

«مَنْ يُرِدِ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهُهُ فِي الدِّينِ» .

(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ

(تقدم حجة خارج في ملك مطلق).

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث، وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين، وحيث لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب، فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز في أوائل كتاب الدعوى. وقلت: ولعل صاحب الدرر إنما أخرجها إلى هذا المقام مقتضياً في ذلك أثر صاحب الوقاية، لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فائحة لمسائله وإن لم تكن منه: عزمي. قوله: (تقدم حجة خارج) هو الذي لم يكن ذا يد والخارج المدعي؛ لأنه خارج عن يده فأسند إلى المدعي تجوّزاً، وإنما قدمت بينة الخارج؛ لأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث، وفيه خلاف الشافعي وإنما كان الخارج مدعياً لصديق تعريفه عليه. قوله: (في ملك مطلق) أي ملك المال، بخلاف ملك النكاح فإن ذا اليد مقدم ولو بلا برهان ما لم يسبق تاريخ الخارج كما سيأتي، وقيد الملك بالمطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتائج، وعن المقيد بما إذا ادعى تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق، فإن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع كما سيأتي. درر: أي ولم يلزم انتقاض مقتضى القسمة لأن قبول بينة ذي اليد إنما هو من حيث ما ادعى من زيادة النتائج وغيره، فهو مدع من تلك الجهة، والمراد بالقبض التلقي من شخص مخصوص مع قبضه، فلا يرد ما قيل كون المدعي في يد القابض أمر معانين لا يدعيه ذو اليد فضلاً عن إقامة البينة عليه وقبولها بالإجماع.

فإن قلت: هل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه؟

قلت: لا؛ لأن اليمين إنما يجب عند عجز المدعي عن البينة، وهنا لم يعجز كما في

العناية.

أو ردّ عليه بأن مراد السائل هل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن

البينة؟ وإلا فلا تمثية لسؤاله أصلاً اهـ. يريد به أن الجواب لم يدفع السؤال بل هو باق،

ولم يتصدّ للجواب عنه.

أي لم يذكر له سبب كما مر (على حجة ذي اليد وإن وقت أحدهما فقط) وقال أبو

أقول: الظاهر أن يجب اليمين على الخارج عند عجز ذي اليد عن بيئته فيما إذا ادعى الزيادة؛ لأنه مدع بالنسبة إليها، ولهذا لزم عليه البرهان، فيكون المدعي مدعى عليه بالنسبة إليها فيلزم عليه اليمين عند العجز عن البرهان، وبينه المدعي لم تعمل ما لم تسلم من دفع ذي اليد إذ هو معارض لها، ودعوى ذي اليد لم تسقط بعجزه عن البرهان عليها، بل تتوجه اليمين على من كان في مقابله كما هو شأن الدعوى، فيحلف على عدم العلم بتلك الزيادة، فإن حلف يحكم للمدعي ببيئته لكونها سالمة عن المعارض، وإن نكل يكون مقراً أو باذلاً فيمنع ويبقى المدعى في يد ذي اليد. نعم لا يجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد لو ترك دعواه لعدم كونه ذا يد، لا لقصور في كون ذي اليد مدعياً فيما ادعاه كما توهمه صاحب التكملة، هذا هو التحقيق تدبر. عبد الحلیم قوله: (أي لم يذكر له سبب) أي معين، أو مقيد بتاريخ كما سيأتي، وكذا لو ذكر له سبب يتكرر، فإن ذكر له سبب لا يتكرر قدم بيئته ذي اليد كما يأتي أيضاً، ومن هذا القبيل ما في منية المفتي: أقام بيئته على عبد في يد رجل أحدهما بغضب والآخر بوديعة فهو بينهما: أي لأن المدع بالجحود يصير غاصباً.

قال في جامع الفصولين: الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثاً من واحد فذو اليد أولى كما في الشراء، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقي الملك من جهة واحدة، فلو ادعيا من جهة اثنين يحكم للخارج، إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد؛ بخلاف ما لو ادعياه من واحد فإنه هنا يقضي لذي اليد، إلا إذا سبق تاريخ الخارج. والفرق في الهداية: ولو كان تاريخ أحدهما أسبق فهو أولى؛ كما لو حضر البائعان وبرهننا وأرخنا وأحدهما أسبق تاريخاً والمبيع في يد أحدهما يحكم للأسبق اه من الثامن، وتماه فيه.

وفي الأشباه قبيل الوكالة: إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذو اليد إلا في مسألتين في الخزانة.

الأولى: لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد بيئته أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج.

الثانية: لو كان ذو اليد ذمياً والخارج مسلماً فبرهن الذمي بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار، ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقاً اه. قوله: (وإن وقت أحدهما فقط)، «إن» وصلية ومقتضاها العموم: أي إن لم يوقتا أو وقتاً متساوياً أو مختلفاً أو وقت أحدهما وعليه مواخذة، وهو أنه إذا وقتا واختلف تاريخهما فالعبرة للسابق منهما على ما تقدم، لأن للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق إذا كان من الطرفين عند أبي حنيفة، ووافقاه في رواية، وخالفاه في أخرى، فكان عليه أن يقول

يوسف: ذو الوقت أحق، وثمرته فيما لو (قال) في دعواه (هذا العبد لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد لي منذ سنة قضى للمدعي) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يجد التاريخ من الطرفين فقضى بينة الخارج. وقال أبو يوسف: يقضى للمؤرخ

إن لم يوقتا أو وقتا وأحدهما مساو للآخر أو وقت أحدهما فقط. قال في الغرر: حجة الخارج في الملك المطلق أولى، إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق قوله: (وقال أبو يوسف: ذو الوقت أحق) أي فيما لو وقت أحدهما فقط؛ لأن التاريخ من أحد الطرفين معتبر عنده.

والحاصل: أن الخارج في الملك المطلق أولى، إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق. قوله: (وثمرته) أي ثمرة الخلاف المعلوم من المقام. قوله: (هذا العبد لي) تقدمت المسألة متناً قبيل «السلم». قوله: (تاريخ غيبة) أي غيبة العبد عن يده؛ لأن قوله: (منذ شهر) متعلق بغاب فهو قيد للغيبة. قوله: (منذ سنة) متعلق بما تعلق به. قوله: (لي) أي ملك لي منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ، والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين. قوله: (فلم يوجد التاريخ) أي تاريخ الملك. قوله: (من الطرفين) بل وجد من طرف ذي اليد والتاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند الإمام، فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى بينة الخارج. قوله: (وقال أبو يوسف) أي فيما لو وقت أحدهما فقط. قوله: (ولو حالة الانفراد) أي قال أبو يوسف: يقضى للمؤرخ سواء أرخا معاً^(١) وكذا لو أرخا حالة الانفراد؛ لأن التاريخ حالة الانفراد معتبر عنده، والحكم فيما لو أرخا معاً أولى بالحكم حالة الانفراد لأنه متفق عليه، والثاني مذهبه فقط كما هي القاعدة في «لو» الوصلية: أي الحكم في المقدر قبلها أولى بالحكم مما بعدها، والمراد بما إذا أرخا معاً سبق تاريخ أحدهما. أما لو استوى تاريخهما فهو كما لو لم يؤرخا لتساقطهما، والفقهاء يطلقون العبارة عند ظهور المعنى، وحيثئذ فقول بعض المحشين: الأولى إسقاط «لو» لأن الكلام في حالة الانفراد، وكلامه ينحل أنه يقضى للمؤرخ حال صدور التاريخ منهما. وفي حالة الانفراد ولا معنى للقضاء للمؤرخ فيما إذا أرخا لتحقيقه منهما بل القضاء للسابق اه غير لازم؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله. قوله: (كذا في جامع الفصولين) حيث قال استحق حماراً فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار؟ فقال: منذ سنة، فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق لأنه أرخ غيبته لا الملك والبائع أرخ الملك ودعواه دعوى المشتري لتلقيه من جهته، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين، غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبي حنيفة، فبقي دعوى الملك المطلق فحكم للمستحق.

أقول: يقضى بها للمؤرخ عند أبي يوسف؛ لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اه

(١) في ط (قوله سواء أرخا معاً الخ) هكذا بالأصل، ولعل الظاهر أو أرخا حالة الانفراد.

ولو حالة الانفراد، وينبغي أن يفتى لأنه أوفق وأظهر. كذا في جامع الفصولين.
وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شيء

ملخصاً. قوله: (وأقره المصنف) وناقشه الخير الرملي بأن صاحب الفصولين ذكره في الفصل الثامن عشر، وقدم في الثامن الصحيح المشهور عن الإمام أنه لا عبرة للتاريخ في الملك المطلق حالة الانفراد، وحاصله أن صاحب الفصولين في الثامن في دعوى الخارجين نقل أن الصحيح المشهور عن الإمام عدم اعتباره حالة الانفراد وفي الثامن عشر في الاستحقاق قال: ينبغي أن يفتى بقول أبي يوسف من اعتباره لأنه أوفق وأظهر، وما ذكره الفقيه في بابه أولى بالاعتبار، وهو ما ذكره في الثامن، ولا سيما أنه نقله جازماً به وأقره، والثاني في غير بابه وعبر عنه بينبغي مع ما قالوا أنه يفتى بقول الإمام قطعاً، ولا سيما إذا كان معه غيره كما هنا فإنه وافقه محمد. تأمل. قوله: (ولو برهن خارجان على شيء) يعني: إذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية، وأطلقه فشمّل ما إذا ادعى الوقف في يد ثالث فيقضى بالمعيار نصفين لكل وقف النصف، وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف، ولهذا قال في القنية: دار في يد رجل أقام عليه رجل بينة أنها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف المسجد: فإن أرخا فهي للسابق منهما، وإن لم يؤرخا فهي بينهما نصفين اهـ. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي ذو اليد الملك فيها أو الواقف على جهة أخرى.

مَطْلَبُ: دَعْوَى الْوَقْفِ مِنْ قَبِيلِ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ

والحاصل: أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق، ولهذا لو ادعى وقفية ما في يد آخر وبرهن فدفعه ذو اليد بأنه مودع فلان ونحوه وبرهن فإنها تندفع خصومة المدعي كما في الإسعاف، فدعوى الوقف داخل في المسألة الخمسة، وكما تقسم الدار بين الوقفين كذلك لو برهن كل على أن الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فإنها تكون بينهما نصفين، لما في الإسعاف من باب إقرار الصحيح بأرض في يده أنها وقف: لو شهد اثنان على إقرار رجل بأن أرضه وقف على زيد ونسله وشهد آخرون على إقراره بأنها وقف على عمرو ونسله تكون وقفاً على الأسبق وقتاً إن علم، وإن لم يعلم أو ذكروا وقتاً واحداً تكون الغلة بين الفريقين أنصافاً، ومن مات من ولد زيد فنصيبه لمن بقي منهم، وكذلك حكم أولاد عمرو. وإذا انقرض أحد الفريقين رجعت إلى الفريق الباقي لزوال المزاحم اهـ. وقيد بالبرهان منهما، إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل، فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل؛ لأن المقضي له صار ذا يد بالقضاء له، وإن لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه، ولو لم يبرهنها حلف صاحب اليد، فإن حلف لهما ترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها،

قضى به لهما، فإن برهننا في دعوى (نكاح سقطا) لتعذر الجمع لو حية، ولو ميتة
قضى به بينهما، وعلى كل نصف المهر،

