قبل قبض المبيع، وهذا استحسان فإن المشتري ينكر وجوب تسليمه، والقياس أن لا يصح لأنه ملك المبيع، ولا يصح بعد قبضه قياساً واستحساناً مخالف لما في البحر وغيره تتبع، وإنما قال المصنف فإن لم يرض أحدهما، ولم يقل وإن لم يرض كما في الكنز وغيره لأن شرط التحالف عدم رضا واحد لا عدم رضى كل منهما كما لا يخفى كما في البحر وغيره، فعلى هذا ما قاله صاحب الفرائد: من أنه كان المناسب، وإن لم يرضيا إلى آخره ليس بوارد تدبر (وبديء) أي يبدأ القاضي (بيمين المشتري) في الصور الثلاث، لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر وأبي يوسف آخراً، وهو رواية عن الإمام، وهو الصحيح لأنه أقواهما إنكاراً لأنه المطالب بالثمن، فيكون هو البادىء بالإنكار، وكان أبو يوسف يقول أولاً: يبدأ بيمين البائع، وهو قول الشافعي في الأصح، وقيل يقرع بينهما، هذا إذا كان بيع عين بدين، وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن فالقاضي مخير للاستواء، وعن هذا قال (وفي المقايضة) أي في بيع العين بالعين يبدأ القاضي (بأيهما شاء) لاستوائهما في فائدة النكول وصفة

اختلفا فيهما، فالبينة للبائع لو في الثمن، وللمشتري لو في المبيع نظراً لزيادة الإثبات فتدبر (وإن برهنا) جميعاً (فلمثبت الزيادة) البينة (وإن عجزا عن البرهان) في الصور الثلاث (قيل لهما أما أن يرضى أحد كما بدعوى الآخر وإلا فسخرنا البيع فإن لم يرض أحدهما بدعوى الآخر تحالفا) على النفي في الأصح، ولو قبل قبض استحساناً ما لم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار، (وبديء) في بيع الفين بالدين (بيمين المشتري) في الصور الثلاث على الصحيح لأنه البادىء بالإنكار (وفي المقايضة بأيهما شاء) لاستوائهما في الإنكار (ومن نكل) منهما (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء (وإن حلفا فسخر القاضي البيع) بينهما

تحالف لو اختلفا في الأجل أو شرط الخيار أو قبض بعض الثمن وحلف المنكر ولا بعد هلاك المبيع وحلف المشتري وعند محمد يتحالفان ويفسخ وتلزم القيمة، وكذا الخلاف

اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً والأصح الاقتصار على النفي لأن الإيمان وضعت للنفي كالبيّنات للإثبات (ومن نكل) من البائع والمشتري (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لأنّ النكول، إما بذل، وإما إقرار فيه شبهة فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة (وإن حلفاً) أي المتبايعان (فسخ القاضي البيع بطلب أحدهما) أو كليهما فلا يفسخ البيع بنفس التحالف وقيل يفسخ، والأول هو الصحيح لأنّه لم يثبت ما ادعاه كل واحدٍ منهما فيبقى بيع مجهول، يفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال إذا لم يثبت البديل بقي بيعاً بلا بدل، وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع، فلو كان المبيع جارية فللمشتري وطؤها، ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له، وقيد بطلب أحدهما لأنّه لا يفسخه بدون طلب أحدهما، ولو فسخاه انفسخ بلا توقف على القضاء وإن فسخ أحدهما لا يكفي كما في البحر (ولا تحالف لو اختلفا في الأجل) سواء كان في الأجل أو في قدره خلافاً لزرز والشافعي (أو) اختلفا في (شرط الخيار) سواء كان في وجوده بأن قال أحدهما البيع بالخيار، والآخر ينكره أو في مدته (أو قبض بعض الثمن) أو كله أي، لا تحالف عند اختلافهما بأن قال المشتري أدت بعضه أو كله، والبائع ينكره (وحلف المنكر) في الصور الثلاث لأنّ هذا اختلاف في أداء الثمن لا في الثمن، كما إذا وقع الاختلاف في أداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه، حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف، لأنّ ذلك يرجع إلى نفس الثمن، لأنّ الثمن دين، وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل لأنّه ليس بوصف (ولا) تحالف لو اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك) كل (المبيع) في يد المشتري لأنّه لو هلك في يد البائع حالفاً على القائم عندهم (وحلف المشتري) عند الشيخين على الصحيح، هذا إذا كان الثمن ديناً، وأما إذا كان عيناً يتحالفان بالاتفاق لأنّ المبيع في أحد الجانبين قائم، ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل، وقيمه إن لم يكن، وهذا إذا هلك بعد القبض، وإن هلك قبله، وكان الثمن مقبوضاً يتحالفان اتفاقاً (وعند محمد) والشافعي (يتحالفان ويفسخ) العقد (وتلزم القيمة) (بطلب أحدهما) أو طلبهما، ولا يفسخ بالتحالف ولا يفسخ أحدهما بل يفسخهما كما في البحر (و) قيد باختلافهما في ثمن ومبيع لأنّه (لا تحالف) في غيرهما كما (لو اختلفا في الأجل) أي في أصله أو قدره لرجوعه لوضعه (أو) اختلفا في (شرط الخيار) كذلك (أو قبض بعض الثمن) أو بعض المبيع أو في الحط أو الإبراء أو مكان دفع السلم، ذكره القهستاني وغيره، أو في وصف المبيع أو رقه كما حررته في شرح التنوير (وحلف) منهما (المنكر) لنحو أجل وخيار (ولا تحالف) إذا اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك) كل (المبيع) في يد المشتري على الصحيح أو خروجه عن ملكه، أو تعيينه بما لا يرد به (وحلف المشتري) إلّا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري (وعند محمد) والشافعي (يتحالفان ويفسخ) البيع

لو تعذر الرد وهو قائم ولا بعد هلاك بعضه إلا أن يرضى البائع بترك حصه الهالك،

أي قيمة الهالك يوم القبض، لأن كلاً منهما يدعي حقاً ينكره الآخر فيتحالفان، ولهما أن التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس، ولا يتعدى إلى حال هلاك السلعة، وفي القهستاني نقلاً عن المبسوط وهلاكه شامل، لخروجه عن ملك المشتري أو زيادته زيادة متصلة متولدة أو غير متولدة، أو منفصلة متولدة فإنه لا يتحالفان عندهما، ويتحالفان عنده فيفسخ على العين في المتصلة المتولدة من الأصل، كالسمن، وعلى العين أو القيمة في متصلة غير متولدة منه كالصبغ، وعلى القيمة في المنفصلة المتولدة كالتمر.

وأما في منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان، ويفسخ على العين بالإجماع (وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو) أي المبيع (قائم) يعني لو تغير يحدث العيب عنده، وصار بحال لا يقدر على رده مع العيب، ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان عندهما بل القول للمشتري، وعند محمد والشافعي يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك.

وكذا لو خرج المبيع عن ملكه (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) أي بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الإمام كعبدین مات أحدهما قبل نقد الثمن عند المشتري فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري: بل خمسمائة لأن التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهي اسم لجميع المبيع، فإذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشتري لإنكاره زيادة الثمن (إلا أن يرضى البائع بترك حصه الهالك) أي لا يأخذ من الثمن الهالك شيئاً ويجعله كأن لم يكن، والعقد كأنه على القائم فقط، فيكون الثمن كله بمقابلة القائم، فيتحالفان وهو قول عامة المشائخ، فالاستثناء ينصرف إلى قوله لا تحالف كما هو الظاهر، وهو الموافق لما في المبسوط، وفي الجامع الصغير إذا اختلف بعد هلاك أحدهما لم يتحالفا، والقول للمشتري مع يمينه عند الإمام إلا أن يشاء البائع أن يأخذ حصه الحي، ولا شيء له، قال أبو المكارم: ومعنى لا شيء له على قول هؤلاء المشائخ أن لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً على ما صرح به في الكافي، وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء إلى قوله: لم يتحالفا كما هو مختارهم، وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشائخ أنه لا يأخذ البائع من الزيادة المتنازع فيها، وإنما يأخذ عن الهالك بعد ما أقر به المشتري فالاستثناء ينصرف إلى قوله مع يمينه، فإنه إذا أخذ ما أقر به المشتري وأخذ الحي فقد صدق المشتري، وارتفع الخصومة، فلا يحلف المشتري، ولا يخفي

(وتلزم القيمة) أي قيمة الهالك يوم القبض، وهذا لو الثمن ديناً فلو مقايضة تحالفا إجماعاً (وكذا الخلاف لو تعذر الرد) بأن تعيب (وهو قائم) لهلاكه حكماً (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) في يد المشتري أو خروجه عن ملكه كعبدین مات أحدهما (إلا أن يرضى البائع بترك حصه الهالك) أصلاً فيصير كأن العقد وقع على القائم فقط فيتحالفان ويفسخ على القائم فيصرف الاستثناء إلى الحالف،

وعندها يتحالفان، ويرد الباقي، والقول للمشتري في حصة الهالك عند أبي يوسف، وتلزم قيمته عند محمد وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه فالقول للبائع وإن برهنا فبرهانه أولى وإن اختلفا في قدر الثمن بعد إقالة البيع

أَنَّ الاستثناء المذكور في المتن، لا يصلح لهذا التفسير إذ لم يذكر فيه أخذ البائع الحي وفي تقديره تعسف (وعندها يتحالفان، ويرد الباقي) أي حلفاً لكن اختلفوا في تفسير التحالف عند أبي يوسف، قيل: يتحالفان على القائم، لا الهالك لأنَّ العقد ورد فيه لا في الثاني، وهذا ليس بصحيح لأنَّ المشتري لو حلف بالله ما اشترت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع يكون صادقاً فيه لأنَّ من اشترى شيئاً بألف إذا حلف أنه ما اشترى أحدهما كان صادقاً، وكذا البائع لو حلف بالله ما بعث القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري يكون صادقاً فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه أن يحلف على القائم، والهالك يقول: أولاً بالله ما اشترتني بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعثتهما بالثمن الذي يدعيهما المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف يفسخ العقد في القائم، وتسقط حصته من الثمن، وتلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقرَّ به المشتري على القائم، والهالك لأنها إنما يجب عند الانفساخ، والعقد لم يفسخ في الهالك عنده فينقسم الثمن الذي أقرَّ به المشتري عليهما، على قدر قيمتهما يوم القبض، وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما، ويرد القائم مع قيمة الهالك، يوم القبض لأنَّ هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على ما مر فهلاك البعض أولى (والقول للمشتري) مع يمينه إذا اختلفا (في حصة الهالك عند أبي يوسف وتلزم قيمته) أي الهالك (عند محمد) لما مر (وتعتبر قيمتهما) أي قيمة القائم والهالك (في الانقسام) أي انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فإن استويا يلزمه نصف الثمن الذي أقرَّ به المشتري، وإن اختلفت القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته، وتلزمه حصة الهالك بقدر قيمته (وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه) فقال المشتري: قيمته يوم القبض خمسمائة، وقيمة القائم ألف، وقال البائع: على عكسه (فالقول للبائع) مع يمينه، لأنَّ البائع بدعواه يستبقي ما كان واجباً والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجباً، وكان البائع متمسكاً

وهذا على تخريج الجمهور، وصرفه مشائخ بلخ لتحليف المشتري وهذا عنده (وعندهما يتحالفان ويرد الباقي و) يكون (القول للمشتري في حصة الهالك عند أبي يوسف) مع اليمين (وتلزم) المشتري (قيمه) أي قيمة الهالك مع رد الحي (عند محمد وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض) كما في الكافي وغيره، قيل: ليس في كلامه مرجع ضمير تثنية قيمتهما، وإنما ذكر في الهداية حيث صورها في عشرين، وصوابه وتعتبر القيمة انتهى. (قلت): التثنية ظاهرة باعتبار الهالك وغير الهالك كما لا يخفى بأدنى نظر في ذلك وإنما قلنا في يد المشتري لأنه لو هلك في يد البائع تحالفاً على القائم عندهم كما في المضمرات (وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه فالقول للبائع) لأنه منكر (وإن برهنا فبرهانه) أيضاً (أولى) لإثباتها الزيادة في

إن لم يقبض البائع المبيع وإن قبضه فلا تحالف خلافاً لمحمد، وفي قدر رأس المال بعد إقالة السلم فالقول فيه ولا يعود السلم ولو اختلفا في قدر الأجرة أو المنفعة أو فيهما قبل استيفاء المنفعة تحالفاً وتراداً وبدىء يمين المستأجر إن اختلفا في الأجرة ويمين

بالأصل فوجب اعتبار قوله (وإن برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) أي برهان البائع (أولمى) لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك (وإن اختلفا) أي العاقدان (في قدر الثمن بعد إقالة البيع) فقال المشتري: كان الثمن ألفاً وقال البائع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفاً وعاد البيع) الأول حتى يكون حق البائع في الثمن: وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، فلا يجب على كل واحد منهما أن يرد على صاحبه شيئاً (إن لم يقبض البائع المبيع) قيل: ينبغي أن لا يتحالفاً في إقالة المبيع لأن التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث، والإقالة فسخ في حق العاقدين فلم يتناوله النص، وأجيب أن التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياساً لأن كل واحد مدع ومنكر على ما مر فصار التحالف معقولاً فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الإجارة على البيع قبل القبض، والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، ولا كذلك بعد القبض فإنه على خلاف القياس، وعن هذا قال: (وإن قبضه) أي قبض البائع المبيع بعد الإقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين، ويكون القول للمنكر مع يمينه (خلافاً لمحمد) لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً (و) لو اختلفا (في قدر رأس المال بعد إقالة السلم) لا يتحالفان (فالقول) مع يمينه للمسلم إليه (فيه) أي في قدر رأس المال، لإنكاره الزيادة اعتباراً لسائر الدعاوى (ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تحتل النقض، لأنه إسقاط فلا يعود، بخلاف البيع (ولو اختلفا) أي المؤجر والمستأجر (في قدر الأجرة) بأن قال المستأجر: درهم، وقال المؤجر درهمان (أو المنفعة) بأن قال المؤجر: مدة الإجارة شهر، وقال المستأجر: شهران (أو فيهما) أي في قدر الأجرة والمنفعة معاً، بأن قال المؤجر: أجرتك الدار شهراً بدرهمين، وقال المستأجر: استأجرتها شهرين بدرهم (قبل استيفاء المنفعة تحالفاً أو تراداً) إذ الإجارة مقيسة على البيع لأن العين المستأجرة في الإجارة قائمة مقام المنفعة في إيراد العقد، وكذا الأمر في فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائماً تقديراً (وبدىء يمين المستأجر إن اختلفا في الأجرة) لكونه منكرًا وجوب ما يدعيه

قيمة الهالك، (و) كذا الحكم (إن اختلفا في قدر الثمن بعد إقالة البيع) ولا بينة (تحالفاً وعاد البيع إن لم يقبض البائع المبيع) بحكم الإقالة (و) أما (إن قبضه) بحكمها (فلا تحالف) عند الشيخين (خلافاً لمحمد) فعنده يتحالفان أيضاً والأول أصح لموافقته لقياس (و) لو اختلفا (في قدر رأس المال بعد إقالة) عقد (السلم فالقول للمسلم إليه فيه) لأنه منكر (ولا يعود السلم) لأن إقالته لا تحتل الفسخ لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع (ولو اختلفا في قدر الأجرة) كدرهم ودرهمين (أو المنفعة) كشهر وشهرين (أو فيهما) معاً (قبل استيفاء المنفعة تحالفاً وتراداً) كما في البيع والمنفعة كالبيع، والأجرة كالثمن (و)

الموَجَّر لو في المنفعة وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما برهن قبل وإن برهنا فحجة المستأجر في المنفعة، وحجة المَوَجَّر في الأجرة وبعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان والقول للمستأجر وبعد استيفاء البعض يتحالفان وتفسخ فيما بقي، والقول للمستأجر فيما مضى وإن اختلفا في قدر بدل الكتابة لا يتحالفان والقول للعبد وقالوا يتحالفان

المؤجر من الزيادة (و) بدىء (بيمين المؤجر لو) اختلفا (في المنفعة) لكونه منكرًا وجوب زيادة المنفعة، وفيه إشعار، بأنه يحلف أو لا من يدعي أو لا إن اختلفا فيهما وإن ادعى معاً يحلف من شاء، وإن شاء أقرع بينهما كما في البيع (وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر) كما في مقتضى النكول (وأيهما برهن قبل) برهانه (وإن برهنا فحجة المستأجر) أولى لو اختلفا (في المنفعة، وحجة المؤجر) أولى لو اختلفا (في الأجرة) نظراً إلى إثبات الزيادة، وتقبل حجة كل واحد منهما في فضل يدعيه لو اختلفا في الأجرة، والمنفعة معاً بأن ادعى المؤجر أن مدتها شهر بعشرة، والمستأجر أن مدتها شهران بخمسة، فيقضي بعشرة للمؤجر، وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان) اتفاقاً (والقول للمستأجر) مع يمينه لإنكاره الزيادة، هذا عند الشيخين ظاهر لأن التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس، فلا يقاس الإجارة هنا عليه إذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء، يمنع التحالف على أصلهما بخلاف ما في صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه.

وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في البيع لما أن له قيمة تقوم مقامه، فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا، وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد، وتبين أن لا عقد، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) أي بعض المنفعة (يتحالفان) فيما بقي اعتباراً للبعض بالكل (وتفسخ) الإجارة (فيما بقي) من المنافع لإمكان الفسخ، وهذا لا ينافي ما مر أن هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الإمام لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة، فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه، فيما بقي من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض يتحالفان في حقه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع لأنه بجميع أجزائه معقود بعقد واحد، فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع اليمين (فيما مضى)

.....
 حيثئذ بدىء بيمين المستأجر إن اختلفا في الأجرة لأنه ينكر وجوب زيادتهما (و) بدىء (بيمين المؤجر لو) الاختلاف (في المنفعة وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما برهن قبل، وإن برهنا فحجة المستأجر في المنفعة، وحجة المؤجر في الأجرة) أولى لأن البيئات للإثبات (وبعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان) بالإجماع لعدم تقوم المنفعة بنفسها (والقول للمستأجر بيمينه وبعد) التمكن من (استيفاء البعض) من المنفعة (يتحالفان وتفسخ فيما بقي والقول للمستأجر) أيضاً (فيما مضى) من المنافع المقبوضة كلاً أو

وتفسخ وإن اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لها فيما صلح لها وله فيما صلح له أو لهما، وبعد موت أحدهما القول في المحتمل للحي وعند أبي يوسف كذلك في الزائد على

لأنه منكر بما يدعيه المؤجر من زيادة الأجرة (وإن اختلفا) أي المولى والمكاتب (في قدر بدل الكتابة) بعد ما اتفقا على عقد الكتابة (لا يتحالفان) عند الإمام لأنَّ التحالف في المعاوضات عند تجاهد الحقوق الملازمة، وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لأنَّ له أن يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن في معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لإنكاره الزيادة وإن أقام أحدهما بينة قبلت، وإن أقامها فبينت المولى أولى لإثباتها الزيادة، لكن يعتق بأداء قدر ما برهن عليه، ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على ألف على أنه إن أدى خمسمائة عتق، وكما لو استحقq البديل بعد الأداء كما في البحر (وقالوا) وهو قول الأئمة الثلاثة (يتحالفان وتفسخ) الكتابة لاختلافهما في بدل عقد يقبل الفسخ، فكان بمنزلة البيع (وإن اختلف الزوجان من متاع أهل البيت) والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع به من نفسه أو مما حصل منه كالعقار وغيره، وادعى كل أنه له، ولا بينة لأحد (فالقول لها) أي للزوجة بلا خلاف مع اليمين (فيما صلح لها) أي ما يختص بالنساء عادة كالدرع والأسورة والخمار، والملاءة والخلخال والحلي، ونحوها لأنَّ الظاهر شاهد لها إلا أن يكون الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء، فالقول له لتعارض الظاهرين (وله) أي القول للزوج مع اليمين (فيما صلح له) كالعمامة والقلمسوة والقباء والسلاح، والكتب ونحوها، لأنَّ الظاهر شاهد لها إلا إذا كانت الزوجة صانعة أو بائعة، ما يصلح له، فلا يقبل قوله، وفي الخانية لو اختلف في متاع النساء وأقام البينة يقضي للزوج (أو) فيما صلح (لهما) أي القول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش، والرقيق والأواني، والعقار والمواشي والنقود، لأنَّ الزوجة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها فإنَّ الاختصاص أقوى من اليد، وفي البحر، وبه علم أن البيت للزوج إلا أن يكون لها بينة وفي الخانية، ولو أقاما البينة يقضي لبينتها لأنها خارجة معنى أطلق الزوجين فشمّل

بعضاً. (قلت): وهذا لا ينافي ما هو أن هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عنده لأنَّ الإجارة تنعقد ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع (وإن اختلفا) الولي والمكاتب (في قدر بدل الكتابة لا يتحالفان) لعدم لزومها (والقول للعبد وقالوا يتحالفان وتفسخ) والفرق له ما قدمنا (وإن اختلفا الزوجان) ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع، أو ذمية مع مسلم قام النكاح أو لا في بيت لهما أو لأحدهما كما في خزانة الأكل (في متاع البيع) أي فيما ينتفع به من نفسه أو مما حصل منه كالعقار وغيره، ذكره القهستاني وادعى كل أنه له بلا بينة (فالقول لها) بلا خلاف مع اليمين (فيما صلح لها) كالعمامة والقميص والسيف والكتاب إلا إذا كانت صانعة أو بائعة (أو) يصلح (لهما) معاً عند الطرفين مع اليمين كالنقود والأواني والفرش والرقيق والمواشي، والمنازل والكرم والمزارع لأنَّ الأموال في يده حقيقة، ولو برهنها فبينتها لأنها خارجة، وأما عنده فلها منه قدر جهاز مثلها كما يأتي وهذا لو حيين (و) أما (بعد موت أحدهما) فإنه يكون (القول في المحتمل) الصالح لهما (للحي) بيمينه عند أبي حنيفة

جهاز مثلها، وفي جهاز مثلها لها أو لورثتها وعند محمد للرجل أو لورثته، وإن كان أحدهم مملوكاً فالكل للحرفي في الحياة وللحي في الموت، وقالوا المأذون والمكاتب كالحرفي.

المسلمين، والمسلم مع الذمية، والحربي والمملوكين والمكاتبين كما سيأتي، والصغيرين إذا كان الصغير يجامع، وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة، وما إذا كان البيت ملكاً لها، أو لأحدهما خاصة لأن العبرة للبدل للملك، وفي القنية افتراقاً، وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت، ثم ادعاه فالقول له لأن يده كانت ثابتة، ولم يوجد المزيل انتهى، وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه كما في البحر وقيده باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فإن متاع النساء بينهن على السواء إن كن في بيت واحد، وإن كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة فما في بيت امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا، ولا يشترك بعضهن مع بعض كما في خزنة الأكل، هذا إذا كانا حيين (وبعد موت أحدهما) أي أحد الزوجين، ثم اختلف وارثه مع الحي والجواب في غير المحتمل على ما مر (القول في المحتمل) أي فيما يصلح لهما (للحي) مع اليمين أيهما كان لأنه لا بد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض، وهذا عند الإمام (وعند أبي يوسف كذلك) أي القول للزوج فيما صلح لهما (في الزائد على جهاز مثلها، وفي جهاز مثلها لها) أي القول للزوجة إذا كانت حية (أو لورثتها) بعد موتها أي يدفع في المشكل إلى الزوجة أو إلى وارثها ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه لوارثه عنده لأن الظاهر أن الزوجة تأتي بالجهاز، وهذا أقوى من ظاهر يد الزوج، ولذا يأخذ الباقي لعدم المعارض لظاهره، والحياة، والموت في المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل أو لورثته) أي ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل إن كان حياً، أو لورثته إن كان ميتاً، لقيام الورثة مقام المورث وأما اختلافهما في غير متاع الميت، وكان في أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما، وفي القهستاني، وعن زفر والشافعي أن المشكل بينهما، وعنهما أن المتاع كله كذلك، وإليه ذهب مالك، وقال ابن أبي ليلى: إن المشكل للزوج حياً ولورثته ميتاً، وقال ابن شبرمة: إن المتاع كله له إلا ما على المرأة من الثياب، وقال الحسن البصري: إن المتاع لصاحب الميت إلا ما على الرجل من الثياب فهذه مثمثة كتاب الدعوى أو مسبعة انتهى، واعلم أن الأب لو ادعى بعد موت ابنته أن الجهاز كان عارية لها، والزوج أنها كان ملكها فالقول للأب على المختار إلا إذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكاً لا عارية، فالقول لها ولورثتها من بعدها، ولو اختلف الأب وابنه فيما في البيت قال أبو يوسف إذا كان الأب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للإبن، كما لو كان الابن في بيت الأب وعياله فمتاع البيت للأب، ولو اختلف المؤجر، والمستأجر في متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه، وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب

.....

(وعند أبي يوسف كذلك في الزائد على جهاز مثلها) أي يكون الزائد له أو لورثته (وفي جهاز مثلها لها أو لورثتها) عملاً بالظاهر (وعند محمد) المحتمل (للرجل أو لورثته) وعن زفر والشافعي المحتمل

فصل

قال ذو اليد هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب، أو أعارنيه أو أجرنيه أو

بدنه، ولو اختلف إسكافي و عطار في آلات الإساکفة وآلات العطارين، وهي في أيديهما قضى بينهما نصفين، ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما (وإن كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكاً) سواء كان مأذوناً أو مكاتباً أو محجوراً (فالكل) أي كل المتاع (للحر في) حال (الحياة) لأن يد الحر أقوى (وللحي) منهما (في الموت) أي موت أحدهما لأن يد الحي خالية عن المعارض كما في عامة شروح الجامع، وذكر السرخسي أنه سهو، والصواب أنه للحر مطلقاً لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتضى أصحاب المتون أثره، هذا عند الإمام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات حتى لو اقتصما في شيء، هو في أيديهما يقضي بينهما بخلاف ما كان محجوراً حيث يقضي للحر لا للبعد، وقوله الكل مشير إلى أن الخلاف فيما إذا اختلفا في مطلق المتاع على ما ذكره فخر الإسلام كما في المستصفي، لكن في الحقائق أن الخلاف فيما إذا اختلفا في الأمتعة المشككة كما في القهستاني، وفي التنوير اعتقت الأمة، واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق، فهو للرجل، وما بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفنا في الطلاق مرجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام، وعلى عنقه بدره، وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار، وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار.