وإن نكل لهما جميعاً يقضى به بينهما نصفين، ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البيينة أنه ملكه
لا تقبل، وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بيينة أنها ملكه لا تقبل لكونه
صار مقضياً عليه. بحر. لكن قدمنا عن الأشباه أنها تسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول
كما في الخانية، ونقلنا عن محشيها الحموي ما يخالف ما ذكر من أن المدعى عليه لو نكل
عن اليمين للمدعي وقضى عليه بالنكول ثم إن المقضى عليه أقام البيينة أنه كان اشترى هذا
المدعي من المدعى قبل دعواه لا تقبل هذه البيينة، إلا أن يشهد أنه كان اشتراه منه بعد
القضاء، وقدمنا أنه كما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضاً، وكذا يصح قبل
الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، ولعل ما مشى
عليه صاحب البحر هنا مبني على القول الآخر المقابل للقول المختار. تأمل. قوله: (قضى
به لهما) لما روي عن أبي موسى «أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا بَعْضُهَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَبَعَثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشَاهِدَيْنِ، فَقَسَمَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ» رواه أبو داود، ولأن البيينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما
أمكن، وقد أمكن هنا؛ لأن الأيدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة، فيعتمد
كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما. وتامه
في الزيلعي. قوله: (فإن برهننا في دعوى نكاح) أي معاً لأنه لو برهن مدعي نكاحها
وقضى له به ثم برهن الآخر على نكاحها لا يقبل، كما في الشراء إذا ادعاه من فلان
وبرهن عليه وحكم له به ثم ادعى آخر شراءه من فلان أيضاً لا يقبل، ويجعل الشراء
المحكوم به سابقاً، ولا وجه للتفريع، فالأولى الإتيان بالإلا الاستثنائية. قوله: (سقطا)
الضمير للخارجين، فلو أحدهما خارجاً والآخر ذا يد فالخارج أحق بقياساً على الملك،
وقيل ذو اليد أولى على كل حال، ويأتي تمامه قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (لتعذر
الجمع) أي اجتماع الزوجين على زوجة واحدة فإنه متعذر شرعاً؛ لأن النكاح لا يقبل
الاشتراك فتهاتر البيتان ويفرق القاضي بينهما حيث لا مرجح، وإن كان ذلك قبل
الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر. قوله: (لو حية) أي هذا الحكم
كما ذكر لو حية، ولو ميتة قضى به: أي بالنكاح بينهما سواء أرخا واستوى تاريخهما أو
أرخ أحدهما فقط أو لم يؤرخا، وفائدة القضاء تظهر فيما يترتب عليه، ولا يلزم جمع على
وطء؛ لأنه حيثئذ دعوى مال وهو الميراث، أو دعوى نسب، ويمكن ثبوته منهما كما هو
المعروف في المذهب، وسيأتي في باب دعوى النسب أنهما لو ادعيا نسب مجهول كان ابنهما
بتصديقه، وهنا ثبوت الفراش يقوم مقام التصديق. قوله: (وعلى كل نصف المهر) ولو
مات قبل الدخول، لأن الموت متمم للمهر.

ويرثان ميراث زوج واحد ولو ولدت يثبت النسب منهما. وتمامه في الخلاصة (وهي لمن صدقته

فإن قلت: كل منهما مدعي الزوجية معترف بأن عليه المهر كاملاً فينبغي أن يلزمه ذلك المسمى إن أثبت تسميته، وإلا فمهر المثل. فالجواب أنه لما قضى بدعوى رقيقه في النصف صار مكذباً شرعاً بالنسبة إلى نصف المهر فوجب عليه النصف فقط. قوله: (ويرثان ميراث زوج واحد) لأنه داخل تحت أول المسألة، فإن كلاً منهما يدعي الميراث كاملاً فينصف بينهما. قوله: (ولو ولدت) أي الميتة قبل الموت، وظاهر العبارة أنها ولدت بعده، ولكن لينظر هل يقال له ولادة؟ استظهر بعض الفضلاء عدم اتصاف الميتة بالولادة الحقيقية، وأن المراد بالولادة انفصال الولد منها بنفسه أو غيره من الأحياء. قوله: (يثبت النسب منهما) أي لو ادعى بعد الموت أنها كانت زوجة لهما قبل الولادة أو ولدت بعد الموت وقد ادعى كل منهما أنها زوجته. قوله: (وتمامه في الخلاصة) وهو أنهما يرثان منه ميراث أب واحد ويرث من كل منهما ميراث ابن كامل. منح. وما لو كان^(١) البرهانان بلا تاريخ أو بتاريخ مستو أو من أحدهما كما في الخلاصة.

وفي المنية: ولا يعتبر فيه الإقرار واليد، فإن سبق تاريخ أحدهما يقضى له، ولو ادعى نكاحها وبرهنها ولا مرجح ثم ماتا فلها نصف المهر ونصف الميراث من كل منهما، ولو ماتت قبل الدخول فعلى كل واحد منهما نصف المسمى؛ ولو مات أحدهما فقالت هو الأول لها المهر والميراث. مقدسي عن الظهيرية. قوله: (وهي لمن صدقته) أي إن لم يسبق تاريخ الآخر، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها، إلا إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى، ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى، لأن الصريح يفوق الدلالة. زيلعي.

وفي البحر عن الظهيرية: لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر فصاحب البيت أولى، وأطلق في التصديق فشمّل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له. قال في التبيين: حاصله أنهما إذا تنازعا في امرأة وأقاما البينة. فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان أولى، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما: فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان أولى، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة.

وفي البحر: والحاصل أن سبق التاريخ أرجح من الكل، ثم اليد، ثم الدخول، ثم الإقرار، ثم ذو التاريخ اهـ.

(١) في ط (قوله وما لو كان الخ) هكذا بالأصل.

إذا لم تكن في يد من كذبتة ولم يكن دخل) من كذبتة (بها) هذا إذا لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق بها) فلو أرخ أحدهما فهي لمن صدقته أو لذي اليد. بزازية.

قلت: وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما، ولم أر من نبه على

ثم اعلم أن بعضهم عبر بإقرارها وبعضهم بتصديقها، فالظاهر أنهما سواء هنا، ولكن فرقوا بينهما فقال الزيلعي في باب اللعان: فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه. وفي بعض نسخ القدوري: أو تصدقه فتحد، وهو غلط لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات، لأن التصديق ليس بإقرار قصداً لكنه إقرار ضمناً، فلا يعتبر في حق وجوب الحد، ويعتبر في درته فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد. وتقدم في حد القذف أنه لو قال لرجل يازاني فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق، ولو قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضاً. وإنما وجب في الثانية للعموم في كاف التشبيه لا للتصديق، فعلم بهذا أن الحد لا يجب بالتصديق.

قال في البزازية: قال لي عليك كذا فقال صدقت يلزمه إذا لم يقل على وجه الاستهزاء ويعرف ذلك بالنغمة. فهو صريح فيما ذكرنا.

وأقول: لو اختلفا في كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء يمينه، والظاهر أنه على نفي العلم لا على فعل الغير. تأمل.

وفي شرح أدب القضاء: وإن شهدا عليه فقال بعد ما شهدا عليه: الذي شهد به فلان عليّ هو الحق ألزمه القاضي ولم يسأل عن الآخر لأن هذا إقرار منه، وإن قال قبل أن يشهدا عليه: الذي يشهد به فلان عليّ حق أو هو الحق فلما شهدا قال للقاضي سل عنهما فإنهما شهدا عليّ بباطل وما كنت أظنهما يشهدان لم يلزمه وسأل عنهما لأنه إقرار معلق بالخطر فلا يصح. قوله: (إذا لم تكن في يد من كذبتة) فلو وجد أحدهما لا يعتبر قولها كما علمت. قوله: (ولم يكن دخل من كذبتة بها) لأن الدخول صار ذا يد، وذلك دليل سبق عقده ظناً بالمسلم خيراً وحلاً لأمره على الصلاح، ولأهل الذمة ما لنا في المعاملات. قوله: (هذا إذا لم يؤرخا) مثل عدم التأريخ منهما إذا أرخا تاريخاً مستويماً أو أرخ أحدهما. بحر. قوله: (فالسابق أحق بها) أي وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد أو دخل بها لأنه لا يعتبر مع السابق وضع يد ولا دخول لكونه صريحاً وهو يفوق الدلالة كما علمت. قوله: (فهي لمن صدقته) إن لم يكن لأحدهما يد: أي أو دخول. قوله: (أو لذي اليد) أي إن كانت يد، ولا يعتبر تصديق معه: أي إن أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد. قوله: (وعلى ما مر عن الثاني) أي من أنه يقضي للمؤرخ حالة الانفراد على ذي اليد فيقضي هنا للمؤرخ، وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبي يوسف، وقدمنا عن الزيلعي أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى، وسيأتي متناً. قوله: (ولم أر من نبه على

هذا فتأمل (وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له، وإن برهن الآخر قضى له، ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذي يد ظهر نكاحه، إلا

هذا) ذكره في البحر بحثاً حيث قال: فالحاصل كما في البزازية أنه لا يترجح أحدهما إلا بسبق التاريخ أو باليد أو بإقرارها بدخول أحدهما اهـ. وكان ينبغي أن يزيد أو بتاريخ من أحدهما فقط كما علمته اهـ. ولعل وجه عدم التنبيه أنهما إذا أرخ أحدهما وللآخر يد فاليد دليل على العقد والتاريخ ليس بدليل عليه. قوله: (فتأمل) أي هل يجري قوله هنا ويعتبر التاريخ من جانب واحد أو لا يعتبر احتياطاً في أمر الفروج، والذي يظهر الثاني فراجعه. قوله: (وإن أقرت) أي المرأة لمن لا حجة له فهي له لما عرفت من أن النكاح يثبت بتصادق الزوجين. قوله: (وإن برهن الآخر) أي بعد الحكم للأول بموجب الإقرار، والأولى أن يقول: فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرت له، ثم إن برهن الآخر قضى له. قوله: (قضى له) لأنه أقوى من التصادق، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالعاينة ويثبت في حق الكل، بخلاف الإقرار فإنه حجة قاصرة يثبت في حق المقر فقط، بإقرارها إنما نفذ عليها لا على من أقام البرهان على أنها زوجته، وإنما قلنا في حق الكل لأن القضاء لا يكون على الكافة إلا في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولكن في النكاح شرط هو أن لا يؤرخا، فإن أرخ المحكوم له ثم ادعاهما آخر بتاريخ أسبق فإنه يقضى له ويبطل القضاء الأول، ويشارك ذلك أيضاً في الحرية الأصلية كما في البحر. وقوله: (ولكن في النكاح الخ): أي القضاء في النكاح إنما يكون على الكافة إذا لم يؤرخا، ويحمل على ما إذا ترجحت بينته بمرجح آخر غير التاريخ كالقبض والتصديق، وإلا فلا يتصور القضاء له لاستوائهما في عدم التاريخ. قوله: (لم يقض له) لتأكد الأول بالقضاء. قوله: (إلا إذا ثبت سبقه) أي سبق الخارج بالتاريخ بأن أرخ الأول تاريخاً مع البرهان وأرخ الثاني تاريخاً سابقاً وأقام البرهان فإنه يقدم.

قال المقدسي: ونظيره الشراء من زيد لو حكم به ثم ادعاه آخر من زيد وبرهن، وكذا النسب والحرية بخلاف الملك المطلق اهـ: يعني الحكم فيه لمن برهن بعد الحكم لآخر وإن لم يثبت السبق. قوله: (لأن البرهان مع التاريخ) أي السابق بدليل ما قال في المتن «إلا إذا ثبت سبقه» ولأن من المعلوم أنه إنما يكون أقوى بالسبق. قوله: (أقوى منه بدونه) أي بدون التاريخ السابق.