وكذا كناس في منزل الرجل، وعلى عتقه قطيفة يقول هي لي، وادعاه صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل، رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة، وما فيها وأحدهما يعرف ببیع الدقيق، والآخر يعرف بأنه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه، والسفينة لمن يعرف أنه ملاح وتمامه في المنح فليطالع.

بينهما وعنهما الكل بينهما، وبه قال مالك: قال ابن أبي ليلى: الكل له ولها ثياب بدنها وعكسه الحسن، وهي المسبعة أو المثمنة بل عدها في البحر تسعة (وإن كان أحدهما مملوكاً فالكل للحر في) حال (الحياة و) الكل (للحي) منهما حرراً كان أو عبداً (في الموت) كما في الهداية وغيرها، لأنه لا بد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض، وما نقل عن السرخسي أنه سهو والصواب للحر مطلقاً فسهو من ناقله بل هو مقدم من تأخير، كما أفاده الشرنبلالي، وهذا عنده، (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لأن لهما يداً معتبرة، وقوله الكل يفيد الخلاف في مطلق المتاع، لكن في الحقائق أن الخلاف في المحتمل وأقره القهستاني. (فروع): لو ادعى الزوج أن الجهاز ملكها والأب أنه عارية فالقول للأب على المختار، إلا إذا استمر العرف بدفعه ملكاً ذكره القهستاني وذكرناه في النكاح، ولو غزلت قطن زوجها فهو له مجاناً لا إذا نص على أجره ولو اختلفا فيها فالقول له بيمينه، وتمامه في المنية ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت، فالقول للمستأجر بيمينه، وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه، وتمامه فيما علقناه على التنوير.

رهنته أو غصبته منه وبرهن على ذلك اندفعت خصومة المدعي وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ وإن قال الشهود أودعه من لا نعرفه لا تندفع بخلاف قولهم نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه حيث تندفع عند الإمام خلافاً لمحمد ولو قال

فصل

في أحكام دفع الدعاوى (قال ذو اليد) في جواب من ادعى شيئاً في يده أن (هذا الشيء أودعني فلان الغائب، أو أعارني أو أجرني أو رهنته أو غصبته منه) أي من فلان الغائب (وبرهن على ذلك) المذكور (اندفعت خصومة المدعي) لأنه أثبت أمرين أحدهما الملك للغائب، وهو غير مقبول شرعاً، والآخر دفع خصومة المدعي، وهذا مقبول، وقال ابن شبرمة: لا تسقط خصومة المدعي لأنّ البينة تثبت الملك للغائب، ولا ولاية لأحد على غيره، في ادخال شيء في ملكه بلا رضاه، وقال ابن أبي ليلى: تسقط الخصومة بلا بينة لأنه لا تهمة فيما أقرّ به على نفسه فتبين أن يده يد حفظ لا يد خصومة (وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل) جمع حيلة (لا تندفع) الخصومة (وبلا يؤخذ) واختاره في المختار أن المدعي عليه إن كان صالحاً فكما قال الإمام وإن كان معروفاً بالحيل لم تندفع عنه لأنه قد يأخذ مال الغير غصباً ثم يدفع سرّاً إلى من يريد أن يغيب، ويقول له: أودعه عندي بحضرة الشهود قصداً لإبطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة (وإن قال الشهود أودعه من لا نعرفه لا تندفع) الخصومة بالإجماع لاحتمال أن يكون المدعي من أودعه (بخلاف قولهم) أي قول الشهود (نعرفه) أي المودع (بوجهه) لو رأيناه (لا باسمه ونسبه حيث تندفع) الخصومة (عند الإمام) لأنّ القضاء لا يقع على الغائب ليشترط العلم بنفسه أو نسبه، وإنما يقضي على المدعي بالدفع عن ذي اليد، وهما معلومان، وهو أثبت بيته أنه ليس بخصم لهذا المدعي (خلافاً لمحمد) فإنه قال: لا تندفع الخصومة معروفاً كان

فصل

في دفع الدعاوى (قال ذو اليد: هذا الشيء) المدعي منقولاً أو عقاراً (أودعني) ولو حكما كما إذا (برهن أنه وكله بالحفظ أو) ضل منه فوجده ذكره القهستاني وزاد البزازي أو هو في يدي مزارعة أو أسكنني فيه زيد (فلان الغائب) فلو لم يعلم لم تندفع ولو عرفه الشهود بوجهه تندفع عنده خلافاً لمحمد فليحفظ (أو أعارني أو أجرني أو رهنته أو غصبته منه) ولو حكما كما إذا برهن أنه انتزعه أو سرق منه (وبرهن) ذو اليد (على ذلك) والعين قائمة وعرفه الشهود، ولو بوجهه (اندفعت خصومة المدعي) لإثباته أن يده ليست يد خصومة في هذه الصور الخمسة. (قلت): فلذا تسمى مخمسة كتاب الدعوى، قيل وفيه نظر لما علمت من زيادة الستة الأخر فبلغت أحد عشر وأجيب بأنها ملحقة كما ذكرنا فلا زيادة حيثذ على الخمس أو لأن فيها اختلاف خمسة أئمة، ولذا قال: (وقال أبو يوسف: فيمن عرف بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ) في القضاء والفتوى واختاره في المختار، والاختيار (وإن قال الشهود: أودعه من لا نعرفه لا تندفع بخلاف قولهم) نعرفه بوجهه لا باسمه، ونسبه حيث تندفع عند الإمام خلافاً لمحمد فعند

اشتريته منه لا تندفع وكذا لو قال المدعي سرقته أو غصبته مني وإن برهن ذو اليد على إيداع الغائب وكذا إن قال سرق مني خلافاً لمحمد ولو قال المدعي ابتعته من زيد، وقال

بالحيلة أو لا وإنما تندفع إذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لأنَّ الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده، ولا تندفع إلا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه، والمعروف بالوجه لا يكون معروفاً فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه أصلاً، وفي البزازية وتعويل الأئمة على قول محمد: فهذه المسألة تسمى بمخمسة كتاب الدعوى للاشتغال على قول الإمام وأبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة كما ترى أو لأنَّ صورها خمس وديعة وإجارة وإعارة وزهن وغصب كما في أكثر الكتب، لكن في المنح هذا إذا ادعى المدعي ملكاً مطلقاً في العين كما أفاده عدم تقييده، ويدل عليه ما سيأتي من المسائل القابلة لهذا، ومن المعلوم أنَّ فرض هذه المسألة بعد إقامة المدعي البرهان لما تقرر في كلامهم من أنَّ الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعي عليه إلى الدفع قبله، وحاصله أنَّ المدعي لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعي عليه أنكره وطلب من المدعي البرهان فأقامه، ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعي عليه بما ذكر، وبرهن على الدفع، وفي البحر.

وكذا الحكم لو قال وكلني صاحبه بحفظه كما في المبسوط وكذا الحكم لو قال: أسكنني فيها فلان الغائب، وكذا الحكم لو قال سرقته منه أو أخذته منه أو ضل منه فوجدته كما في الخلاصة فالصور عشر، وبه علم أنَّ الصور لم تنحصر في الخمس، فالأولى أن يفسر المخمسة بالأقوال (ولو قال) ذو اليد (اشتريته منه) أي من فلان الغائب (لا تندفع) الخصومة لكون يده يد خصومة لا اعترافه بسبب الملك، وهو الشراء (وكذا) لا تندفع الخصومة (لو قال المدعي سرقته) بناء الخطاب (أو غصبته مني) فقال ذو اليد: أودعني فلان الغائب (وإن) وصلية (برهن ذو اليد على إيداع الغائب) لأنَّ المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني، صار ذو اليد خصماً باعتبار دعوى الفعل عليه، وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على الغير لأنَّ اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد، ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لا تندفع (إن قال) المدعي (سرق مني) على البناء للمفعول عند الشيخين استحساناً (خلافاً لمحمد) وهو القياس لأنه لم يدع الفعل على ذي اليد بل على مجهول، فصار كما لو قال: غصب مني على البناء للمفعول ولهما أنَّ ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة،

محمد لا تندفع، وعند الإمام تندفع، وعند أبي يوسف أنَّ ذو اليد صالحاً تندفع، وعند ابن أبي ليلى تندفع بلا بينة وعند ابن شبرمة لا تندفع وإن برهن. (قلت): فهذه خمسة أقوال أو صور، وفي الشرنبلالية رأيت بخط العلامة المقدسي عن البزازية أنَّ تعويل الأئمة على قول محمد، (ولو قال) ذو اليد (اشتريته منه) أي من الغائب (لا تندفع) لإقراره بيد الخصومة (وكذا) لا تندفع (لو قال المدعي سرقته أو غصبته مني وإن) وصلية (برهن ذو اليد على إيداع الغائب وكذا) لا تندفع (إن قال سرق مني خلافاً لمحمد) قلنا إنما بناه للمفعول للستر عليه (ولو قال المدعي ابتعته من زيد) المعروف كما مر

ذو اليد أودعني هو اندفعت بلا حجة إلا إذا برهن المدعي إنَّ زيداً وكله بقبضه .

باب دعوى الرجلين

لا تعتبر بينه ذي اليد في الملك المطلق وبينه الخارج فيه أحق برهنا على ما في يد آخر

والظاهر أنَّه ذوي اليد إلا أنه لم يعينه درأ للحد عنه فصار كأنه قال له : سرقته مني بخلاف الغصب فإنَّه لأحد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فأقام البينة تقبل لأنَّه لم يصر مقضياً عليه، وإنما قضى على ذي اليد فقط وفي التنوير قال : في غير مجلس الحكم أنَّه ملكي، ثم قال في مجلسه أنَّه ودیعة عندي من فلان، تندفع من البرهان على ما ذكر، ولو برهن المدعي على مقالته الأولى يجعله خصماً، ويحكم عليه لسبق إقراره، ويمنع من الدفع (ولو قال المدعي ابتعته من زيد، وقال ذو اليد أودعني هو) أي زيد (اندفعت) الخصومة (بلا حجة) لأنهما اعترفا على أنَّ الملك في الأصل لغيرهما فيكون وصوله إلى صاحب اليد من جهة زيد البائع، فلا تكون يده يد خصومة (إلا إذا برهن المدعي أنَّ زيداً وكله بقبضه) فحيتذ لا تندفع، وتصح دعواه لأنَّه أثبت بينة كونه أحق بإمساکها، ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاءً على الغائب بإقراره، وهي عجیبة، وفي البحر قيد بتلقي اليد من الغائب للاحتراز، عما إذا قال ذو اليد : أودعني وكيل فلان ذلك لم تندفع إلا بينة لأنَّه لم يثبت تلقي اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذي اليد، ولا من جهة وكيله لإنكار المدعي .

وكذا لو أثبت بالبينة أنَّه دفعها إلى الوكيل، ولم يشهدوا أنَّ الموكل دفعها إلى ذي اليد، وتقبيده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي، ففي البرازية ادعى أنَّه له غصبه منه، فلان الغائب، وبرهن عليه وزعم ذو اليد أنَّ هذا الغائب أودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره، وإنَّ صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فإنَّه لا تندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان انتهى .

باب دعوى الرجلين

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه، والواحد قبل ما زاد (لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق) وهو أن يقول في دعواه أنَّ هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه (وبينة
(وقال ذو اليد أودعني هو) أي زيد المزبور بنفسه، فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة (اندفعت بلا حجة) لتوافقهما أنَّ الأصل الملك لغيره (إلا إذا برهن المدعي) أنه اشتراه و (أنَّ زيداً وكله بقبضه) إلا إذا صدقه في الشراء فلا يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاءً على الغائب بإقراره . (قلت) : وهي عجیبة فليحفظ وكتبنا في شرح التنوير أنَّ قيد الشراء اتفاقي مع فوائد مهمة فراجعه، وأنَّ الأصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بالسبب .

باب دعوى الرجلين

لما ذكر الفرد أعقبه بالمتنى فقال (لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق) أي غير المقيد بسبب

قضى به لهما ولو على نكاح امرأة سقطاً وهي لمن صدقته فإن أرخا فالسابق أحق وإن أقرت لأحدهما قبل البرهان فهي له فإن برهن الآخر بعد ذلك قضى له وإن برهن أحدهما

الخارج فيه) أي في المطلق (أحق) بالاعتبار وبه قال أحمد، وقال الشافعي ومالك: بينة ذي اليد أحق لاعتضادها باليد ولنا أن البينة شرعت للإثبات وبينة الخارج أكثر إثباتاً لأنه لا ملك له على المدعي بوجه، وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها إلا إذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلاً كالعتق والتدبير، والاستيلاء ببينة ذي اليد أولى بخلاف الكتابة كما سيأتي قيد بالمطلق، لاستوائهما في المقيد بالسبب، وهذا إن وقتنا أو لم يوقتا باتفاق (برهنا) أي الخارجان (على ما في يد آخر) أي لو برهن خارجان على عين في يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكاً مطلقاً فأقاما البينة (قضى به) أي بهذا الشيء (لهما) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لأن النبي عليه الصلاة والسلام، قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق، ولم يأمر عليه الصلاة والسلام بالقرعة لأن استعمال القرعة في وقت كان القمار فيه مباحاً، ثم انتسخت بحرمة القمار إذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار.

وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك، فللقاضي ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وإنما يقرع لتطبيب القلوب، ونفي تهمة الميل عن نفسه، فلا يكون ذلك في معنى القمار خلافاً للشافعي وأحمد كما سيأتي (ولو) برهنا (على نكاح امرأة سقطاً) لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح وإذا تهاترا، وكان قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر، وهذا مقيد بما إذا كان المدعيان حيين والمرأة أما لو برهنا عليه بعد موتها، ولم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإنه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد، فإن جاءت بولد يثبت النسب منهما، ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد، كما في المنح (وهي) أي المرأة (لمن صدقته) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين إذا لم تكن المرأة المتنازع فيها في يد من كذبت، ولم يكن دخل من كذبت به، وأما إذا كانت في يد الآخر أو دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لأنه دليل على سبق عقده كما في المنح (فإن أرخا) أي المدعيان لنكاحها. وكان تاريخ أحدهما سابقاً (فالسابق أحق) بها من الآخر لأنه لا معارض في هذا الزمان، فيكون القضاء للسابق إذ عقد اللاحق، وبرهانه باطل، ولا يعتبر ما ذكر من كونها في يده أو دخل بها، ولو أرخ أحدهما فقط، فإنها لمن أقرت له، كما لو أرخ أحدهما، وللآخر يد فإنها لذي اليد كما في البزازية (وإن أقرت) المرأة بالزوجة (لأحدهما قبل البرهان فهي) أي المرأة (له) لتصادقهما عليه (فإن برهن الآخر) أي الذي لم تقر ملكه (وبينة الخارج فيه أحق) خلافاً للشافعي (برهنا على ما في يد آخر قضى به لهما) وقال الشافعي: تساقطا (ولو على نكاح امرأة سقطاً) إجماعاً (وهي لمن صدقته) إن لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق) لعدم المعارض (وإن أقرت لأحدهما قبل البرهان فهي له) لصحته بالتصادق (فإن برهن الآخر بعد ذلك

فقضى له ثم برهن الآخر لا يقبل إلا إن أثبت سبقه، وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر إلا أن أثبت سبقه وإن برهنا على شراء شيء من آخر فلكل نصفه بنصف ثمنه أو تركه وبترك أحدهما بعد ما قضى لهما لا يأخذ الآخر كله فإن كان لأحدهما يد أو تاريخ فهو أولى وإن أرخا فالسابق أولى، وإن كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد

له (بعد ذلك) أي بعد الإقرار للأول (قضى له) أي للمبرهن لقوة البرهان فإن برهنا بعد الإقرار فالسابق أولى (وإن برهن أحدهما) على نكاحها (فقضى له) بالنكاح (ثم برهن الآخر) على أنه نكحها (لا يقبل) برهانه إذ لا ينقض شيء بمثله، وههنا صار الأول أقوى لاتصال القضاء به (إلا) وقت (إن أثبت) ذلك الآخر بالبينة (سبقه) أي سبق نكاحه إياها على نكاح الأول فحيثئذ تقضي له، لتيقن الخطأ في الأول.

(وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذي يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها إلى بينة أو بالدخول معه (إلا إن أثبت) الخارج (سبقه) أي سبق نكاحه على نكاح ذي اليد بالبينة، فإنه يقضي له لما مر (وإن برهنا) أي الخارجان (على شراء شيء من آخر) أي من ذي يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) أي لكل واحدٍ منهما نصف ذلك الشيء (بنصف ثمنه) أي ثمن ذلك الشيء إن شاء، ورجع به على البائع بنصف ثمنه (أو تركه) أي ترك النصف إن شاء، لأنهما لما استويا في السبب، وجب على القاضي أن يقضي به بينهما لتعذر القضاء بكله، فيتخير كل منهما لتغيير شرط عقده عليه، فلعل رغبته في تملك الكل، فيرده ويأخذ كل الثمن، وعند الشافعي في قول واحد يقرع، وفي قول آخر تهاترت البيتان، ويرجع إلى تصديق البائع لأن إحداهما كاذبة بيقين قلنا: إن المحل الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً لزيد على الكمال، ومملوكاً لعمرى على الكمال، لأن المشهود في الحقيقة هو السبب لأن المحسوس المحاط للشهود، وكل واحدٍ من الفريقين هناك صادق بأن يعاين السبب من الرجلين، ولا يعلمان سبق أحدهما (وبترك أحدهما) نصفه (بعد ما قضى لهما لا يأخذ) المدعي (الآخر كله) لأن بالقضاء انفسخ العقد في حق كل من النصف، قيد بقوله: بعد القضاء لأنه قبل القضاء به يأخذ كله لإثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء (فإن كان لأحدهما يد أو تاريخ فهو) أي صاحب اليد أو التاريخ (أولى) لأن

قضى له) لأن البينة أقوى من الإقرار (وإن برهن أحدهما فقضى له ثم برهن الآخر لا يقبل) لأن الشيء لا ينقض بمثله بل هذه دونها لترجحها بالقضاء (إلا إن أثبت سبقه) لظهور الخطأ في الأول (وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر إلا إن أثبت سبقه) لما قلنا، ويشترط حضرة الزوج عند إقامة البينة، ولو برهن أن الدار له وهي امرأته، وهي أنها لها وهو مملوكها فبنته في الدار وبينتها في النكاح أحق (وإن برهنا على شراء شيء من آخر فلكل نصفه بنصف ثمنه) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وبترك أحدهما بعد ما قضى لهما لا يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء، فلو قبله فله (فإن كان لأحدهما يد أو تاريخ فهو أولى وإن أرخا) معاً (فالسابق أولى وإن كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ

أولى والشراء أحق من هبة وصدقة مع قبض، والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة سواء. وكذا الشراء، والمهر عند أبي يوسف وقال محمد: الشراء أولى وعلى الزوج

تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه إذ قبض القابض، وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأزمان، وهو الحال مع أن قبض الشيء متأخر عن شرائه فصار شراؤه أقدم تاريخاً من شراء غير القابض، وبالتاريخ أثبت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر، أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك، وقال صاحب البحر: ولي أشكال في عبارة الكتاب، وهو أن أصل المسألة مفروضة في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد، تنازع مع خارج فلم تكن المسألة ثم رأيت في المعراج ما يزيد من جواز أن يراد أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان، وهو الآن في يد البائع، إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة انتهى، والحق أنها مسألة أخرى، وكان ينبغي إفرادها انتهى (وإن أرخا فالسابق أولى، وإن كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد أولى) لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع به ثم لا يقضي بعده لغيره إلا إذا انتفى الملك منه (والشراء أحق من هبة) مع قبض (وصدقة مع قبض) أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه، والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى من الهبة، والصدقة لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانيين، ولأنه يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة، والصدقة يتوقف على القبض هذا إن لم يؤرخا فلو أرخا، واتحد المملك فالأسبق تاريخاً منهما أحق بخلاف ما إذا اختلف المملك، فأيهما سواء في صورة التاريخ، وعدمه لأن كلا منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه، وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه تقدم الأقوى، ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما، والمسألة بحالها فإنه يقض للخارج إلا في أسبق التاريخ فهو للأسبق وإن أرخت إحداهما فقط، فلا ترجيح لها، وإن كانت في أيديهما، يقضي بينهما إلا في أسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق كما في البحر (والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة) كالعبد والدابة (سواء) بالاتفاق فيقضي بينهما نصفين لاستوائهما في كونهما تبرعاً.

وأما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لأن الشيوخ طار فيقضي بينهما نصفين، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع، فصار إقامة البيتين على الارتهان وهذا أصح كما في الهداية، وفي البحر وحاصله أن الصدقة أولى من الهبة فيما يحتمل القسمة، وهذا عند عدم التاريخ، والقبض.

وأما إذا أرخا قدم الأسبق وإن لم يؤرخا، ومع أحدهما قبض كان أولى، وكذا إن أرخ

فدو اليد أولى) لما مر (والشراء أحق من هبة وصدقة) ولو (مع قبض) لأنه أقوى (والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة سواء) بلا خلاف لا فيما لا يحتملها في الأصح (وكذا الشراء والمهر عند أبي يوسف)

القيمة، والرهن مع القرض أولى من الهبة معه، فإن كانت بشرط العوض فهي أولى وإن برهن خارجان على ملك مؤخر أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي اليد فالسابق أولى وإن

أحدهما فقط، وفي الخلاصة، ولو كان كلاهما هبة أو صدقة أو أحدهما هبة، والآخر صدقة فما لم يذكر الشهود القبض لا يصح، وإن ذكروا القبض، ولم يؤرخوا أو أرخوا تاريخاً واحداً فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة، وإن كان يحتملها فلا يقضي لهما بشيء عند الإمام وعندهما يقضي بينهما نصفين، ولو كان في يد أحدهما يقضي له بالإجماع (وكذا الشراء، والمهر عند أبي يوسف) أي ادعى شخص أن هذا الشيء اشتريته من زيد وادعت امرأة أن زيدا تزوجها على هذا الشيء، فأقاما البينة، ولم يذكر تاريخاً أو ذكرا واستوى تاريخهما يقضي لكل واحد منهما بالنصف، لأن الشراء والمهر سواء في إثبات الملك، ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج، وللمشتري نصف الثمن المنقود على البائع، وله فسخ البيع لتفريق الصفقة عليه (وقال محمد: الشراء أولى) فيقضي لصاحب الشراء (وعلى الزوج القيمة) أي قيمة المبيع للمرأة لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن، وهو ممكن بأن يجعل الشراء سابقاً إذ لو تزوج على ملك الغير صحت القسمة، فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء، لأنه لو اجتمع نكاح وهبة، أو رهن أو صدقة فالنكاح أولى وفي المنع اعتراض عن طرف صاحب الفضولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع (والرهن مع القبض أولى من الهبة) بلا عوض (معه) أي مع القبض يعني لو ادعى أحدهما رهناً مقبوضاً والآخر هبة، وقبضاً، وأقاما البينة ولم يؤرخا فمدعي الرهن أولى استحساناً والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت، فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى (فإن كانت) أي الهبة (بشرط العوض فهي) أي الهبة (أولى) من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء، فيكون عقدها عقد زمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن، فإنه لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لا صورة، هذا إذا كانت العين في يد ثالث، إذ لو كانت في أيديهما يقضي بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا، وتاريخ أحدهما أسبق فيقضي له (وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ) هذه المسألة قد ذكرت، وأعادتها هنا لأجل ذكر التاريخ (أو شراء مؤرخ من واحد) متعلق بشراء (غير ذي اليد) احتراز بهذا عما برهنا على ما في يد آخر كما مر تفصيلها (فالسابق أولى) لأنه أثبت ملكه في وقت لا

سواء (وقال محمد الشراء أولى وعلى الزوج القيمة) والأول أرجح، وعليه اقتصر أرباب المتون، زاد في التنوير، إلا إذا أرخوا وسبق تاريخ أحدهما فهو أحق (والرهن مع القبض أولى من الهبة معه) أي مع القبض بلا عوض استحساناً، (فإن كانت بشرط العوض فهي أولى) لأنهما بيع، ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا، وأحدهما أسبق، (وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي

برهن أحدهما على الشراء من زيد والآخر عليه من بكر، واتفق تاريخهما فهما سواء وكذا لو وقت أحدهما فقط، ولو برهن خارج على الشراء من شخص وآخر على الهبة، والقبض من غير وآخر على الإرث من أبيه وآخر على الصدقة، والقبض من رابع قضى بينهم أرباعاً، ولو برهن خارج على ملك مؤخر، وذو اليد على ملك أقدم منه فهو أولى خلافاً لمحمد في رواية، وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما ولو برهن خارج وذو يد على

ينازعه فيه أحد إلا إذا تلقى الملك منه، وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخي، وقول الإمام على تخريج صاحب الأمالي، وقول أبي يوسف آخراً، ومحمد أولاً، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف أولاً هو بينهما كما في التبيين (وإن برهن أحدهما على الشراء من زيد و) برهن (الآخر عليه) أي على الشراء (من بكر، واتفق تاريخهما فهما سواء) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لأن كل واحد منهما أثبت الملك لبائعه، وملك بائعه مطلق بلا تاريخ، فصار كما إذ حضر البائع، فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت أحدهما فقط) لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً، لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته بخلاف ما إذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره وفي البحر أن البينة على الشراء لا تقبل، حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان، وهو يملكها، وتامه فيه فليطالع (ولو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (آخر على الهبة، والقبض من غيره و) برهن خارج (آخر على الإرث من أبيه و) برهن خارج (آخر على الصدقة، والقبض من رابع قضى بينهم أرباعاً) سواء كان معهم أو مع بعضهم تاريخ أو لم يكن، لأنهم يشتون الملك لمملكيهم، وذلك تاريخ فيه، ولا يقدم الأقوى كما في التبيين (ولو برهن خارج على ملك مؤرخ، وذو اليد على ملك أقدم منه) أي من الخارج (فهو) أي ذو اليد (أولى) عند الشيخين (خلافاً لمحمد في رواية) وفي رواية عنه على ما قالنا ثم رجع عنه فقال: لا تقبل بينة ذي اليد في ملك المطلق أصلاً لأن البينة فيه تثبت أولية الملك، فيستوي فيها التقدم، والتأخر، فصار كأنهما أقامتها على الملك المطلق ولهما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، فلا يثبت الملك لغيره بعده إلا بالتلقي من جهته، وهو لم يدع ذلك قيد بسبق تاريخ ذي اليد لأنه لو لم يكن لهما تاريخ أو استوى تاريخهما أو أرخت أحدهما فقط كان الخارج أولى (وكذا

.....