وصورة المسألة: ادعى أنه تزوجها العام وأقام بينة على ذلك فقضى له ثم ادعى آخر نكاحها قبل العام تسمع ويقضى له لسبقه، لأن السبق لا يتحقق إلا عند التاريخ منهما، لكن لما كان الثاني سابقاً فكان الأول لم يؤرخ أصلاً. قوله: (ظهر نكاحه) أي ثبت نكاحه وظهوره إنما يكون بالبينة. وفيه إشارة إلى أن ذا اليد لو برهن بعد ما قضى للخارج

إذا ثبت سبقه) أي إن نكاحه أسبق .

يقبل . وقال بعضهم : إن لم يقض له . قوله : (إلا إذا ثبت سبقه) أي سبق نكاحه : أي سبق الخارج بالتاريخ فإنه يقدم على ما علم مما ذكرناه من الحاصل عن التبيين والبحر ، وقد تبع المصنف صاحب الدرر في ذكر هذه العبارة . وقال الشرنبلالي : وهي موجودة في النسخ بصورة المتن ، ولعله شرح إذ ليس فيه زيادة على المتقدم اهـ .

واعلم أنه إذا ادعى نكاح صغيرة بتزويج الحاكم لا تسمع إلا بشروط : أن يذكر اسم الحاكم ونسبه وأن السلطان فوض إليه التزويج وأنه لم يكن لها ولي كما في البزازية .

ثم اعلم : أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل ، هكذا في الظهيرية والعمادية والولولاجية والبزازية وغيرها . وفرعوا على الأول ما لو برهن الوارث على موت مورثه في يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكحها بعد ذلك اليوم يقضي لها بالنكاح ، وعلى الثاني لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت امرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا تقبل . وعلى هذا جميع العقود والمداينات . وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه كان مات قبل هذا بزمان لا يسمع ، ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعاً لدخوله تحت القضاء ، هذه عبارة البزازية . وزاد الولولاجي موضحاً لدعوى المرأة النكاح بعد ثبوت القتل في يوم كذا . بقوله : ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ ، فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل اهـ .

أقول : وجه الشبه بين المسألتين أن تاريخ برهان المرأة على نكاح المقتول مخالف لتاريخ القتل ، إذ لا يتصور بعد قتله أن ينكح ، كما أن نكاح الثانية له يوم النحر بخراسان لا يتصور مع نكاح الأولى له يومه بمكة فهو مخالف من هذه الحيثية ، فأشبهت هذه المسألة الأولى في المخالفة ، وكل من النكاح والقتل يدخل تحت الحكم فتأمل .

وفي الظهيرية : ادعى ضيعة في يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثاً لفلانة لا وارث له غيرها ، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثاً لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المقضي عليه دفعاً للدعوى إن فلانة التي تدعي أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة اختلفوا . بعضهم قالوا : إنه صحيح ، وبعضهم قالوا : إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اهـ . وإذا كان الموت مستفيضاً علم به كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل لا يقضى له ولا يكون بطريق أن القاضي قبل البينة على ذلك الموت بل يكون بطريق التيقن بكذب المدعي .

(وإن) ذكرنا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذي يد فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما لم يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء، فلو قبله فله (وهو) أي ما ادعى

قال في التاترخانية: في الفصل الثامن في التهاتر نقلاً عن الذخيرة: فيما لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فأقام الشهود أنه: أي القاضي مات في سنة كذا الخ أنه لا يقضي به إلا إذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضاً اهـ مع غاية الاختصار، فراجع إن شئت، والله تعالى الموفق. وتام التفاريع على هذه المسألة في جامع الفصولين ونور العين والبحر وغيرها، وقد مر تحقيقه في فصل الحبس فراجع إن شئت. قوله: (وإن ذكرنا) هو مقابل لقوله وإن برهن الخارجان معطوف عليه: أي إن برهنا على مطلق الملك فقد تقدم حكمه: وإن ذكرنا سبب الملك فحكما هذا. قوله: (بأن برهنا على شراء شيء من ذي يد) مثله ما إذا برهن الخارجان على ذي يد أن كلاً أودعه الذي في يده فإنه يقضي به بينهما نصفين، وكذا الإرث، فلو ادعى كل من خارجين الميراث عن أبيه وبرهن قضى به بينهما، وأفاد المصنف باقتصار كل على دعوى الشراء مجردة أنه لو ادعى أحدهما شراء وعتقاً والآخر شراء فقط يكون مدعي العتق أولى، فإن العتق بمنزلة القبض. ذكره في خزانة الأكمل.

وفيه إشارة إلى أنه لو أرخ أحدهما فهو له، وفي قوله: (من ذي يد) إشارة إلى أنه لو يد أحدهما فهو أولى، وإن أرخ الخارج. نعم لو تلقياه من جهتين كان الخارج أحق وهذا أوضح مما في المتن. قوله: (فلكل نصفه) لاستوائهما في السبب، لكنه يغير كما ذكره بعد فصار كفضولين باع كل منهما من رجل وأجاز المالك البيعين فإن كلاً منهما يغير أنه تغير عليه شرط عدم عقده، فلعل رغبته في تملك الكل اهـ. قوله: (بنصف الثمن) أي الذي عينه أحدهما؛ وإن كان خلاف ما عينه الآخر، كأن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر نصفه بمائة، وقيد بالشراء من ذي اليد لأنه لو ادعى الشراء من ذي اليد فإنه يأتي حكمه. قوله: (لتفريق الصفقة عليه) فلعل رغبته في تملك الكل. قوله: (وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما) أفاد أنه بالقضاء له بالنصف لا يجبر على أخذه لما فيه من الضرر. قوله: (لانفساخه) أي انفساخ البيع في النصف بالقضاء: أي لأنه صار مقضياً عليه بالنصف لصاحبه فانفسخ البيع فيه فلا يكون له أن يأخذه بعد الانفساخ، لأن العقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديده ولم يوجد. قوله: (فلو قبله) أي فلو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما فللاخر أن يأخذه كله، لأنه أثبت ببينته أنه اشترى الكل، وإنما يرجع إلى النصف بالمزاومة ضرورة القضاء به ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء

شراءه (للسابق) تاريخاً (إن أرخا) فیردّ البائع ما قبضه من الآخر إليه. سراج (و) هو (لذي يد إن لم یؤرخا أو أرخ أحدهما) أو استوى تاريخهما

كما في البحر. قوله: (للسابق تاريخاً إن أرخا) أي لأنه أثبت الشراء في زمن لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به، وهذا كما علمت فيما إذا ادعى الشراء من واحد، فلو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخاً ولا المؤرخ فقط لأن ملك بائعهما لا تاريخ له. قوله: (فیردّ البائع ما قبضه) أي الثمن. قوله: (وهو لذي يد) أي المدعي بالفتح إن لم یؤرخا الخ. لما ذكر ما إذا ادعى الخارجان الشراء من ذي اليد، وفيه لا يترجح واحد إلا بسبق التاريخ، أخذ يتكلم على ما إذا ادعى خارج وذو يد الشراء من واحد ويترجح ذو اليد لأنها دليل سبقه ولأنهما استويا في الإثبات وترجيح ذي اليد بها وليس للثاني ما يعارضها فلا يساويه، ولأن يد الثابت لا تنقض بالشك. ويكون الترجيح أيضاً في هذه المسألة بسبق التاريخ، فيترجح ذو اليد في أربع: ما إذا سبق تاريخه وهو ظاهر، وما إذا لم یؤرخا لما ذكر، وما إذا كان التاريخ من جانب لأنه غير معتبر كما لو لم یؤرخا، وما إذا استوى التاريخان لتعارضهما فصار كما لو لم یؤرخا، ويترجح الخارج في واحدة وهو ما إذا سبق تاريخه.

ويمكن أن تجعل هذه المسألة من تفاريع ما إذا ادعى الخارجان الشراء من ذي اليد وأثبت أحدهما بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان على ما نقله في البحر عن المعراج. ويشكل عليه ما ذكره بعد عن الذخيرة من أن ثبوت اليد بأحدهما بالمعاينة. ويمكن أن يقال: ما ثبت بالبينة معاينة لأن المعاينة لا تكفي من القاضي لأنه لا يقضي بعلمه فلم يبق إلا معاينة الشهود.

قال في البحر: ولي إشكال في عبارة الكتاب، وهو أن أصل المسألة مفروض 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 يزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع انتهى. إلا أنه يشكل ما ذكره بعد عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة انتهى.

والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها.

وحاصلها: أن خارجاً وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد انتهى كلام البحر. وفيه الإشكال الذي ذكره عن الذخيرة.

وأجاب المقدسي بأن قوله: (وهو لذي يد إن لم یؤرخا) يرجع إلى مطلق مدعين لا

(و) هو (لذي وقت إن وقت أحدهما فقط و) الحال أنه (لا يد لهما) وإن لم يوقتا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة

بقيد كونهما خارجين، وقد أشار المصنف إلى ما قدمنا من أن الحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها، حيث ذكر قوله ولذي وقت، ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله ولذي يد لأنه من تنمة المسألة الأولى، ويكون. قوله: ولذي استئناف مسألة أخرى.

فرع: لو برهننا على ذي يد بالوديعة يقضي بها لهما نصفين ثم إذا أقام أحدهما البينة على صاحبه أنه له لم يسمع، ولو برهن أحدهما وأقام الآخر شاهدين ولم يزكيا قضى به لصاحب البينة، ثم أقام الآخر بينة عادلة أنه ملكه أودعه عند الذي في يده أو لم يذكروا ذلك فقضى به له على المقضي له أولاً، وهذا يخالف الشراء فإن فيه لا يحكم للثاني، ولعله لأن الإيداع من قبيل المطلق. قوله: (وهو لذي وقت النخ) الأولى تقديمها على قوله: (وهو لذي يد) لأنها من تنمة الأولى، وإنما كان القول له لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك، وإنما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما إلا بالتلقي منه وأن شراءهما حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات، إلا إذا ثبت التاريخ فيثبت تقدمه، فلهذا كان المؤرخ أولى، بخلاف ما إذا اختلف بائعهما على ما بينا، وبخلاف ما إذا ادعى الملك ولم يدع الشراء من ذي اليد حيث لم يكن التاريخ أولى عند أبي حنيفة ومحمد.

تبيين: قال المدني: أقول التاريخ في الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد بخلافه في الملك بسبب كما هو معروف اهـ.

وفيه عن القهستاني عن الخزانة أنه لو وقت أحدهما شهراً والآخر ساعة فالساعة أولى والتاريخ هو قلب التأخير. واصطلاحاً: هو تعريف وقت الشيء بأن يسند إلى وقت حدوث أمر شائع كظهور دولة أو غيره كطوفان وزلزلة لينسب إلى ذلك الوقت الزمني الآتي، وقيل هو يوم معلوم نسب إليه ذلك الزمان، وقيل هو مدة معلومة بين حدوث أمر ظاهر وبين أوقات حوادث أخر كما في نهاية الإدراك. قوله: (والحال أنه لا يد لهما) بأن كان المبيع في يد ثالث. قوله: (وإن لم يوقتا النخ) لا حاجة إليه. قوله: (والشراء أحق من هبة) أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخاً، وإن أرخت إحدهما فلا ترجيح، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما، أو للأسبق تاريخاً كدعوى ملك مطلق، ولو اختلف المملك استويا لأن كلاً منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما سواء، بخلاف ما لو اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه يقدم الأقوى،

وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يؤرخا، فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى) ولو اختلف المملك استويا،

وأطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعاً، وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء في التبرع، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأنه يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني. كذا في البحر ملخصاً.

وفيه: ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض، فإن الملك في كل متوقف على القبض، وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة. ورده المقدسي بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهي عنه، ولم يذكر ما لو اختلفا في الشراء مع الوقف، فحكمه ما في مشتمل الأحكام عن القنية قال: ادعى على رجل أن هذه الدار التي في يده وقف مطلق وذو اليد ادعى أن بائعي اشتراها من الوقف وأرخا وأقاما البينة فبينة الوقف أولى، ثم إذا أثبت ذو اليد تاريخاً سابقاً على الوقف فبيئته أولى، وإلا فبينة الوقف أولى اهـ.

وفي فتاوى مؤيد زاده: ادعى عليه داراً أنه باعها مني منذ خمس عشرة سنة وادعى الآخر أنها وقف عليه مسجل وأقاما بينة مدعي البيع أولى، وإن ذكر الواقف بعينه فبينة الوقف أولى لأنه يصير مقضياً عليه. قوله: (وصدقة) قال في البحر: الصدقة المقبوضة والهبة كذلك سواء للتبرع فيهما، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأن أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل، والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال، والهبة قد تكون لازمة بأن كانت لمحرم، والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني. قوله: (ورهن ولو مع قبض) إنما قدم الشراء عليه لأنه يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك للحال فكان الشراء أقوى، وقد علمت أن الهبة بعوض كالشراء فتقدم عليه وقوله «ولو مع قبض» راجع إلى الرهن فقط لأن دعوى الهبة أو الصدقة غير المقبوضة لا تسمع. قوله: (واتحد المملك) أما إذا كان المملك مختلفاً فلا يعتبر فيه سبق التاريخ. أبو السعود. بل يستويان كما يأتي قال في البحر: أطلقه وهو مقيد بأن لا تاريخ لهما، إذ لو أرخا مع اتحد المملك كان للأسبق، فأخذه منه وذكر ما ذكر من خلل صاحب الكنز بهذا القيد مع جواز الاعتذار بحمل المطلق على الخالي من التاريخ إذ الأصل عدمه، فتأمل. أفاده الرملي. قوله: (ولو أرخت إحداهما) أي إحدى البيئتين لما تقدم فيما إذا أرخت إحدى بيئتي مدعي الشراء من واحد. قوله: (فالمؤرخة أولى) لأنهما اتفقا على الملك والمملك لا يتلقى إلا من جهة المملك وهو واحد، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم له به. درر. قوله: (استويا) لأن كلا منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء،

وهذا فيما لا يقسم اتفاقاً.

واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار، والأصح أن الكل لمدعي الشراء، لأن الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارىء

بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه يقدم الأقوى كما في البحر: أي فينصف المدعي بين مدعي الشراء ومدعي الهبة والصدقة، وهذا ظاهر في غير الرهن، أما فيه فينبغي أن لا يصح فيه مطلقاً لعدم صحة رهن المشاع شيوعاً مقارناً أو طارئاً على حصة شائعة يقسم أو لا كما سيأتي في بابه. وأما طرؤه على حصة مفروزة فلا يبطله كما نبه عليه المقدسي، فتنبه.

وفي البحر: لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعاً، لأنهم يلتقون الملك من مملكتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق. قوله: (وهذا) أي الاستواء.

اعلم أن صاحب البحر والهندية جعل ذلك فيما إذا كانت العين في أيديهما. وعبرة البحر بعد أن صرح بأن مدعي الشراء والهبة مع القبض خارجان، ادعيا على ثالث نصها: وقيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما والمسألة بحالها فإنه يقضى للخارج، إلا في أسبق التاريخ فهو للأسبق، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح لها كما في المحيط، وإن كانت في أيديهما فيقضى بينهما، إلا في أسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق، وهذا إذا كان المدعى مما لا يقسم كالعبد والداية. وأما فيما يقسم كالدار فإنه يقضى لمدعي الشراء؛ لأن مدعي الهبة أثبت بالبينة الهبة في الكل ثم استحق الآخر نصفه بالشراء، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يبطل الهبة بالإجماع. فلا تقبل بينة مدعي الهبة، فكان مدعي الشراء منفرداً بإقامة البينة اه. ونقلها عن المحيط. وكلام المؤلف يفيد أن ذلك فيما إذا اختلف المملك واستويا، والحكم واحد لأن الإشاعة تتحقق في حال اختلافه أيضاً. قوله: (لأن الاستحقاق) أي استحقاق مدعي الشراء النصف، وهو جواب عما قاله في العمادية من أن الصحيح أنهما سواء، لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة ويفسد الرهن اه. وأقره في البحر وصدر الشريعة.

قال المصنف نقلاً عن الدرر: عده صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح. والصحيح ما في الكافي والفصولين، فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها انتهت: أي وحيث كانت من قبيل المقارن وهو يبطل الهبة إجماعاً ينفرد مدعي الشراء بالبرهان فيكون أولى. قوله: (من قبيل الشيوع المقارن) أي وهو يبطل الهبة بالإجماع كما علمت، فينفرد مدعي الشراء بإقامة البينة فيكون أولى. قوله: (لا الطارىء) لأنه لا يفسد الهبة والصدقة، بخلاف المقارن كما

هبة. الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هي بنصف القيمة، وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) فيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة. عمادية. والمراد من النكاح

علمت، وهذا جواب عما قاله العمادي كما تقدم، والرجوع ببعض الهبة كالشيوخ الطارء. قوله: (هبة الدرر) ومثله في التبيين والمنح. قوله: (والشراء والمهر سواء) يعني إذا ادعى أحدهما الشراء من ذي يد وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه، وهذا عندهما. وقال محمد: الشراء أولى. قوله: (وترجع هي) أي على الزوج بنصف القيمة لاستحقاق نصف المسمى. قوله: (وهو بنصف الثمن) أي إن كان نقده. قوله: (أو يفسخ) بالبناء للمجهول ليشمل المهر والمشتري، لأن كلا منهما دخل عليه عيب تفريق الصفقة، فللمرأة أن تردده وترجع بجميع القيمة والمشتري بجميع الثمن. قوله: (لما مر) أي من تفرق الصفقة عليه. قوله: (أو أرخا واستوى تاريخهما الخ) قال في ترجيح البيئات للبغدادى: قامت بينة على المال وبينت على البراءة وأرخا: فإن كان تاريخ البراءة سابقاً يقضى بالمال، وإن كان لاحقاً يقضى بالبراءة، وإن لم يؤرخا أو أرخت إحداهما، دون الأخرى أو أرخا وتاريخهما سواء فالبراءة أولى؛ لأن البراءة إنما تكتب لتكون حجة صحيحة ولا صحة لها إلا بعد وجوب المال، والظاهر أنه كان بعد وجوب المال اهـ. قوله: (قيد بالشراء) أي في جعله مع المهر سواء، لأن الهبة وأخواتها لا تساوي المهر ولذا قال الشارح: «لأن النكاح أحق». قوله: (لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة) انظر ما معنى هذه العبارة مع قوله المار «والشراء والمهر سواء» فلم يظهر لي فائدتها سوى أنه تكرر محض. تأمل. قوله: (والمراد من النكاح) أي في قول العمادي لأن النكاح الخ المهر. قال في البحر ناقلاً عن جامع الفصولين: لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبيتين لو استويتا بأن تكون منكوحة لذا وهبة للأخر بأن يهب أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذراً من تكذيب المؤمن، وكذا الصدقة مع النكاح، وكذا الرهن مع النكاح اهـ. وهو وهم لأنه فهم أن المراد لو تنازعا في أمة أحدهما ادعى أنها ملكة بالهبة والأخر أنه تزوجها وليس مرادهم، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به في المحيط في الكتاب، ولذا قال في المحيط: والشراء أولى من النكاح عند محمد. وعند أبي يوسف: هما سواء. لمحمد أن المهر صلة من وجه قد أطلق النكاح وأراد المهر، وما يدل على ما ذكرناه أن العمادي بعد ما ذكر أن النكاح أولى قال: ثم إن كانت العين في يد أحدهما فهو أولى، إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى للخارج، ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن

المهر كما حرره في البحر مغلطاً للجامع . نعم يستوي النكاح والشراء لو تنازعا في الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكاً له منكوحة للآخر، فتدبر .

(ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحساناً، ولو به فهي أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن، ولو العين معهما استويا ما لم

يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له اهـ . وكيف يتوهم أن الكلام في المنكوحة بعد قوله تكون بينهما نصفين؟ .

وينبغي لو تنازعا في الأمة ادعى أحدهما أنها ملكه والآخر أنها منكوحته وهما من رجل واحد وبرهنا ولا مرجح أن يثبتا لعدم المنافاة فتكون ملكاً للمدعى الملك هبة أو شراء منكوحة للآخر كما بحثه في الجامع، ولم أره صريحاً اهـ .

فالحاصل: أن صاحب البحر استحسنت بحث صاحب الفصولين ولكنه لم يره منقولاً، ووجهه في حمله قولهم النكاح أولى من الهبة أن المراد ادعاء أحدهما نكاح الأمة والآخر هبتها، بدليل ما ذكره في العمادية أنها لو كانت في أيديهما ولا مرجح يقضى بينهما، ولا يصح ذلك في المدعى نكاحها، وأن صاحب المحيط أطلق النكاح وأراد المهر كما بينه . قوله: (المهر) فيكون من إطلاق الشيء وإرادة أثره المترتب عليه . قوله: (كما حرره في البحر مغلطاً للجامع) أي جامع الفصولين في قوله لو اجتمع نكاح وهبة إلى آخر ما قدمناه . قوله: (نعم الخ) هذا الذي جعله صاحب البحر بحثاً لصاحب الفصولين وذكر أنه لم يره منقولاً كما تقدم، وهو استدراك على قوله «والمراد من النكاح المهر» . قوله: (لو تنازعا في الأمة) أي وبرهنا . قوله: (ولا مرجح) كسبق التاريخ . قوله: (فتكون ملكاً له الخ) لعدم المنافاة . قوله: (ورهن مع قبض الخ) أي إن لم يكن مع واحد منهما تاريخ . قوله: (معه) أي مع القبض . قال المصنف في منحه: قولي بلا عوض هو قيد لازم أدخل به صاحب الكنز والوقاية . قال الرملي: هو لصاحب البحر مع أنه لا يضر تركه، إذ الهبة إذا أطلقت يراد بها الخالية عن العوض كما هو ظاهر . بل لقائل أن يقول: ذكرها ربما يشبه التكرار لأنها بيع انتهاء حتى جرت أحكام البيع عليها فيعلم حكمها منه . تأمل . قوله: (استحساناً) وجه الاستحسان أن الرهن مضمون، فكذا المقبوض بحكم الرهن والهبة أمانة، والمضمون أقوى فكان أولى . والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت . قوله: (ولو العين معهما استويا) يعني أن ما تقدم فيما إذا كان خارجين: فإن كانت في أيديهما فهما سواء، وإن كانت في يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى له .

ويبحث فيه العمادي بأن الشيوخ الطاريء يفسد الرهن فينبغي أن يقضى بالكل

يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجان) على ملك مؤرخ

لمدعي الشراء، لأن مدعي الرهن أثبت رهناً فاسداً فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد بإقامة البينة، ولهذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده: إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعى مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة، أما إذا كان شيئاً يحتملها يقضى بالكل للمدعي الشراء، فال: لأن مدعي الشراء قد استحق النصف على مدعي الهبة، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعي الهبة، غير أن الصحيح ما أعلمتكم من أن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن، والله تعالى أعلم. بحر.