اليد فالسابق أولى) في الصورتين وأعاد الأولى لذكر التاريخ (وإن برهن أحدهما على الشراء من زيد، والآخر عليه من بكر، واتفق تاريخهما) أو اختلف ذكره العيني (فهما سواء، وكذا لو وقت أحدهما فقط) أن تعدد البائع وإن اتحد فذو الوقت أحق (ولو برهن خارج على الشراء من شخص وآخر لى الهبة، والقبض من غيره، وآخر على الإرث من أبيه، وآخر على الصدقة والقبض من رابع قضى بينهم أرباعاً) لتلقيهم الملك من باعتهم أي مملكيهم (ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك أقدم منه فهو) أي ذو اليد (أولى خلافاً لمحمد في رواية) والأول أصح، (وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما، ولو

ملك مطلق، ووقت أحدهما فقط بالخارج أولى، وعند أبي يوسف ذو الوقت أولى ولو كان المدعي في أيديهما أو في يد ثالث، والمسألة بحالها فهما سواء وعند أبي يوسف الذي وقت أولى، وعند محمد الذي أطلق أولى، فذو اليد وإن برهن خارج، وذو يد على النتاج فذو اليد أولى، وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخر، وعلى النتاج

الخلاف لو كانت اليد لهما) وأقاما البينة، فصاحب الوقت الأول أولى في قول الشيخين، وفي قول محمد لا يعتبر الوقت فكأنهما أقامتا على مطلق الملك، فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق، ووقت أحدهما فقط بالخارج أولى) عند الطرفين (وعند أبي يوسف) وهو رواية عن الإمام (ذو الوقت أولى) لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت أحدهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد، إنما تقبل تضمنها معنى الدفع، ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته (ولو كان المدعي في أيديهما أو في يد ثالث، والمسألة بحالها) أي ادعى ذو اليد أو الخارج، وأقاما البينة، وأرخت إحدى البينتين (فهما سواء) عند الإمام (وعند أبي يوسف الذي وقت أولى، وعند محمد الذي أطلق أولى) وعلل صاحب الهداية بأن دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد، ورجوع الباعة بعضهم على بعضهم على بعض، ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية، والترجح باليقين وللإمام أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم، فسقط اعتباره، فصار كما لو أقام البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنه أمر حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات، فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى، لكن صورته في المسألة الثانية، وهي قوله، ولو في يد ثالث، وأما في المسألة الأولى، وهي قوله، ولو في أيديهما فذكر أن يكون نظير قوله ولو أقام الخارج، وذو اليد على ملك مطلق إلى آخره فقال في عقبه: فعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما انتهى، قال صاحب الإيضاح وغيره في تفسيره: بأن أقام أحدهما على ملك مؤرخ، والآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما، وعنده صاحب الوقت أولى انتهى، فهذا التقرير ظهر مخالفة المصنف لما في الهداية تتبع (وإن برهن خارج، وذو يد على النتاج) أي أقام كل منهما بينة (فدو اليد أولى) لأن بينهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستوتا في الإثبات، وترجحت بينة صاب اليد باليد فيقضي له به، ولا عبرة للتاريخ لأن أولية الملك يستوعب كل تاريخ، فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما اتحد التاريخان، أو اختلفا ما لم يذكر تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعي، والقياس أن يكون الخارج أولى، وبه قال ابن أبي ليلى،

برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت أحدهما فقط بالخارج أولى، وعنده أبي يوسف ذو الوقت أولى) والأول أولى (ولو كان المدعي في أيديهما أو في يد ثالث، والمسألة بحالها فهما سواء) عنده (وعند أبي يوسف الذي وقت أولى وعند محمد الذي أطلق أولى) والأول أولى لإضافة الحادث لأقرب أوقاته (وإن برهن خارج، وذو يد على النتاج فذو اليد أولى) هو الصحيح خلافاً ليعسى بن أبان (وكذا لو

عنده ولو برهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على التناج فهو أولى وكذا لو كانا خارجين ولو قضى بالتناج لذي اليد ثم برهن ثالث على التناج قضى له إلا أن يعيد ذو اليد برهانه كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على التناج يقبل، وينقض القضاء

وقال عيسى بن أبان: تهاترت البيتان، ويترك في ذي اليد على وجه القضاء، وجه الاستحسان ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينة أنها ناقته نتجتها، وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجتها، ولأنَّ اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً للخارج فبإثباتها يندفع الخارج، وبينه صاحب اليد مقبولة للدفع (وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخره، وعلى التناج عنده) أي لو تلقى كل واحدٍ من الخارج، وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بائعان، وأقام البينة على التناج عند من تلقى منه، فهو بمنزلة أقامتها على التناج في يد نفسه فيقضي به لذي اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد، وكذلك ههنا كما في العناية (ولو برهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على التناج فهو) أي صاحب التناج (أولى) أيهما كان لأنَّ بينته قامت على أولية الملك صريحاً، فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي منه، والآخر لم يتلق منه، وأوليته تثبت دلالة، ولا عبرة بها مع الصريح (وكذا لو كانا خارجين) فبرهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على التناج فبينه التناج أولاً لما بينا (ولو قضى بالتناج لذي اليد ثم برهن ثالث على التناج قضى له) أي للثالث (إلا أن يعيد ذو اليد برهانه) لأنَّ بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي، وإنما قامت على الأول فلم يصر الثالث مقضياً عليه بتلك القضية (كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على التناج يقبل، وينقض القضاء) أي لو ادعى ذو اليد، والخارج الملك المطلق، وبرهنا فقضى على ذي اليد بالملك، ثم أنَّ ذا اليد المقضي عليه لو أقام البينة على التناج تقبل، وينقض به القضاء الأول لأنَّه بمنزلة النص في دلالة على الأولية قطعاً فكأنَّ القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، وهذا استحسان، وفي القياس لا يقبل برهانه لصيرورته مقضياً عليه بالملك كما في العناية، وفي البحر أطلق فشمّل ما إذا برهن الخارج فقط على التناج، وقضى له، ثم برهن ذو اليد يقضي له، ويبطل القضاء للأول ولو ادعى ذو اليد تناجاً أيضاً، ولم يبرهنا حتى حكم بها للمدعي بالتناج، ثم برهن المدعي عليه على التناج لا ينتقض الحكم، ثم علم أنَّ

برهن كل على تلقي الملك من آخر، وعلى التناج عنده) فذو اليد أولى (ولو برهن أحدهما) أي الخارج وذو اليد (على الملك المطلق والآخر على التناج فهو) أي ذو التناج (أولى) لسبقه (وكذا) بينة التناج أولى (لو كانا خارجين) كما مر (ولو قضى بالتناج لذي اليد ثم برهن ثالث) على التناج قضى له إلا أن يعيد ذو اليد برهانه، لأنَّ الثالث لم يصر مقضياً عليه بالقضاء الأول فتصح دعواه (كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على التناج) فإنه (يقبل وينقض القضاء) بالملك المطلق بالبرهان على التناج لأنَّه

وكل سبب لا يتكرر فهو مثل التناج كنسج ثياب لا تنسج إلا مرة وكحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وما يتكرر بمنزلة الملك المطلق كنسج الخز وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب وما أشكل رجع فيه إلى أهل الخبرة فإن أشكل

المقضي عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقي الملك من المقضي له أو على التناج انتهى (وكل سبب لا يتكرر) أي في الملك إذا ادعاه ذو اليد (فهو مثل التناج) أي حكمه حكم التناج في جميع ما ذكرنا من الأحكام، وذلك (كنسج ثياب لا تنسج إلا مرة) كما إذا ادعى رجل ثوباً أنه ملكه نسجه، وهو مما لا يتكرر نسجه، وكما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها (وكحلب اللبن) فإنه مما يتكرر أيضاً، فإذا ادعى لبناً أنه ملكه حلبه من شأنه (واتخاذ الجبن) بأن ادعى جبناً أنه ملكه صنعه في ملكه (واللبد) بأن ادعى لبداً بأنه صنعه من الصوف الذي هو ملكه (والمرعزي) وهي كالصوف تحت شعر المعز (وجز الصوف) بأن ادعى صوفاً مجزوزاً أنه ملكه جزه من شاته، وأقام على ذلك بينته، وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة فإنه يقضي بذلك لذي اليد لأنه في معنى التناج من كل وجه، فيلحق به بدلالة النص (وما يتكرر) أي كل سبب يتكرر قضى به للخارج (بمنزلة الملك المطلق) ولا يلحق بالتناج (كنسج الخز) وهو اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً، فإنه مما يتكرر لأن الخز والصوف والشعر إذا بلي ينقض ويغزل مرة أخرى، ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه، ثم نسجه فيكون ملكاً له بهذا الطريق، فلم يكن في معنى التناج (وكالبناء) فإنه مما يتكرر لأنه يبنى ثم ينهدم ثم يبنى (والغرس) لأن النحل يغرس غير مرة (وزراعة البر والحبوب) لأن البر قد يزرع في الأرض، ثم يغربل التراب فيميز البر منه، ثم يزرع ثانياً فلم يكن في معنى التناج.

وكذا كل ما يزرع مما يكال أو يوزن فإذا ادعى ثوباً أنه ملكه من خزه أو ادعى داراً أنها ملكه بناها، أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه أو حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب، وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر (وما أشكل) بحيث لا يتيقن بالتكرر وعدمه (رجع فيه إلى أهل الخبرة) لأنهم أعرف به وقد قال الله

بمنزلة النص (و) اعلم أن (كل سبب من أسباب ملك) (لا يتكرر فهو) في الحكم (مثل التناج) في أولية الملك صريحاً، فلا يثبت للأخر إلا بالتلقي منه، ولم يتلق وذلك (كنسج ثياب لا تنسج إلا مرة) وغزل قطن (وكحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف) وقص الشعر ونحوها فتقدم البينة بهذا السبب ويرجع ذو اليد لأنه في معنى التناج، ولو كان التناج ونحوه عند بائعه إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلاً كغصب أو ودیعة أو إجارة ونحوها في رواية كما في الدرر (و) أما (ما يتكرر) من الأسباب فليس بمنزلة التناج بل (بمنزلة الملك) فيقضی به للخارج وذلك (كنسج الخز وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب) ونحوها.

عليهم جعل كالمطلق وإن برهن خارج على ملك مطلق، وذو يد على الشراء منه فهو أولى وإن برهن كل منهما على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ لهما تهاترتا وترك المال في يد ذي اليد وعند محمد يقضي للخارج وإن أرخا في العقار بلا ذكر قبض، وتاريخ الخارج أسبق قضي لذي اليد، وعند محمد للخارج، وإن أثبتا قبضاً قضى لذي اليد

تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾، (فإن أشكل عليهم) أي على أصل الخبرة (جعل كالمطلق) أي قضى به للخارج لأنَّ القضاء بينة هو الأصل، وإنما عدنا عنه بخبر النتائج كما روينا فإذا لم يعلم يرجع على الأصل (وإن برهن خارج على مهلك مطلق، وذو يد على الشراء منه) أي من الخارج بأن كان عبد مثلاً في يد زيد وادعاه بكر بأنه ملكه، وبرهن عليه، وبرهن زيد على الشراء منه (فهو) أي ذو اليد (أولى) لأنَّ الخارج، وإن كان يثبت أولية الملك، فذا اليد يتلقى الملك منه، ولا تنافي فيه فصار كما إذا أقرَّ بالملك له، ثم ادعى الشراء منه (وإن برهن كل منهما) أي من الخارج وذي اليد (على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ لهما تهاترتا) أي سقطت البيتان (وترك المال في يد ذي اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) إن كان في يد أحدهما (يقضي) بالبينين (للخارج) لإمكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشترياً من الخارج، وقبضه، ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع إليه لأنَّ تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس لأنَّ البيع قبل القبض، لا يجوز، ولهما أنَّ الإقرار بالشراء من صاحبه إقرار منه بالملك له، فصار بينة كل منهما كأنَّها قامت على إقرار الآخر، وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع.

فكذا هذا كما في التبيين (وإن أرخا) أي الخارج وذو اليد (في العقار بلا ذكر قبض، وتاريخ الخارج أسبق قضي لذي اليد) عند الشيخين، فيجعل كان الخارج اشترى أو لا ثم باع من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) إذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فبقي على ملكه، وفي التبيين، وكان ينبغي أن يقضي به لذي اليد عنده أيضاً

(وما أشكل) تعرفه (رجع فيه) لكشفه (إلى أهل الخبرة) لأنَّهم أعرف به (فإن أشكل عليهم جعل كالمطلق) فيكون للخارج لأنَّه الأصل، وإنما عدلنا عنه بحديث النتائج (وإن برهن خارج على ملك مطلق، وذو يد على الشراء منه) أي من الخارج (فهو أولى) لاثباته التلقي من الخارج، فصار كما إذا أقرَّ بالملك له، ثم ادعى الشراء منه (وإن برهن كل منهما على الشراء من صاحبه)، ولا تاريخ لهما (تهاترتا وترك المال) المدعي به (في يد ذي اليد عندهما، وعند محمد يقضي للخارج) قلنا الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ولو أثبتا قبضاتها تهاترتا اتفاقاً كما في الدرر ويأتي (وإن أرخا في العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج أسبق) من تاريخ ذي اليد (قضى لذي اليد) فجعل كأنَّ الخارج اشترى أولاً، ثم باع قبل القبض من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) لأنَّه لا يجوز البيع

اتفاقاً وإن كان وقت ذي اليد أسبق قضى للخارج في الوجهين، ولا ترجيح بكثرة الشهود

فيجعل الخارج كأنه قبضه، ثم باعه لذي اليد عنده أيضاً فيجعل الخارج كأنه قبضه، ثم باعه من بائعه، وهو ذو اليد تصحيحاً للعقد انتهى (وإن أثبتنا قبضاً قضى لذي اليد اتفاقاً) لأن البيعين جائزان على القولين، لأن الخارج باعه على بائعه بعد ما قبضه، وذلك صحيح (وإن كان وقت ذي اليد أسبق قضى للخارج في الوجهين) فيجعل كأنه اشتراه ذوي اليد، وقبض ثم باع، ولم يسلم أو سلم، ثم وصل إليه بسبب آخر كما في الهداية، لكن في البحر، وفي المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافي وتمامه فيه، فليطالع. قال ابن الشيخ في شرح الوقاية قالوا: حاصل الكلام في ضبط هذه الأقسام إن كان تاريخ أحد المدعين عند إقامتهما البينة سابقاً فهو أحق، وإن لم يكن سابقاً بل كان مساوياً، بأن أرخا موافقاً أو لم يؤرخا أصلاً أو أرخ أحدهما، وكان كل واحد منهما صاحب يد أو كان كل منهما خارجاً في الملك المطلق، أو في الملك بسبب فهما متساويان، إلا إذا تلقيا من واحد وأرخ أحدهما فهو أحق، وإن كان أحدهما صاحب يد والآخر خارجاً فالخارج أحق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ إلا إذا ادعى مع الملك فعلاً بأن قال: هو عبدي اعتقته أو دبرته، فذو اليد أحق بخلاف ما إذا قال: كل واحد هو عبدي كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين إذ لا بد في عقد الكتابة من أهلية العاقدين، فإذا عقدا يكون العبد معتقاً يداً فلا يتصور اليد عليه بخلاف المعتق فإنه في يد المولى إذا كان صغيراً أو كبيراً لا يعرف عقته، ولو قال أحدهما هو عبدي كاتبته، وقال الآخر: دبرته أو اعتقته فهو أولى لأن كل بيعة يكون أكثر إثباتاً فهو أحق، هذا في الخارج، وذي اليد في الملك المطلق، أما في الملك بسبب فإن ذكر الخارج وذو اليد سبباً واحداً، وتلقيا من واحد فذو اليد أحق وإن تلقيا من اثنين فالخارج أحق عند التساوي في التاريخ، وإن ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر إلى قوة السبب انتهى (ولا ترجيح بكثرة الشهود) لأن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، حتى لو أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء إذ شهادتهما ليست أقل من شهادتهم في إثبات المدعي لأن الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح، ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر، وإنما يرجح بقوة فيه بأن كان أحدهما متواتراً والآخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر محتملاً فيرجح المفسر على المحتمل، والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه، وقيل: يقضي لأكثرهما عدد الآن القلب أميل إلى قول الأكثر، وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لأن المعبرة في الشاهد أصل العدالة وهي ليست بذی حدٍ فلا يقع الترجيح بها خلافاً لمالك

.....
 قبل القبض (وإن أثبتنا قبضاً قضى لذي اليد اتفاقاً) لما مر عن الدرر (وإن كان وقت ذي اليد أسبق قضى للخارج في الوجهين) فيجعل كأنه اشتراه وقبض ثم باع، ولم يسلم أو سلم ثم وصل اليد بسبب آخر (و) اعلم أنه (لا ترجيح بكثرة الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، وكذا لا ترجيح

وإن ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها فالريح للأول وعندهما الثلث والباقي للآخر وإن كانت في يديهما فكلها لمدعي الكل نصف بقضاء، ونصف بلا قضاء وإن برهن خارجان على نتاج دابة، وأرخا قضي لمن وافق سنهتا تاريخه وإن أشكل فلهما وإن

(وإن ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالريح للأول) عند الإمام (وعندهما) للأول (الثلث والباقي للآخر) لأن الإمام اعتبر طريق المنازعة، وهو أن صاحب النصف لا يتنازع صاحب الكل في النصف فسلم له النصف، واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف النصف بينهما، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع، وهما اعتبر طريق العول والمضاربة لأن في المسألة كلاً ونصفاً فالمسألة من اثنين، وتعود إلى ثلاثة، ولصاحب الكل سهمان، ولصاحب النصف سهم هذا هو العول، وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بكل حقه، فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثين في الدار، وصاحب النصف له ثلاث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فيحصل له ثلث الدار لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث في الستة يكون معناه ثلث الستة، وهو اثنان، وفي البحر تفصيل فليراجع (وإن كانت) الدار (في يديهما فكلها) أي كل الدار (لمدعي الكل نصف بقضاء، ونصف بلا قضاء) لأن دعوى مدعي النصف منصرفه إلى ما في يده لتكون يده يد محقة في حقه لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع، فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى، واجتمعت بينة الخارج، وذو اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج، ولو كانت في يد ثلاثة فادعى أحدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة، وعندهما بالعول، وبيانه في الكافي فليطالع (وإن برهن خارجان على نتاج دابة، وأرخا قضي لمن وافق سنهتا تاريخه) لرجحانه بشهادة الحال، ولا فرق في ذلك

بزيادة العدالة، إذ لا حد للاعدلية (وإن ادعى أحد خارجين نصف دار) في يد ثالث (و) ادعى (الآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالريح للأول) عنده (وعندهما) للأول (الثلث والباقي للآخر) وهو ثلاثة الأرباع عنده اعتباراً للمنازعة، فإنه لا منازعة إلا في النصف فنصف النصف، والثلثان عندهما اعتباراً للعول فإن فيه نصفاً وكلاً فتعود من اثنين إلى ثلاثة، وتمامه في المطولات (وإن كانت) الدار المدعاة (في يديهما فكلها لمدعي الكل نصف) منهما، وهو ما في يد الأول (بقضاء) لأن الثاني خارج (ونصف) منها (بلا قضاء) لعدم المنازع. (قلت): واستفيد منه أن القضاء على نوعين: قضاء ترك وقضاء الزام، ويسمى بقضاء الملك والاستحقاق أيضاً والفرق من وجهين، أحدهما: أن المقضي عليه في حادثة بهذا القضاء لا يصير مقضياً له فيها أبداً بخلاف قضاء الترك، فإنه يصير المقضي عليه مقضياً له إذا برهن، والثاني أنه لو ادعى ثالثاً وبرهن قبل قضاء الترك، لا في قضاء الإلزام إلا إذا ادع تلقى الملك من جهة المقضي له، ذكره القهستاني كغيره (وإن برهن خارجان على نتاج دابة) بأنها نتجت عنده أو عند بائعه (وأرخا قضي لمن وافق سنهتا تاريخه) بشهادة الظاهر (وإن أشكل) سنهتا بأن لم يوافقهما (فلهما) مناصفة

خالفهما بطلا وإن برهن أحد الخارجين على غضب شيء والآخر على وديعته استويا .

فصل في التنازع بالأيدي

لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه، والراكب أحق من الآخذ باللجام ومن في السرج أحق من الرديف، وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها والراكبان بلا سرج أو فيه

بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف (وإن أشكل) أي سنهنا بأن لا يوافق التاريخين لعدم العلم (فلهما) أي يقضي لهما لعدم رجحان أحد البرهانين (وإن خالفهما) أي خالف السن التاريخين معاً (بطلا) أي البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في الهداية وغيرها، وفي التبيين والأصح أنهما لا يبطلان بل يقضي بينهما إن كانا خارجين أو كانت في أيديهما وإن كانت في يد أحدهما يقضي بها لذي اليد، وتماهه فيه فليطالع (وإن برهن أحد الخارجين على غضب شيء والآخر على وديعته استويا) لأن المودع إذا أنكر الوديعة يصير غاصباً وبرهان الوديعة يتضمن إنكار صاحب يد.

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى ولهذا إذا أقامت البينة لا يلتفت إلى اليد فقال: (لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه، والراكب أحق من الآخذ باللجام ومن في السرج أحق من الرديف) أي لو تنازعا ثوباً أحدهما لابس، والآخر آخذ بكمه وغيره من الأطراف ولا بينة لهم فاللابس أولى من الآخذ في كونه صاحب اليد لأنه متصرف ومستعمل، وكذا لو تنازعا دابة أحدهما راكباً والآخر آخذ بلجامها والراكب أولى في كونه ذا يد إذ تصرفه أقوى، وكذا لو تنازعا دابة أحدهما راكب بسرجها والآخر رديفه، فالأول أحق لأن تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده، وقيل هي بينهما على السواء (وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها) أي إذا تنازعا في دابة وعليها حمل لأحدهما، وللآخر كوز، إن لم تكن في يد أحدهما فقط، فإن كانت فله (وإن خالفهما بطلا) فيقضي لذي اليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية، والكافي . (قلت): لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ، وإنما قال: نتاج دابة لأنه لو برهن أنه ابنه فهو ابن الأسبق تاريخاً عنده، وقال أنه ابنهما كما في المضمرات (وإن برهن أحد الخارجين على غضب شيء والآخر على وديعته استويا) فينصف بينهما بأنها بالجحد تصير غصباً .

فصل في التنازع بالأيدي

(لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه والراكب حق من الآخذ باللجام) ولو برهننا فالخارج أحق (ومن في السرج أحق من الرديف وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها) لأنه أكثر تصرفاً

سواء وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء ومن معه ثوب وطرفه مع آخر والحائط لمن جذوعه عليه أو اتصل بينائه اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادي، بل الجاران فيه سواء وإن كان لكل عليه ثلاثة جذوع فيبينهما ولا ترجيح بالأكثر منها وإن

والأول أولى من كونه ذا يد لأنه أكثر تصرفاً فيها، ولا ترجيح بكثرة الحمل إن كانا حملاها، وتنازعا كما لا عبرة بكثرة الشهود، وإذا أقاما بينة في هذه الصور فبينة من كان في حكم خارج أولى لما مر مراراً (والراكبان بلا سرج أو) راكبان (فيه) أي في السرج (سواء) لاستوائهما في التصرف، ولو كان أحدهما متعلقاً بذنبها والآخر ممسكاً بلجامها قالوا: ينبغي أن يقضي بها لمن يمسك لجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك بخلاف التعلق بالذنب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء) أي إذا تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه، والآخر متعلق به، فهو بينهما نصفان لا على طريق القضاء لأن الجلوس عليه ليس بيد، فاستويا في عدم اليد بخلاف الركوب واللبس، لأن المرء يصير بهما غاصباً لا بالجلوس، وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما (ومن معه) أي وكذا إن كان (ثوب) في يد رجل (وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وإن كان يد أحدهما في الأكثر لأن الزيادة ليست من جنس الحجة، فإن كل واحد منهما مستمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمسكاً، ومثل تلك لا يوجب الرجحان، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لأن الزيادة ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كما في العناية بخلاف جالسي الدار تنازعا فيها حيث لا يقضي بينهما لا بطريق الترك، ولا بغيره، لأن الجلوس لا يدل على الملك (والحائط) وهو الجدار (لمن جذوعه عليه) أي على الحائط (أو اتصل بينائه اتصال تربيع) اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار في لبنات ذلك، وإنما سمي اتصال التربيع لأنهما بينان لحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وإن كان الجدار من خشب، فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركباً في الآخر، وأما إذا نقب وادخل فلا يكون مربعاً فلا عبرة به ولا باتصال الملازمة من غير تربيع لعدم المداخلة، فلا يدل على أنهما بنيا معاً (لا لمن له عليه هرادي) وهي خشبات توضع على الجذوع، ويلقى عليها التراب فإنها غير معتبرة.