قلت: وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغي أن يقضى للمدعي الشراء بالأولى، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل، فليتأمل.

قال المصنف في المنح: هذا الكلام من العمادي يشير إلى أن الاستحقاق من قبيل الشيوع الطارىء، وليس كذلك بل هو من الشيوع المقارن المفسد كما صرح به في جامع الفصولين، وصححه في شرح الدرر والغرر ونقله في الكنز في كتاب الهبة وأقره. قوله: (وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ الخ) قيد بالملك لأنه لو أقامها على أنها في يده منذ سنين ولم يشهد أنها له قضى بها للمدعي، لأنها شهدت باليد لا بالملك كما في البحر.

وفيه: ومن أهم مسائل هذا الباب معرفة الخارج من ذي اليد: وفي جامع الفصولين: ادعى كل أنه في يده، فلو برهن أحدهما يقبل ويكون الآخر خارجاً، ولو لا بينة لهما لا يحلف واحد منهما^(١).

ولو برهن أحدهما على اليد وحكم بيده ثم برهن على الملك لا تقبل، إذ بينة ذي اليد على الملك لا تقبل.

مَطْلَبٌ: مِنْ أَمِّ مَسَائِلِهِ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ مَعْرِفَةَ الْخَارِجِ مِنْ ذِي الْيَدِ

أخذ عيناً من يد آخر وقال إني أخذته من يده لأنه كان ملكي وبرهن على ذلك تقبل، لأنه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد في الحقيقة هو الخارج.

ولو غصب أرضاً وزرعها فادعى رجل أنها له وغصبها منه: فلو برهن على غصبه وإحداث يده يكون هو ذا يد والزارع خارجاً، ولو لم يثبت إحداث يده فالزارع ذو يد والمدعي هو الخارج.

بيده عقار أحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد، فلو ادعى عليه أنك أحدثت اليد وكان بيدي فأنكر يحلف اه. وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار بها.

(١) في ط (إذا لم يثبت كون أحدهما خصماً للآخر إذ يصير خصماً باليد ولم يثبت يد واحد منهما).

ثم اعلم: أن الرجلين إذا ادعيا عينا، فإما أن يدعيا ملكاً مطلقاً أو ملكاً بسبب متحد قابل للتكرار أو غير قابل أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر أو مستويان من واحد أو من متعدد أو يدعي أحدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب أو أحدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهي تسعة، وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط، أو لا يبرهن لواحد منهما ولا مرجح أو لأحدهما مرجح، فهي أربعة صارت ستاً وثلاثين، وكل منها إما أن يكون المدعي في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما فهي أربعة صارت مائة وثمانية وعشرين^(١) وكل منها على أربعة: إما أن لا يؤرخا أو أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما صارت خمسمائة واثنى عشر اهـ. وقد أوصلها في التسهيل لجامع الفصولين إلى سبعة آلاف وستمائة وسبعين مسألة، وأفرها برسالة خاصة، وقد تخرج مع هذا العاجز الحقيق زيادة على ذلك بكثير حررته في ورقة حين اطلاعي على تلك الرسالة، وسأجمع في ذلك رسالة حافلة إن شاء الله تعالى، ولكن ذكر ذلك هنا يطول ولا حاجة إلى ذكره، بل اقتصر على ما ذكره العلامة عبد الباقي أفندي أسيري زاده حيث جعل لها ميزاناً، إلا أنه أوصل الصور إلى ستة وتسعين فقال:

اعلم أن الرجلين إذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو: إما أن ادعى كلاهما ملكاً مطلقاً، أو ادعى كلاهما بسبب واحد بأن ادعيا إرثاً أو شراء من اثنين أو من واحد، أو ادعى أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً، أو ادعى كلاهما نتاجاً، أو ادعى كلاهما ملكاً، وأنه إما أن يكون المدعى به في يد ثالث أو في يد أحدهما. وكل وجه على أربعة أقسام: إما إن لم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً، أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، أو أرخ أحدهما لا الآخر، وبجملة ذلك ستة وتسعون فصلاً كما سيجيء إن شاء الله تعالى، وهي هذه كما ترى أحببت ذكرها تسهياً للمراجعة وتقريباً، وإن كان في المصنف والشارح شيء كثير منها، لكن بهذه الصورة يقرب المأخذ، وإن تكرر فإن المكرر للحاجة يخلو.

ادعيا عينا ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث:

(١) إن لم يؤرخا يقضى بينهما. (٢) أو أرخا تاريخاً واحداً يقضى بينهما. (٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما: يقضى للأسبق. وعند محمد في رواية: يقضى بينهما. (٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبي حنيفة: يقضى بينهما: وعند أبي يوسف: للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق، ومشايخنا أفتوا بقول أبي حنيفة.

(١) في ط (قوله صارت مائة وثمانية وعشرين) لعل الصواب «مائة وأربعة وأربعين» وقوله الآتي (صارت خمسمائة واثنى عشرة) لعل صوابه «خمسمائة وستة وسبعين»

ولو ادعى ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً وبرهنا: يقضى بينهما لاستوائهما في الحجة .

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به .

مَطْلَبٌ: تُسْتَحَقُّ الزَّوَائِدُ الْمُتَّصِلَةُ وَالْمُنْفَصِلَةُ

ولو أرخ أحدهما لا الآخر: فعند أبي حنيفة: لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين، لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه، لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ويحتمل أن يكون متأخراً عنه فيجعل مقارناً رعاية للاحتمالين . وعند أبي يوسف: للمؤرخ لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقيناً، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقيناً، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك ولا يعارضه . وعند محمد: يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك المطلق من الأصل، ودعوى الملك المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، أو تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق أسبق تاريخاً فكان أولى، هذا إذا كان المدعي في يد ثالث .

وفي الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى: يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره، إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به .

من المحل المزبور: فعند أبي حنيفة: لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين، لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه ف يجعل مغايراً رعاية للاحتمالين .

من المحل المزبور: وعند أبي يوسف: للمؤرخ، لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقيناً، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقيناً، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه .

من المحل المزبور: وعند محمد: يقضى لمن أطلق، لأن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل ودعوى الملك المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ .

ادعى ملكاً مطلقاً والعين في أيديهما:

(٥) لم يؤرخا: يقضى بينهما . (٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما . (٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عندهما: يقضى للأسبق . وعند محمد في رواية: يقضى

بينهما، ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين. (٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: عند أبي حنيفة: يقضى بينهما.

وعند أبي يوسف: للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق، ومشايخنا أفتوا على قول أبي حنيفة.

ولو ادعى ملكاً مطلقاً، فإن كانت العين في أيديهما فكذلك الجواب: أي كما كانت العين في يد ثالث، لأنه لم يترجح أحدهما على الآخر باليد ولم ينحط حاله عن حال الآخر باليد. جامع الفصولين من الفصل الثامن.

ادعى ملكاً مطلقاً والعين في يد أحدهما:

(٩) لم يؤرخا: يقضى للخارج. (١٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج. (١١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، عندهما: يقضى لأسبقهما، وعند محمد: يقضى للخارج، أفتى مشايخنا بأولوية الأسبق على قول الإمامين. (١٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: عند أبي يوسف: يقضى للمؤرخ، وعند محمد: يقضى للخارج، أفتى مشايخنا على قول محمد.

ولو ادعى ملكاً مطلقاً: فإن كانت العين في يد أحدهما: فإن كانا أرخا سواء أو لم يؤرخا فهو للخارج لأن بينته أكثر إثباتاً، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما. وعن محمد: أنه رجع عن هذا القول وقال: لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره، لأن البيتين قامتا على الملك المطلق ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى التقديم والتأخر فيقضى للخارج.

مَطْلَبُ: الْبَيِّنَةُ مَعَ التَّارِيخِ تَتَضَمَّنُ مَعْنَى بَيِّنَةِ دَفْعِ الْخَارِجِ

ولهما أن البينة مع التاريخ تتضمن الدفع، فإن الملك إذا ثبت للشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي منه، فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما فصاحب الوقت الأول أولى عندهما، وعنده يكون بينهما.

وإن أرخ أحدهما لا الآخر فعند أبي يوسف: يقضى للمؤرخ لأن بينته أقدم من المطلق، كما لو ادعى رجلان شراء من آخر وأرخ أحدهما لا الآخر كان المؤرخ أولى. وعند أبي حنيفة ومحمد: يقضى للخارج ولا عبرة للوقت لأن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة معنى الدفع، وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم، فإذا وقع الشك في تضمنه

معنى الدفع فلا يقبل مع الشك والاحتمال. جامع الفصولين: من الفصل الثامن.
قال الرملي: أقول: هذه المسألة المنقولة عن الخلاصة ليست من باب دعوى الملك المطلق.

وفي الخلاصة: إذا ادعى تلقي الملك من رجلين والدار في يد أحدهما فإنه يقضى للخارج سواء أرخا أو لم يؤرخا، أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق اهـ.

قال: رجل ادعى داراً أو عقاراً أو منقولاً في يد رجل ملكاً مطلقاً وأقام البيينة على الملك المطلق وأقام ذو اليد بيينة أيضاً أنه ملكه: فبيينة الخارج أولى عند علمائنا الثلاثة، وهذا إذا لم يذكر تاريخاً. وأما إذا ذكراه وتاريخهما سواء فكذلك يقضى بيينة الخارج؛ وإن كان تاريخ أحدهما أسبق فلاسبقيهما تاريخاً سواء كان خارجاً أو صاحب يد، وهو قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف قول محمد أولاً، وعلى قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد أخراً، لا عبرة فيه للتاريخ بل يقضى للخارج، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فكذلك يقضى للخارج. من صرة الفتاوى نقلاً من الذخيرة. حجة الخارج في الملك المطلق أولى من حجة ذي اليد، لأن الخارج هو المدعي والبيينة بيينة المدعي بالحديث، إلا إذا كانا أرخا وذو اليد أسبق، لأن للتاريخ عبرة عند أبي حنيفة في دعوى الملك المطلق^(١) إذا كان من الطرفين، وهو قول أبي يوسف أخراً، وقول محمد أولاً. وعلى قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد أخراً: لا عبرة له بل يقضى للخارج. درر.

ادعى ملكاً إرثاً من أبيه والعين في يد ثالث:

(١٣) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (١٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (١٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عند علمائنا الثلاثة: يقضى للأسبق إن كان تاريخهما للملك مورثهما، وإن كان تاريخهما لموت مورثهما: عند محمد: يقضى بينهما نصفين. (١٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما إجماعاً.

ولو ادعى كل واحد منهما إرثاً من أبيه: فلو كان العين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا سواء^(٢) فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وكان أبو يوسف يقول أولاً: يقضى به بينهما نصفين في الإرث والملك المطلق ثم رجع إلى ما قلنا. وقال محمد في رواية أبي حفص كما قاله أبو حنيفة. وقال في رواية أبي سليمان: لا عبرة للتاريخ في الإرث فيقضى بينهما

(١) في ط نسخة = مطلق ملك.

(٢) في ط أي إن لم يؤرخا أو أرخا سواء.

نصفين، وإن سبق تاريخ أحدهما لأنهما لا يدعيان الملك لأنفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ للملك المورثين، فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق، حتى لو كان للملك المورثين تاريخ: يقضى لأسبقهما.

أقول: ينبغي أن يكون حكم هذا كحكم دعوى الشراء من اثنين، لأن المورثين كبائعين في تلقي الملك منهما، فمن لم يعتبر التاريخ في الشراء من البائعين ينبغي أن لا يعتبر التاريخ في الإرث أيضاً، فرد الإشكال على من خالف فيشكل التفصي: أي التخلص إلا بالحمل على الروايتين.

والحاصل: أن في اعتبار تاريخ تلقي الملك من البائعين اختلاف الروايات على ما سيجيء، فكذا الإرث، فلا فرق بينهما في الحكم فلا إشكال حيثئذ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما نصفين إجماعاً لأنهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ. وقيل يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف جامع الفصولين من الفصل الثامن.

وفي كتاب الدعوى من الخلاصة: وإن أرخا للملك مورثهما يعتبر سبق التاريخ في قولهم جميعاً اه: أي بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثاً له وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثاً له، ففي هذا الوجه خالف محمد أنقروي في دعوى الإرث.

ادعيا ملكاً إرثاً من أبيهما والعين في أيديهما أي ادعى كل منهما الإرث من أبيه:

(١٧) لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين. (١٨) أو أرخا تاريخاً يقضى بينهما نصفين. (١٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة: يقضى للأسبق إن كان تاريخهما لموت مورثهما، وإن كان تاريخهما للملك مورثهما عند محمد: يقضى بينهما نصفين، ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا. (٢٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما إجماعاً: أي كما لو كانت العين في يد ثالث، ولو ادعيا ملكاً إرثاً: فإن كانت العين في أيديهما فكذلك الجواب^(١). في أول الثامن الفصولين ملخصاً.

ادعيا ملكاً إرثاً لأبيه والعين في يد أحدهما:

(٢١) لم يؤرخا: يقضى للخارج. (٢٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج. (٢٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عندهما: يقضى للخارج، ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين. (٢٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى للخارج إجماعاً.

ولو ادعيا ملكاً إرثاً لأبيه: إن كانت العين في يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا

(١) في ط أي كما لو كانت العين في يد ثالث .

سواء^(١) يقضى للخارج، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما. وعند محمد: للخارج لأنه لا عبرة للتاريخ هنا، وإن أرخ أحدهما لا الآخر فهو للخارج إجماعاً، وقيل يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف من جامع الفصولين في الثامن.

أقول: أو أرخا وتاريخ الخارج أسبق، وإن أرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فهو له. والحاصل: أنه للخارج إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد كما سيأتي، ووضع المسألة في تلقي الملك عن اثنين. خير الدين.

وفي الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى: ولو ادعى الميراث كل واحد منهما يقول هذا لي ورثته من أبي لو كان في يد أحدهما فهو للخارج، إلا إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو للخارج بالإجماع.

قال في الرابع من الأستروثنية والثامن من العمادية نقلاً عن التجريد: لو ادعى صاحب اليد الإرث عن أبيه وادعى خارج مثل ذلك وأقام البينة: يقضى للخارج في قولهم جميعاً، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق قضى للأسبق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد: يقضى للخارج اهـ.

قال في غاية البيان نقلاً عن المبسوط لخواهر زاده: إن ادعى ملكاً بسبب بأن ادعى كل تلقي الملك من اثنين بالميراث أو بالشراء فالجواب عنه كالجواب في الملك المطلق على التفصيل الذي ذكرناه اهـ.

وقد ذكر أن العين في الملك المطلق إن كانت في يد أحدهما وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق: فعلى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد الأول: يقضى لأسبقهما تاريخاً، وعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد الآخر: يقضى للخارج من هامش الأتقروي في نوع دعوى الإرث من كتاب الدعوى.

ادعى الشراء من اثنين والعين في يد ثالث:

(٢٥) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٢٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (٢٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عند علمائنا الثلاثة للأسبق إن كان تاريخهما للملك بائعهما، وإن كان تاريخهما لوقت اشتراهما: عند محمد: يقضى بينهما نصفين، ورجح صاحب الفصولين قول محمد..

(٢٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما اتفاقاً.

وإن ادعى الشراء من اثنين والدار في يد الثالث، فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما

(١) في ط (أي إذا لم يؤرخا أو أرخا سواء منه).

على السواء: قضى بالدار بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث: يعني أن فيه ثلاثة أقوال، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو على ما ذكرنا في الميراث أيضاً. وأما إذا ادعى الشراء من اثنين وأرخا الشراء وتاريخ أحدهما أسبق: فقد روى عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك الباعين: يقضى بينهما نصفين كما في فصل الميراث، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين الشراء والميراث، وفي ظاهر الرواية: يقضى في فصل الشراء لأسبقهما تاريخاً عند محمد، وعلى ظاهر رواية محمد يحتاج إلى الفرق. أنقروى من نوع في دعوى الشراء والبيع.

وفي جامع الفصولين: وإن ادعى الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما اتفاقاً، بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين لأنهما يشتان الملك لبايعتهما ولا تاريخ بينهما للملك الباعين فتاريخه للملك لا يعتد به، وصاروا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما. أما هنا فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل، وإنما اختلفا في الملتقي منه وهذا الرجل أثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به، ثم لا يقضى به لغيره بعد إلا إذا تلقى منه وهو لا يتلقى منه انتهى.

وفيه أيضاً أقول: يتراءى لي أن الأصوب هو أن لا يعتبر سبق التاريخ في صورة التلقي من اثنين، إذ لا تاريخ لابتداء ملك الباعين، فتاريخ المشتري للملك لا يعتد به مع تعدد البائع فصاروا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك المطلق بلا تاريخ اهـ.

ادعى شراء من اثنين والعين في أيديهما:

(٢٩) لم يؤرخا. يقضى بينهما نصفين. (٣٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (٣١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٣٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما نصفين.

وفي الرابع من دعوى المحيط في نوع في دعوى صاحب اليد تلقي الملك من جهة غيرهما: ادعى تلقي الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء: يقضى بالعين بينهما، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر: يقضى بينهما بالدار، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما تاريخاً، وإن ادعى تلقي الملك من جهة اثنين فكذلك الجواب على التفصيل الذي قلنا فيما إذا ادعى التلقي من جهة واحدة. أنقروى في آخر دعوى الشراء والبيع.

ادعى عيناً شراء من اثنين والعين في يد أحدهما:

(٣٣) لم يؤرخا: يقضى للخارج. (٣٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج.

(٣٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٣٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر^(١): يقضى للخارج إذا ادعى تلقي الملك من رجلين والدار في يد أحدهما فإنه يقضى للخارج، سواء أرخا أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق. خلاصة من الثالث عشر من كتاب الدعوى.

وفي البزاية: عبد في يد رجل برهن رجل على أنه كان لفلان اشتراه منه عشرة أيام وبرهن ذو اليد على أنه كان لآخر اشتراه منه منذ شهر بكذا وسماه، فعلى قول الثاني في قوله الثاني هو لأسبقهما تاريخاً وهو ذو اليد. وقال محمد في قوله الآخر: هو للمدعي، وعلى قياس قول الثاني أولاً هو للمدعي اهـ.

أقول: فعلى هذا ينبغي أن يفتى لأسبقهما تاريخاً، كما لو ادعى الشراء من واحد، لأن العمل بظاهر الرواية أولى.

ادعى عيناً شراء من واحد والعين في يد ثالث:

(٣٧) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٣٨) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج. (٣٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما (٤٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى للخارج، وإن ادعى الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق يقضى لأسبقهما اتفاقاً، وإن أرخ أحدهما: أي وهما خارجان لا الآخر فهو للمؤرخ اتفاقاً. من الفصولين من الثامن.

ولو ادعى الشراء والدار في يد ثالث، إن ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد ولم يؤرخا وأقاما البينة يقضى بينهما نصفين لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن، ولهما الخيار: إن شاء قبض كل واحد منهما النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك؛ فإن ترك أحدهما: إن ترك قبل القضاء فالآخر يأخذه بجميع الثمن بلا خيار، وإن ترك بعد القضاء لا يقبض إلا النصف بنصف الثمن. ولو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهي بينهما نصفين، هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فأسبقهما تاريخاً أولى بالإجماع، فإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر يقضى لصاحب التاريخ. خلاصة من الثالث عشر من الدعوى. ولو كان المبيع في يد بائعه فبرهن أحدهما على

(١) في ط (قوله وإن أرخ أحدهما لا الآخر الخ) أقول: أي وهما خارجان والبائع واحد وذكر في الفصولين بعد ورقة: ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى، إذ وقت الساكت يحتل فلا يتقض قبضه بالشك، ولو كان المبيع في يد بائعه ولأحد المدعين تاريخ فالمؤرخ أولى إذ لا مزاحم في وقته، فراجعه إذ هو قيد فراجعه إذ هو قيد فيما هنا، ولكن قوله فيما ذكره بعد «وإن كانت العين في أيديهما» وقوله بعده «وإن في يد أحدهما» شاهد أن وضع ما هنا فيما إذا كان المبيع في يد ثالث وتفرض له أيضاً والمفروض في الكل أن البائع واحد.

الشراء وأنه قبضه منذ شهر وبرهن آخر على الشراء وأنه قبضه منذ عشرة أيام فذو الوقت الأول أولى. جامع الفصولين.

ادعيا شراء من واحد والعين في أيديهما:

(٤١) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٤٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (٤٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٤٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما نصفين. وإن ادعيا الشراء من واحد والعين في أيديهما فهو بينهما، إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق فحيتذ يقضى لأسبقهما. من جامع الفصولين من الثامن ملخصاً.

إذا ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء: يقضى بالعين بينهما، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر: يقضى بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخاً. في الرابع من دعوى المحيط.

وفي باب بيان اختلاف البيئات في البيع والشراء من دعوى المحيط: إن كانت العين في أيديهما يقضى بينهما في الفصول، إلا إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق. وفي غاية البيان عن مسوط خواهر زاده: إن كانت العين في أيديهما إن لم يؤرخا أو أرخ سواء أو أرخ أحدهما دون الآخر: يقضى بينهما نصفين، أما في الأولين فلا إشكال فيه. وأما إذا أرخ أحدهما دون الآخر فكذلك يقضى بينهما نصفين، لأنه لا عبرة للتاريخ حالة الانفراد إذا كانت العين المؤرخ بيدهما معاً؛ ألا ترى أنه لو كان في يد أحدهما فأرخ الخارج لا يكون تاريخ أحدهما عبرة لا تنقض يد ذي اليد بالاحتمال، فكذا لا يكون التاريخ عبرة إذا كان في أيديهما حتى لا ينقض ما يثبت من يد الآخر في النصف، وإن لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة بمقابلة اليد صار وجود التاريخ وعدمه بمنزلة، ولو عدم: يقضى بالدار بينهما نصفين. من هامش الأنقروي في أول دعوى الشراء والبيع.

ادعيا عيناً شراء من واحد والعين في يد أحدهما:

(٤٥) لم يؤرخا: يقضى لذي اليد. (٤٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لذي اليد. (٤٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٤٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لذي اليد. وإن ادعيا الشراء من واحد والعين في يد أحدهما فهو لذي اليد سواء أرخ أو لم يؤرخ، إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى به للخارج في أول الفصل الثامن من الفصولين.

وفيه في أواسط الفصل المذكور: ولو ادعى الخارج وذو اليد بسبب بهذا السبب نحو شراء وإرث وشبهه، فلا يخلو إما أن يدعيا تلقي الملك من جهة واحد أو من جهة اثنين: فلو ادعياه من جهة واحد وبرهننا حكم به لذي اليد لو لم يؤرخا أو أرخا سواء، فلو أرخا

وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى، ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى، إذ وقت الساكت محتمل فلا ينقض قبضه بشك اهـ. وفيه أيضاً في المحل المزبور بإشارة المبسوط: وأجمعوا أن الخارج وذا اليد لو أثبتا الشراء من واحد وأرخ أحدهما لا الآخر فذو التاريخ أولى (فش) ذو اليد أولى (فت) إذ تاريخ الخارج في حقه مخبر به والقبض في حق ذي اليد معاين، وهو دليل على سبق عقده، والمعاينة أقوى من الخبر إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق يحكم للخارج اهـ.