وكذا البواري لأنه لم يكن استعمالاً له وضعاً إذ الحائط لا يبنى لها بل هي للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في الدرر (بل الجاران فيه سواء) يعني إذا تنازعا في

(والراكبان بلا سرج أو فيه) أي في السراج (سواء) فينصف (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء) كذا (من معه) أي في يده (ثوب وطرفه مع آخر) لا هدبته أو ذنب الدابة (و) اعلم أن (الحائط لمن جذوعه عليه أو اتصل بينائه اتصال تربيع) بأن يتداخل أنصاف لبناته في أنصاف لبنات الآخر أو أطراف خشباته في الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معاً، ولذا سمي بذلك لأنه حينئذ يبنى صريعاً (لا لمن له عليه) اتصال ملازمة أو ثقب وإدخال أو (هرادي) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل الجاران فيه

كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع خشبه، ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع وقيل لذى الجذوع

حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما لأن الحائط لا يبني لأجلها بخلاف الجذوع (وإن كان لكل) من الرجلين (عليه) أي على الحائط (ثلاثة جذوع فبينهما) لاستوائها في أصل العلة (ولا ترجيح بالأكثر منها) أي من الثلاثة يعني ولا عبرة بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثاً، لأنّ الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا، واشترط أن يبلغ ثلاثاً لأنّ الحائط يبني للتسقيف، وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالباً فصار الثلاث كالنصاب له (وإن كان لأحدهما ثلاثة) جذوع (وللآخر أقل فهو) أي الحائط (لصاحب الثلاثة) استحساناً، وهو قول الإمام، والقياس وهو مروى عن الإمام أن يكون بينهما نصفين لما بينا أنّ الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان، ووجه الاستحسان أنّ ما دون الثلاث حجة ناقصة إذ لا يبني الحائط فيما دونه، والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة (وللآخر موضع خشبه) باتفاق الروايات، لأنّ حكماً بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق، فلا يؤمر بالقلع ثم اختلف الروايات بعد ذلك في أنّه هل يملك ذلك الموضع أولاً ذكر في كتاب الدعوى أنّ الحائط بينهما على قدر الأجزاء لأن موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته، لوجود سبب الاستحقاق فيه، وصححه قاضيهان، وفي كتاب الإقرار أنّ الحائط كله لصاحب الأجزاء ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لأنّ الحائط لا يبني لأجل جذع أو جذعين عادة، وإنما ينصب له إسطوانة، فلا يحكم له بالملك. وفي المحيط، وهو أصح وتماهه في التبيين فليطالع، (ولو) كان (لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال) أي صاحب الاتصال أولى (وللآخر) أي لصاحب الجذوع (حق الوضع) وهذه رواية الطحاوي وصححه الجرجاني لأنّ الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد، فالقضاء ببعضه يصير قضاء ب كله، ثم يبقى للآخر وضع جذوعه لما بينا، ولا فرق بين أن يكون الاتصال من جانب أو من جانبيين (وقيل لذى الجذوع) أي صاحب الجذوع أولى ورجح السرخسي هذه الرواية لأنّ له تصرفاً في الحائط، ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك، وفي المحيط الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب، اتصال تريبع واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع، ومحاذاة بناء فأولهم صاحب التريبع،

.....
 سواء لو تنازعا (وإن كان لكل) منهما (عليه ثلاثة جذوع فبينهما) سوية (ولا ترجيح بالأكثر منها) لأنّ للثلاثة حكم الأكثر (وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل) منها (فهو) أي الحائط (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي لصاحب الأقل (موضع خشبه) وإن كان لكل عليه جذوع فلكل بقدرها (ولو لأحدهما جذوع، وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع) أي وضع الجذوع (وقيل) الحائط (لذو الجذوع). وفي العمادية له جذوع، وللآخر اتصال ملاصقة فلذو الجذوع وذو جذع واحد أحق من ذي

وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها ولو ادعى أرضاً كل أنها في يده وبرهنا قضى بيدهما فإن برهن أحدهما أو كان لبن فيها أو بنى أو حفر قضى بيده في يده صبي يعبر عن نفسه قال أنا حر فالقول له وإن قال أنا عبد لفلان فهو عبد لذى اليد وكذا من لا يعبر عن نفسه فلو ادعى الحرية عند كبره، لا يقبل بلا حجة .

ثم صاحب جذوع، ثم صاحب المحاذاة (وذو بيت من دار كذي بيوت منها) أي من الدار (في حق ساحتها) أي الساحة نصفان بينهما لاستوائهما في الاستعمال، وهو المرور فيها والتوضىء وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحو ذلك، فصارت نظير الطريق بخلاف ما إذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيها (ولو ادعى أرضاً كل) منها يدعى (أنها) أي الأرض (في يده وبرهنا) كذلك (قضى بيدهما) لأن اليد فيها غير مشاهد لتعذر إحضارها، والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي (فإن برهن أحدهما) فقط (أو كان) أحدهما (لبن فيها) أي في الأرض لبناً (أو بنى) فيها (أو حفر) فيها (قضى بيده) أما الأول فلقيام الحجة فإن اليد حق مقصود .

وأما في الصور الباقية فلو جود التصرف، والاستعمال ولو قال أو تصرف فيها بدل أو كان لبن فيها أو بنى أو حفر لكان أشمل، وأقصر تدبر ومن (في يده صبي يعبر عن نفسه) أي يتكلم ويعلم ما يقول (قال أنا حر) وأنكر صاحب اليد (فالقول له) لأنه إن كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند إنكاره إلاً ببينة كالبالغ (وإن قال) هذا الصبي (أنا عبد لفلان) وهو غير ذي اليد (فهو عبد لذى اليد) بالإجماع لأنه لما أقر بكونه رقيقاً لفلان أقر أنه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل بإقرار، ويكون عبداً لذى اليد لا للخارج إلاً بالبينة لا يقال إن الإقرار بالرق ضرر، وكان الواجب أن لا يعتبر في حق الصبي لأن الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض، وتمامه في التبيين فليراجع (وكذا من لا يعبر عن نفسه) إذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكاً لمن هو في يده إن ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة أو حكماً (فلو ادعى الحرية عند كبره، لا يقبل بلا حجة) أي لو كبر وادعى الحرية، فلا يقبل قوله لأنه ظهر عليه الرق، فلا ينقض ذلك إلاً ببينة .

.....
الهرادي، واعلم أن حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعدياً لا يسقط بإبراء ولا صلح أو عفو أو بيع أو إجارة كما في الأشباه من الساقط لا يعود فليحفظ، (وذو بيت من دار) منها بيوت كثيرة (كذي بيوت منها في حق ساحتها) فتنتصف كالطريق بخلاف الشرب فإنه بقدر الأرض (ولو ادعى) أي خارجان (أرضاً كل أنها في يده وبرهنا قضى بيدهما) فتنتصف (فإن برهن أحدهما) على يده (أو كان) تصرف فيها بأن (لبن فيها أو بنى أو حفر قضى بيده) لوجود تصرفه (في يده صبي)، لكنه (يعبر عن نفسه) أي يعلم ما يقول (قال: أنا حر فالقول له) لأنه في يد نفسه كالبالغ، (وإن قال: أنا عبد لفلان) لغير ذي اليد (فهو عبد لذى اليد) لإقراره بعدم يده- (وكذا من لا يعبر عن نفسه) لما ذكرنا (فلو) كبر و (ادعى الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة) لما تقرر أن التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الحرية . وكذا الشبب فلذا عقبه به فقال .

باب دعوى النسب

ولدت مبيعة لأقل من نصف سنة منذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري مع دعوته أو بعدها وكذا لو ادعاه بعد موت الأم أو

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في دعوى النسب لأنَّ الأول أكثر وقوعاً فكان أهم ذكرأً فقدمه (ولدت مبيعة لأقل من نصف سنة) قمرية (منذ بيعت فادعاه) أي الولد (البائع) أي بائع المبيعة، ولو أكثر من واحد (فهو) أي الولد (ابنه) فيثبت نسبه من البائع بدعوته، وإن لم يصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع، والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع إلا مرة كما هو المتبادر، فبهذا اندفع ما قيل من أنه واجب عليه أن يقول مذ بيعت، وقد ملكها سنتين احترازاً عما إذا بيعت مرتين فولدت لأقل من ستة أشهر فإنه حيث لم يتيقن إنَّ العلوق في ملك البائع الأول أو الثاني (وهي) أي الجارية (أم ولده) لأنَّ العلوق وقع في ملكه بيقين (ويفسخ البيع) لعدم جواز بيع أم الولد فيأخذ البائع المبيعة (ويرد الثمن) لعدم سلامة المبيع للمشتري (وإن) وصلية (ادعاه) أي النسب (المشتري مع دعوته) أي البائع (أو) ادعاه المشتري (بعدها) لأنَّ دعوة البائع دعوة استيلاء لكون أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير إذا صل العلوق لم يكن في ملكه، والأول أقوى، وأسبق هذا عندنا، وهو استحسان لأنَّ العلوق لما تصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث أنَّ الظاهر عدم الزناء مع أنَّ النسب مبناه على الخفاء، فيعفي فيه التناقض، والقياس، وهو قول زفر والأئمة الثالثة دعوته باطلة لأنَّ البيع اعتراف منه بأنها أمته، وبالذعوة يكون مناقضاً، وإذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة إلا أن يصدقه المشتري، أما لو ادعى المشتري أولاً ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع لأنَّ النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض كإعتاقه إذ يحمل على أنَّ المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت النسب من البائع (لو ادعاه)

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان: دعوة استيلاء، وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعي ودعوة تحرير بخلافه، والأول أقوى لسبقه، واستنادها لوقت العلوق، واقتصار دعوة التحرير على الحال، وسيوضح (ولدت مبيعة) لم تلد إلا مرة كما هو المتبادر (لأقل من نصف سنة منذ بيعت فادعاه البائع) ولو أكثر من واحد، ذكره القهستاني (فهو ابنه) استحساناً لعلوقها في ملكه قبل بيعها، (و) إذا صحت استندت فتصير (هي أم ولده) خلافاً لزفر والشافعي (ويفسخ البيع ويرد الثمن وإن وصلية) (ادعاه المشتري مع دعوته) أي البائع (أو بعدها) فلو قبلها ثبت نسبه من المشتري وحمل أنه نكحها، واستولدها ثم اشتراها، وأفاد بالفاء إن دعوته قبل الولادة موقوفة فإن ولدت حياً ثبت وإلا فلا كما في الاختيار، ويلازم البائع أنَّ الأمة لو كانت بين جماعة فشرها أحدهم فولدت، فادعوه جميعاً ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلا فلا كما

عتقها ويرد حصته من الثمن في العتق وكل الثمن في الموت وقالوا حصته فيهما ولو ادعاه

أي البائع (بعد موت الأم أو عتقها) أي إن ماتت الأم ثم ادعاه البائع، وقد ولدت للأقل يثبت النسب من البائع، ويأخذ الولد لأن الأصل في ثبوت النسب، هو الولد لا الأم، ولذا تضاف الأم إليه، ويقال أم الولد وتستفيد الأم الحرة من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»^(١) فالثابت لها حق الحرية، وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى فلا يضره فوات التبع.

وكذا لو ادعى البائع الولد المولود لأقل من نصف سنة بعد اعتاق المشتري الأم يثبت نسبه، ويحكم بحريته لا في حق الأم فلا تصير أم الولد للبائع لأن دعوته إن صحت في حق الأم بطل اعتاق المشتري، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان (ويرد حصته) أي حصة الولد (من الثمن في العتق) أي يقسم الثمن على قيمتي الولد والأم ويرد ما أصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما أصاب الأم من القيمة يوم القبض (و) يرد (كل الثمن في الموت) عند الأم لأنه تبين أنه باع أم ولده، وماليتها غير متقومة عنده في العقد، والغصب فلا يضمنها المشتري (وقالوا) يرد (حصته فيهما) أي في العتق، والموت لأنها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ما ذكره يكون رد حصته من الثمن لا حصتها متفقاً عليه إنما الخلاف في الموت، لكن في الدرر وغيره إذا أعتق المشتري الأم أو دبرها يرد البائع على المشتري حصته من الثمن عندهما، وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت.

كذا ذكر في الهداية فعلى هذا إنَّ الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية والمصنف اختار ما ذكر في المبسوط حيث قال: يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق، وفرق على هذا بين الموت والعتق بأنَّ القاضي كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه، ولم يوجد التكذيب في فصل الموت، فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها

في النظم وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشتري البائع، وقال: لم يكن العلوق عندك، كأنَّ القول للبائع بشهادة الظاهر فإن برهن أحدهما فينبته وإن برهننا فينبته المشتري عند الثاني وبينه البائع عند الثالث كما في المنية (وكذا) أي يثبت من البائع أيضاً، (لو ادعاه بعد موت الأم) دون الولد كما يأتي (أو) بعد (عتقها) أي اعتاق المشتري المبيعة ولو عتقا حكماً كما إذا دبرها (ويرد) البائع للمشتري (حصته) أي الولد (من الثمن في) صورة (العتق و) يرد (كل الثمن في) صورة (الموت) عنده (وقالوا) يرد (حصته فيهما) لا حصة الأم. (قلت): وفي البرهان والقهستاني والصحيح من مذهب الإمام أنَّ العتق كالموت، فيرد جميع الحصتين في الصورتين لإقراره بأنها أم ولده، وعليه متن الدرر، والتنوير وعبرة المواهب، ولو ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه، وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته، وقيل: لا يرد حصتها في الإعتاق بالاتفاق وعزاه في البرهان للمبسوط وغيره، انتهى. فقد علمت ما هو الصحيح فتبصر (ولو

(١) أخرجه ابن ماجه (عتق، ٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/١٢٢.

بعد موته أو عتقه ردت ولو ولدت لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين إن صدقة المشتري فالحكم كالأول وإلا فلا يثبت وإن لأكثر من سنتين لا تصح دعوته فإن صدقة المشتري ثبت نسبه وحمل على النكاح، ولا يرد البيع ولا يعتق الولد، وإن باع عبداً ولد

أيضاً كما في الكافي (ولو ادعاه) البائع (بعد موته) أي بعد موت الولد (أو عتقه ردت) دعواه لعدم حاجته إلى النسب بعد الموت.

وكذا بعد عتقه لما ذكرنا أن الولد هو الأصل (ولو ولدت) الجارية المبيعة (لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين) منذ بيعت (إن صدقه المشتري) الدعوة (فالحكم كالأول) يعني يثبت نسبه وأميتها ويفسخ البيع، ويرد الثمن عندنا خلافاً لزفر والشافعي على ما مر (وإلا) أي وإن لم يصدقه المشتري (فلا يثبت) النسب لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فإذا صدقه فقد رضي بإسقاط حقه فيثبت النسب (وإن) ولدت (لأكثر من سنتين) منذ بيعت (لا تصح دعوته) لأنه لم يوجد اتصال العلوي بملكه وهو الأصل (فإن صدقه المشتري) البائع (ثبت نسبه) أي نسب الولد (وحمل على النكاح، ولا يرد البيع ولا يعتق الولد) ولا تصير الأمة أم ولد لحدوث العلوق بعد البيع، ولا يستند على ما قبله حتى لزم بطلان ادعاه بعد موته أو عتقه ردت) دعوته في صورتين لفوات الأصل (ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من نصف سنة) مذ بيعت.