وفيه بعده مسألة: ولو برهن من ليس بيده على أنه قبضه منذ شهر وبرهن ذو اليد على قبضه بلا توقيت أو برهن على الشراء ولم يذكر شهوده القبض فالمبيع له، إذ يده في الحال تدل على ما سبق قبضه وقد ثبت له التاريخ ضمناً ولا يدري أنه قبل قبض الخارج أو بعده فلغت البيتان، وترجح ذو اليد بيده القائمة في الحال اهـ.

ادعيا عيناً أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً والعين في يد ثالث:

(٤٩) لم يؤرخا: يقضى لصاحب النتاج. (٥٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لصاحب النتاج. (٥١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لصاحب النتاج. (٥٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لصاحب النتاج.

ادعيا عيناً ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً والعين في أيديهما:

(٥٣) لم يؤرخا: يقضى لصاحب النتاج. (٥٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لصاحب النتاج. (٥٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لصاحب النتاج. (٥٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لصاحب النتاج.

ادعيا عيناً أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً والعين في أيديهما:

(٥٧) لم يؤرخا: يقضى لصاحب النتاج. (٥٨) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لصاحب النتاج. (٥٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لصاحب النتاج. (٦٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لصاحب النتاج.

في باب دعوى الرجلين من الدرر والغرر: ولو برهن أحدهما من الخارج وذو اليد على الملك المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج أولى. وفي الباب المزبور من الملتقي: ولو برهنا على الملك والآخر على النتاج فهو أولى، وكذا لو كانا خارجين اهـ.

وفي باب ما يدعيه الرجلان من شرح المجمع: لو أقام أحد المدعين بينة على الملك والآخر على النتاج قدم صاحب النتاج سواء كان خارجاً أو ذا يد، لأن صاحب النتاج يثبت أولية الملك فلا يملكه الغير إلا بالتلقي منه اهـ.

وقال أبو السعود العمادي في تحريراته: قد علم من هذه النقول أنه لا فرق في أولوية صاحب النتاج بين أن تكون العين في يد أحدهما أو في يد ثالث، فإن كانت العين في يدهما فكذلك صاحب النتاج أولى، لأن كل واحد من صاحب اليد ذو يد في نصفه وخارج في النصف الآخر كذي اليد مع الخارج.

والحاصل: إذا برهن المدعيان أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج تقدم بينة النتاج، سواء كان العين في يد أحدهما أو في يدهما أو في يد ثالث كما بين في الأصول اهـ.

وقال في البحر الرائق في القضاء: أطلقوا هذه العبارة وهي قولهم: تقدم بينة النتاج على بينة الملك المطلق، فشمّل ما إذا أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما أو لم يؤرخا أصلاً، فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعي لوقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فحيثئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنه للوقتين لغت البيتان عند عامة المشايخ ويترك في يد ذي اليد على ما كان. والنتاج بكسر النون: ولادة الحيوان ووضعه عند من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب، والمراد: ولادته في ملكه أو ملك بائعه أو مورثه اهـ. والمراد لكون التاريخ مستحيلاً في دعوى النتاج عدم موافقة التاريخ لسن المولود.

ودعوى النتاج دعوى سبب الملك بالولادة في ملكه، لأن سبب ذلك نوعان: أحدهما: لا يمكن تكرره والثاني: يمكن تكرره، فما لا يمكن تكرره هو النتاج، فوقع النتاج في الخارج مرتين محال: يعني لا يتصور عود الولد إلى بطن أمه ثم خروجه مرة بعد أخرى، فإذا كان الأمر كذلك الولد لا يعاد ولادته بعد الولادة مرة أخرى، وما كان من المتاع كذلك ولا يصنع مرة أخرى بعد نقضه فلا يكون نحو النتاج^(١) كما صرح به في المفصلات اهـ. فدعوى النتاج دعوى ما لا يتكرر كما صرح به قاضيخان في آخر دعوى المنقول، ودعوى النتاج دعوى أولية الملك كما ذكروا في آخر الفصل الثامن من الفصولين، فيكون كل دعوى أولية الملك كالنتاج، وعلى هذا اتفاق الأئمة الفحول في الفروع والأصول كما حققه جوى زاده^(٢). فكل سبب للملك من المتاع ما لا يتكرر: يعني لا يعاد ولا يصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه فهو في معنى النتاج، ودعوى الملك بهذا السبب كدعواه بالنتاج فإن مثله في عدم التكرر فحكمه كحكمه في جميع أحكامه، وأما كل

(١) في ط (قوله فلا يكون نحو النتاج) لعله سقط قبله «وما كان من المتاع يصنع مرة بعد نقضه» ليوافق كلامه الآتي، وبالجملة فليحرر هذا المقام.

(٢) في ط نسخة خواهر زاده.

سبب للملك من المتاع ما يتكرر: يعني يعاد ويصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه: فهو لا يكون بمعنى النتاج بل يكون في منزلة الملك المطلق كما صرح به في المحيط والمبسوط والزليعي والظهيرية وغيرها اهـ.

مثال ما لا يتكرر كنسج ثياب قطنية أو كتانية لا تنسج إلا مرة، فنسج ثوب قطن أو كتان سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج، فلو أقام خارج وذو يد على أن هذا الثوب ملكه وأنه نسج عنده في ملكه كان ذو اليد أولى كما في الخانية والبزازية وغيرها اهـ. وكحلب لبن فحلب لبن سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج، فلو برهن كل من خارج وذو يد على أن هذا اللبن حلب في ملكه كان ذو اليد أولى كما نقله شارح الملتقي. وحدتي عثمان أفندي الأسكوي.

ومثال ما يتكرر كالمنطقة المصنوعة من الذهب والفضة وغيرها كالبناء والشجر والمغروس والبرّ المزروع وسائر الحبوب ونحوها مثلاً فهو مما يتكرر ويعاد له بعد النقض مرة أخرى، فلو برهن كل من الخارج وذو اليد أن المنطقة صنعت في ملكه وأن الشجر المغروس له في ملكه وأن البرّ له زرعه والحبوب المملوكة له كان الخارج أولى، لاحتقال أن الخارج فعله أولاً ثم غصبه ذو اليد منه ونقضه وفعل ثانياً فيكون ملكاً له بهذا الطريق، فلم يكن في معنى النتاج بل يكون بمنزلة الملك المطلق كما ذكره ابن ملك على المجمع، فإن الذهب المصنوع والفضة المصنوعة والبناء ينقض ويعاد ثانياً، والشجر يفرس ثم يقطع من الأرض ويغرس ثانياً، والحبوب تزرع ثم تغربل مع التراب فتميز ثم تزرع ثانياً، وكذلك المصحف الشريف مما يتكرر، فلو أقام كل من الخارج وذو اليد البينة أنه مصحفه كتبه في ملكه فإنه يقضى به للمدعي، لأن الكتابة مما يتكرر يكتب ثم يمحي ثم يكتب كما في دعوى المنقول من قاضيخان.

وفي الخلاصة في الثالث عشر من الدعوى: أما لسيف فممنه ما يضرب مرتين ومنه ما يضرب مرة واحدة فيسأل علماء الصياغلة، إن قالوا يضرب مرتين يقضى للمدعي، وإن قالوا مرة يقضى لذي اليد، فإن أشكل عليهم أو اختلفوا: ففي رواية أبي سليمان: يقضى به لذي اليد، وفي رواية حفص: يقضى للخارج.

وفي الوجيز للسرخسي: وإن كان مشكلاً فالأصح أنه ملحق بالنتاج اهـ. وفي الدرر: فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج، لأن القضاء ببينة هو الأصل والعدول عنه بحديث النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل اهـ.

ادعياً عيناً نتاجاً والعين في يد ثالث:

(٦١) لم يؤرخا: إن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر: قضى به بينهما نصفين، وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: يقضى به بينهما نصفين. (٦٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: إن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق إن وافق سن المولود للوقت الذي ذكر قضى به بينهما، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به بينهما كذلك نصفين، وإن خالف منه الوقت الذي ذكرا بطلت البيتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. (٦٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: إن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه؛ وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما قضى به إن وافق سنة وقته، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: يقضى بينهما نصفين، وإن أشكل على أحدهما: قضى به لمن أشكل عليه، وإن خالف للوقتين يطلب البيان عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين: قضى به للآخر. (٦٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: إن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان أو الرقيق: إن وافق سن المولود التاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى به بينهما نصفين، وإن خالف سنة لوقت المؤرخ: يقضى به لمن لم يؤرخ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر: قضى بها لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ.

ادعى نتاجا والعين في أيديهما^(١)

(٦٥) لم يؤرخا: إن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين، وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: يقضى به بينهما نصفين. (٦٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: وإن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود للوقت الذي ذكر: قضى به بينهما، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: قضى به بينهما كذلك نصفين، وإن خالف سنة للوقت الذي ذكرا بطلت البيتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. (٦٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: إن ادعى بسبب

(١) في ط حكم صاحب اليد في التاج كحكم الخارجين منه.

عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما: قضى به لمن وافق سنة وقته، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: يقضى بينهما نصفين، وإن أشكل على واحد منهما: قضى به لمن أشكل عليه، وإن خالف سنة اللوطين بطلت البيتان عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. وإن خالف سن المولود لأحد اللوطين: قضى به للأخر. (٦٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر، إن ادعى الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ، وإن لم يوافق بأن أشكل: يقضى بينهما نصفين، وإن خالف الوقت المؤرخ: يقضى به لمن لم يؤرخ انتهى. لأنه إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد اللوطين وهو أشكل الوقت الآخر: قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ.

في أواخر الفصل الثامن من الفصولين: التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط انتهى.

وفيه: برهن الخارجان على النتاج: فلو لم يؤرخا أو أرخا سواء أو أرخ أحدهما لا الآخر فهو بينهما لفقد المرجح، ولو أرخا وأحدهما أسبق: فلو وافق سنة أحدهما فهو له لظهور كذب الآخر، ولو خالفهما أو أشكل فهو بينهما لأنه لم يثبت الوقت فكأنهما لم يؤرخا. وقيل فيما خالفهما بطلت البيتان لظهور كذبهما فلا يقضى لهما اهـ.

واعلم أنه إذا تنازعا في دابة وبرهنا على النتاج عنده أو عند بائعه ولم يؤرخا يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما، أو يحكم لهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث كما ذكره الزيلعي.

وفي الثامن عشر من دعوى التاترخانية: وإن أرخا سواء ينظر إلى سن الدابة: إن كان موافقاً للوقت الذي ذكرا يقضى بها بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب الوقت الذي سن الدابة عليه اهـ: يعني قضى لمن وافق سنهما وقته، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ووافق سن الدابة الوقت المؤرخ: قضى به للمؤرخ أيضاً، لأنه إذا كان أحدهما أسبق قضى به لمن وافق سنهما وقته، فإذا كان الأمر كذلك: إن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر كان وقت غير المؤرخ مبهماً لعدم ذكر التاريخ، فإن فرض المؤرخ سابقاً أو غير سابق يستقيم على صورة مسألة سبق أحد التاريخين، وفي ذلك قضى لمن وافق سنهما، فهنا كذلك قضى للمؤرخ لموافقة تاريخه سنهما، وإن فرض المؤرخ مساوياً لغير المؤرخ قضى للمؤرخ أيضاً لأن في موافقة غير المؤرخ شكاً فلا يعارضه لموافقة المؤرخ. كذا حققه جوي زاده في

تحريراته اهـ. فلا فرق للقضاء لمن وافق سنهما بين أن تكون الدابة في يد أحدهما أو في يديهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف، وإن خالف سنهما للوقتين أو أشكل يقضى بها بينهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث. وإن كانت في يد أحدهما: قضى بها لذي اليد كما حققه صاحب الدرر نقلاً عن الزيلعي. وأيده بقوله وهو الأصح اهـ.