وكذا لنصف سنة كما في الخلاصة وغيرها (وأقل من سنتين) بهذا القيد تصير الأحكام ثلاثة فافهم، (إن صدقه المشتري فالحكم كالأول) ويحمل على العلوق قبل بيعه حيث صدقه (وإلا) يصدقه (فلا يثبت) لاحتمال أن يكون العلوق في ملكه فلا بد من تصديقه، وهذا حكم ثاني (و) الحكم الثالث (إن) ولدت (لأكثر من سنتين) مذ بيعت (لا تصح دعوته) لوقوع الشك في العلوق (فإن صدقه المشتري) في هذه الصورة (ثبت نسبه) لزوال المانع (وحمل على) أنه استولدها بحكم (النكاح) حملاً لأمره على الصلاح (ولا يرد البيع) في هذه الصورة ولا تصير الأم أم ولد للبائع (ولا يعتق الولد) بل يبقى عبداً للمشتري، وتصح دعوة المشتري، ولو ادعاه لم تعتبر دعوة أحدهما للشك بلا فرق بين مسلم وذمي وحر ومكاتب.

وكذا لو ادعاه في الصورة الثانية فالقول للمشتري اتفاقاً.

وكذا لو برهنا عند الثاني خلافاً للثالث، ولو ولدت عند المشتري ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر للأكثر، ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشتري، كما في شرح المجمع قبيل الشهادة، ولو برهن كل من اثنين خارجين على ذي يد أن هذا عبده، ولد من عبده وأمه كان لهما، ونسبه يثبت من الأمتين كالعبدین، وهذا عنده وقصراه على العبدین كما في المواهب. (قلت): ولم يذكر ما لو كثروا والتعلل بالتعويل على الحجة يفيد الاتحاد فراجع لتبليغ المراد، (وإن باع عبداً) قد

عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتره من آخر صحت دعوته ورد بيع مشتره، وكذا لو كاتبه المشتري أو كاتب أمه أو رهن أو أجر أو زوجها ثم كانت الدعوة صحت ونقضت هذه التصرفات ولو باع أحد توأمين، ولدا عنده فأعتقه مشتره، ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري ومن في يده صبي لو قال هو ابن زيد ثم قال هو ابني لا يكون ابنه وإن جحد زيد بنوته وعندهما يصح أن جحد ولو كان في يد مسلم وذمي،

بيعه، والأمة أم ولد لبائعه بملك نكاح بأن ملكها، ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح (وإن باع عبداً ولد عنده) أي عند البائع وكان العلوق أيضاً عنده (ثم ادعاه بعد بيع مشتره) من آخر (صحت دعوته) ويكون هو ابنه (ورد بيع مشتره) لأن اتصال العلوق بملكه كالبينة، والبيع يحتمل النقص، وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله (وكذا) الحكم (لو كاتبه) أي الولد (المشتري أو كاتب) المشتري (أمه أو رهن) الولد لو أمه (أو أجر) الولد أو أمه (أو زوجها) أي الأم (ثم كانت الدعوة صحت) أي دعوته (ونقضت هذه التصرفات) لأن هذه العوارض يحتمل النقص فينتقض ذلك كله، وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق، والتدبير لأنهما لا يحتملان النقص على ما مر (ولو باع أحد توأمين، ولدا عنده فاعتقه مشتره، ثم ادعى البائع) التوأم (الآخر ثبت نسبهما منه) لأنهما خلقا من ماء واحد (وبطل عتق المشتري) إذ ثبت نسب أحدهما يستلزم نسب الآخر هذا إذا كان أصل العلوق في ملك البائع وإن لم يمكن في ملكه يثبت نسبهما منه عند تصديق المشتري، ولا يبطل عتق المشتري ولا ينتقض بيع البائع لأن هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته (ومن في يده صبي) لا يعبر عن نفسه (لو قال هو ابن زيد) أو هو ابن عبد فلان الغائب (ثم قال هو ابني لا يكون ابنه) أي ابن ذي اليد (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) عند الإمام لأن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه، ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم (وعندهما يصح إن جحد) زيد بنوته، وهو ابن ذي اليد لأن الإقرار ارتد بالرد فصار كأن

ولد عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتره صحت دعوته ورد بيع مشتره) لعلوقه في ملكه (وكذا) الحكم (لو كاتبه) أي الولد (المشتري أو كاتب أمه أو رهن أو أجر أو زوجها) عبارة الدرر بخطه رحمه الله بلفظ، ثم وهو من سهو القلم، كما لا يخفى (ثم) بعد ذلك (كانت) هذه (الدعوة صحت) دعوته (ونقضت هذه التصرفات) بخلاف الإعتاق على ما مر (ولو باع أحد توأمين ولداً عنده) يعني علوقاً وولداً عند البائع (فأعتقه مشتره ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما منه) من البائع (وبطل عتق المشتري) بأمر فوقه، وهو حرية الأصل لأنهما عتقا في ملكه حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر. (قلت): وحيلة إسقاط دعوة البائع أن يقر بأنه ابن عبده فلان، فلا تصح دعواه أبداً كما في المجتبى وإليه يشير قوله (ومن في يده) أو يد غيره (صبي لو قال هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابني لا يكون ابنه) أبداً (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) عنده لأن النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته، وقد تعلق به حق الغير (وعندهما يصح إن جحد) زيد بنوته. (قلت): وقد كررها متلا خسرو في الفصل بعده وسها

فادعى المسلم رقه والكافر بنوته فهو حر ابن الكافر ولو كان في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما ولو استولد مشتراته ثم استحقت فالولد

لم يكن والإقرار بالنسب يرتد بالرد، وإن كان لا يحتمل النقص، وفي الدرر نقلاً عن العمادية، ولو قال الصبي: هذا الولد مني ثم قال ليس مني، ثم قال هو مني يصح إذ بالإقرار بأنه مني تعلق حق المقر والمقر له.

أما حق المقر له فإنه ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقاً من ماء الزنى فإذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك إبطال حق الولد، فإذا عاد إلى التصديق يصح ولو قال: هذا الولد مني ثم قال: ليس مني لا يصح النفي لأن النسب ثبت، وإذا ثبت لا ينتفي بالنفي وهذا إذا صدقه الابن، أما بغير التصديق فلا يثبت النسب لأنه إقرار على غير بأنه جزئي لكن إذا لم يصدقه الابن، ثم عاد إلى التصديق يثبت النسب لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب، ولو أنكر الأب الإقرار فأقام الابن البينة أنه أقر أي ابنه تقبل، والإقرار بأنه ابنه مقبول لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه، أما الإقرار بأنه أخوه لا تقبل لأنه إقرار على الغير (ولو كان) الصبي (في يد مسلم وذمي، فادعى المسلم رقه و) ادعى (الكافر بنوته فهو حر ابن الكافر) لأن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لأن النظر للصبي واجب، ونظرة فيما ذكرنا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً، وشرف الإسلام مآلاً إذ دلالات الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية إذ ليس في وسعه اكتسابها، وتمامه في العناية فليطالع، قيل مسلم أيضاً حالاً بحكم الإسلام لا عبد لمسلم، هذا إذا ادعى معاً وإن سبق دعوى المسلم كان عبداً له، وإن ادعى البنوة كان ابناً لمسلم لحصول الإسلام حالاً (ولو كان) الصبي (في يد زوجين فزعم) الزوج (أنه ابنه من غيرها وزعمت) الزوجة (أنه ابنها من غيره فهو) أي الولد (ابنهما) لأن كلاً منهما أقر للولد بالنسب وهو في أيديهما، ثم يريد كل منهما إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه، والمراد من الصبي الصبي الغير المعبر وإلا فهو لمن صدقه (ولو استولد مشتراته) يعني لو اشترى أمة فولدت منه وادعاه (ثم

العمادي وغيره، وفيه كلام ذكرت المهم منه فيما علقه على التنوير (ولو كان) أي صبي (في يد مسلم وذمي) فادعى المسلم رقه، والكافر بنوته فهو حر ابن الكافر لنيله الحرية حالاً والإسلام مآلاً بنفسه، وهذا إذ ادعاه معاً فلو سبق دعوى المسلم كان عبداً له، ولو ادعى البنوة كان ابناً للمسلم إذ القضاء بنسبته من المسلم قضاء بإسلامه. (قلت): وقد جزم ابن الكمال بأن ابن الكافر يكون مسلماً لأن حكمه حكم دار الإسلام وعزاه للتحفة فليحفظ (ولو كان في يد زوجين فزعم) بأن قال (أنه ابنه من) امرأة (غيرها وزعمت أنه ابنها من) رجل (غيره فهو ابنهما) إن ادعى معاً عملاً بالظاهر وإلا ففيه تفصيل، ذكره ابن الكمال، وهذا هو غير معبر وإلا فهو لمن صدقه، ذكره في الدرر (ولو استولد مشتراته) أي من

حر وعلى الأب قيمته يوم الخصومة فإن مات الولد فلا شيء على أبيه وتركته له وإن قتله الأب غرم قيمته وكذا إن قتله غيره فأخذ ديتة ويرجع بقيمته وبالثلثين على بائعه لا بالعقر.

استحقت) الأمة بدعوى مستحق (فالولد حر) وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان كالإرث والهبة والوصية وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت له، فاستحقت كما في أكثر المعتربات فعلى هذا لو قال، ولو ملك أمة بأي سبب كان لكان أشمل (وعلى الأب قيمته) أي قيمة الولد بإجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، ولأن النظر من الجانبين واجب، فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه، ورفيقاً في حق مدعيه نظراً لهما (يوم الخصومة) لأنه يوم المنع كولد المغصوبة (فإن مات الولد) قبل الخصومة إذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلا شيء على أبيه) لانعدام المنع (وتركته له) أي تكون تركة الولد ميراثاً لأبيه سواء كان قبل الخصومة أو بعدها لكونه حر الأصل إذ الولد في حياته أحق بماله فيكون الأب أحق بعد وفاته، لأنه خلفه (وإن قتله الأب غرم قيمته) لتحقق المنع من الأب بقتله (وكذا إن قتله غيره) أي غير الأب (فأخذ ديتة) أي أخذ الأب مقدار قيمة الولد لأن سلامة بدله كسلامته، ومنع بدله كمنعه، فيغرم قيمته كما إذا كان حياً (ويرجع) المشتري (بقيمته) أي قيمة الولد التي ضمنها (وبالثلثين) أي ثمن الجارية (على بائعه) لأن البائع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع إذ الغرور يشمل سلامة جميع أجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذي أخذ منه المستحق لأنه بدل استيفاء منفعة البضع، وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته، وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالعقر أيضاً، ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني، ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثلثين وبقيمة الولد، والمشتري الأول على البائع الأول بالثلثين، ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الإمام، وقالوا يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً. وفي الدرر ادعى العصوبة وبين النسب، وبرهن الخصم أن النسب بخلافه إن قضى بالأول لم يقض به وإلا تساقطاً للتعارض

ملكها بأي سبب كان أو تزوجها على أنها حرة (ثم استحقت فالولد حر) الأصل لأنه ولد المغرور (و) حيثئذ (على الأب) عقراها (وقيمته يوم الخصومة) لو حياً (فإن مات الولد) قبل الخصومة (فلا شيء على أبيه) لعدم المنع منه (وتركته) إرثاً (له) أي لأبيه لحرته في حقه (وإن قتله الأب غرم قيمته) لوجود المنع (وكذا) أي يغرمها (إن قتله غيره فأخذ) أبوه (ديته) لو قدر قيمته فلو أقل أو أخذ أقل لزمه بقدره، ولو لم يأخذ شيئاً لا شيء عليه، ذكره العيني وغيره فليحفظ (ويرجع) في الصورتين (بقيمته) التي ضمنها (وبالثلثين) للجارية ولو هالكة (على بائعه) أي بائع الولد ببیع أمه (لا) يرجع (بالعقر) الذي أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعتها.

وكذا لو استولدها المشتري الثاني لكن إنما يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثلثين فقط، كذا في المواهب وفيه خلافهما. (تنبيه): التناقض في موضع الخفأ عفو كحرية وعق، فلو شرى جارية

.....

وعدم الأولوية، برهن أنه ابن عمه لأبيه وأمه، وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط أو على إقرار الميت به أي بأنه ابن عمه لأمه فقط كان دفعاً قبل القضاء بالأول لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الأول، ادعى ميراثاً بالعصوبة فدفعه أن يدعي خصمه قبل الحكم إقراره مفعول يدعي بأنه من ذوي الأرحام إذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض انتهى .

.....

فادعت أنها حرة الأصل، وقضى به بإقراره أو نكوله لم يرجع بالثمن، فلو حضر البائع وأنكر حريتها فبرهن المشتري على حريتها ليرجع بثمنها قبل كما في التارخانية، وفيها أيضاً قال لا حق لي قبل فلان ثم ادعى عيناً في يده لا تسمع انتهى .