ثم اعلم أن هذا إذا كان سن الدابة مخالفاً للوقتين، أما إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر: قضى بالدابة لصاحب الوقت الذي أشكل سن الدابة عليه، كذا في الثاني عشر من دعوى التاترخانية اهـ. هذا إن أرخا كلاهما، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفاً لتاريخ المؤرخ: يقضى لمن لم يؤرخ لأنه بالطريق الأولى في أن يكون مشكلاً على من لم يؤرخ؛ لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سن الدابة بالطريق الأولى، فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ. كذا حققه جوي زاده في تحريراته انتهى. وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً عليهما قضى بينهما كما في الثاني عشر والثالث عشر من دعوى التاترخانية انتهى. هذا إذا كانت الدابة في أيديهما أو في يد ثالث. وأما إذا كانت في يد أحدهما قضى بها لذي اليد إن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً عليهما كما حققه جوي زاده في تحريراته. والمراد من المخالفة بين السن والوقتين كون الدابة أكبر من الوقتين أو أصغر منهما كما في الثامن عشر من دعوى المحيط.

وفي عبارة دعوى التتمة في فصل ما يترجح به إحدى البيتين: إذا كان سن الدابة دون الوقتين أو فوقهما يكون مخالفاً للوقتين، والمراد بالإشكال عدم ظهور سن الدابة كما قال ابن ملك على المجمع في باب ما يدعيه الرجلان، فإن أشكل: أي إن لم يظهر سن الدابة اهـ.

واختلفت عبارات بعض النسخ فيما إذا خالف سن الدابة للوقتين. قال في الهداية في باب ما يدعيه الرجلان: وإن خالف سن الدابة للوقتين بطلت البيتان. كذا ذكره الحاكم وتبعه في الكافي والنهاية وغاية البيان والبدائع. وقال محمد: والأصح أن تكون الدابة بينهما، لأنه إذا خالف سن الدابة للوقتين أو أشكل يسقط اعتبار ذكر الوقت فينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في الدعوى والحجة فوجب القضاء بها بينهما نصفين. كذا في الكافي كما حققه جوي زاده في تحريراته.

وفي آخر الفصل الثامن من الفصولين: التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط. قال المولى قاضي زاده أخذاً من كلام صاحب الدرر والبدائع: بأن مخالفة السن للوقتين مكذب الوقتين لا مكذب البيتين،

فبالإلزام منه سقوط اعتبار ذلك الوقت لا سقوط اعتبار أصل البيتين، لأننا لم نتيقن بكذب إحدى البيتين لجواز أن يكون سن الدابة موافقاً للوقتتين. ولا يعرف الناظر كما أشار إليه السرخسي في محيطه. وقد يشاهد أن بعض أهل النظر نظر في سن فرس وقال إن سنه اثنان ونصف وكان سنه ثلاثاً ونصفاً.

فإذا تقرر هذا فاعلم أنه إذا لم يثبت الوقت صار كما لو لم يوقت على ذكر شيخ الإسلام الإسيبجي في شرح الكافي، لأن الأصل عدم اعتبار التاريخ في التناج كما مر آنفاً من الفصولين كذا حققه جوي زاده في تحريراته.

وقال: قال قاضيخان في أواخر دعوى المنقول: وإن خالف سن الدابة الوقتين: في رواية يقضى لهما، وفي رواية يبطل البيتان اهـ. وكذا في خزنة الأكملة.

وفي الثامن من العمادية. وفي الرابع عشر من الأستروشنية كما في الحانية: والظاهر من كلام قاضيخان أنه رجح القضاء بينهما لأنه قال في أول كتابه: وفيما كثرت فيه الأقاويل من المتأخرين اختصرت على قول أو قولين وقدمت ما هو الأظهر وافتتحت بما هو الأشهر.

وقال الزيلعي في شرح الكنز نقلاً من المبسوط: والأصح أنهما لا تبطلان، بل يقضى بينهما إذا كانا خارجين أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما يقضى بها لذي اليد، وهكذا ذكر محمد. وأما ما ذكره الحاكم بقوله بطلت البيتان، وهو قول بعض المشايخ وهو ليس بشيء اهـ. واعتمد صاحب الدرر ما في الزيلعي. وقال كما في الزيلعي: وقول الزيلعي ظاهر الرواية وهو اختيار الأئمة الثلاثة كما في معراج الدراية.

وفي رضاء البحر: الفتوى إذا اختلفت كان الترجيح بظاهر الرواية تمت النقول من تحريرات المرحوم أنقزوي أفندي رحمه الله تعالى.

ادعيا عيناً نتاجاً والعين في يد أحدهما:

(٦٩) لم يؤرخا إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لذي اليد، وإن أقام كل منهما بينة على التناج فصاحب اليد أولى. كذا أفتى المولى علي أفندي. وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: قضى به لذي اليد من باب دعوى الرجلين في دعوى الهندية. (٧٠) أو أرخا تاريخاً واحداً، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود للوقت الذي ذكرا: قضى به لذي اليد، وإن لم يوافق بأن أشكل أو خالفهما: قضى به لذي اليد كذلك. (٧١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب

اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق، إن وافق سن الدابة لتاريخ أحدهما: قضى به لمن وافق سنه، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: قضى به لذي اليد، وإن أشكل على أحدهما: قضى به لمن أشكل عليه، وإن خالف سنه للوقت: قضى به لذي اليد، وإن خالف لأحد الوقتين: قضى به للآخر. (٧٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: إن ادعى أن الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ: قضى به للمؤرخ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: قضى به لذي اليد، وإن خالف سنه لوقت المؤرخ: يقضى به لمن لم يؤرخ؛ لأنه إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر: قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ.

قال محمد في الأصل: إذا ادعى الرجل دابة في يد إنسان أنها ملكه نتجت عنده وأقام بينة عليه وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك القياس يقضى بها للخارج.

وفي الاستحسان: يقضى به لصاحب اليد سواء أقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده. وفي الهداية: وهذا هو الصحيح في أوائل الثاني عشر من دعوى التاترخانية. هذا إذا لم يؤرخا، وإن أرخا قضى بها لصاحب اليد، إلا إذا كان سن الدابة مخالفاً لوقت صاحب اليد موافقاً لوقت الخارج فحينئذ يقضى للخارج في الثاني عشر من دعوى المحيط. ولا عبرة للتاريخ مع النتائج إلا إذا أرخا وقتين مختلفين ووافق سن الدابة تاريخ الخارج فإنه يقضى بها للخارج. وإن وافق تاريخ ذي اليد أو كان مشكلاً أو خالفهما: قضى بها لذي اليد كما في دعوى الوجيز. فاعلم هذا إذا كان سن الدابة مخالفاً للوقت. أما إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين فلا يخلو من أن يكون موافقاً أو مخالفاً أو مشكلاً للآخر: فإن كان موافقاً فكما مر حكمه آنفاً قضى لمن وافق، وإن كان مخالفاً للوقتين قضى بها لذي اليد كما مر، وإن كان مشكلاً قضى بها لمن أشكل عليه لما ذكر في التاترخانية والمحيط مطلقاً إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر قضى بالدابة لصاحب الوقت الذي أشكل سن الدابة عليه اهـ. هذا إذا كانا أرخا كلاهما، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفاً لتاريخ المؤرخ يقضى لمن لم يؤرخ، لأنه بالطريق الأولى من أن يكون مشكلاً على من لم يؤرخ، لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سنة الدابة بالطريق الأولى فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً عليهما: قضى بها لذي اليد كما حققه جوي زاده اهـ.

وفي باب دعوى الرجلين في ملتقى الأبحر: وإن برهن خارج وذو اليد على النتاج فذو اليد أولى، وكذا لو برهن كل من تلقى الملك من آخر على النتاج عنده اه: يعني لو كان النتاج ونحوه عند بائعه فذو اليد أولى، كما لو كان النتاج ونحوه عند نفسه، فإن كلاً منهما إذا تلقى الملك من رجل وأقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة من أقامها على ذلك السبب عند نفسه، لأن بينة ذي اليد قامت على أوليه الملك فلا يثبت للخارج إلا بالتلقي منه كما صرح به في الدرر والغرر في باب دعوى الرجلين اه.

وفي الهداية في باب ما يدعيه الرجلان: ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل على حدة وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج عند نفسه اه. وسواء تلقى كل واحد منهما بشراء أو إرث أو هبة أو صدقة مقبوضتين كما أشار إليه في الثامن من شهادات البزازية.

وفي آخر دعوى المنقول من قاضيخان: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد في ملك بائعه فلان فإنه يقضى بالعبد لذو اليد لأن كل واحد منهما ادعى نتاج بائعه ودعوى نتاج بائعه كدعوى نتاج نفسه فيقضى ببينة ذي اليد انتهى. لأن كل واحد من الخارج وذو اليد خصم في إثبات نتاج بائعه كما أنه خصم في إثبات الملك له، ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب النتاج أولى، فكذا من قام مقامهما كما صرح به الزيلعي انتهى.

وفي الدرر في باب دعوى الرجلين: قال في الذخيرة: والحاصل أن بينة ذي اليد على النتاج إنما ترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك، بأن ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية ونحوها، فأما إذا ادعى الخارج فعلاً مع ذلك فبينة الخارج أولى.

وقال في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة: ذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته أجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وذو اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذو اليد لأنه يدعي النتاج والآخر يدعي الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذو اليد، وهذا خلاف ما نقل عنه اه.

وفي البرهاني في الفصل الثاني عشر من كتاب الدعوى: إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج أولى، وكذا إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه أجره أو أودعه أو أعاره كانت بينة الخارج أولى.

قال شيخ الإسلام: الحاصل أن بينة ذي اليد على التناج إنما ترجح على بينة الخارج على التناج أو على الملك المطلق، بأن ادعى ذو اليد التناج وادعى الخارج الملك المطلق أو التناج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية أو ما أشبه ذلك. أما إذا ادعى الملك المطلق ومع ذلك فعلاً فبينة الخارج أولى، وأشار محمد ثمة إلى هذا المعنى، لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتاً انتهى. هكذا في الظهيرية في النوع الثاني من كتاب الدعوى. تمت النقول. وأفتى مشايخنا بمسألة المحيط: يعني يفتى بترجيح بينة الخارج في الصورة المذكورة.

ادعيا ملكاً بسبيين مختلفين من واحد والعين في يد ثالث^(١):

(٧٣) لم يؤرخا: يقضى لمدعي الشراء. (٧٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لمدعي الشراء. (٧٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق. (٧٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى للمؤرخ.

ادعيا ملكاً بسبيين مختلفين من واحد والعين في يدهما^(٢):

(٧٧) لم يؤرخا: يقضى بينهما. (٧٨) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما. (٧٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق. (٨٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما.

ادعيا ملكاً بسبيين من واحد والعين في يد أحدهما^(٣):

(٨١) لم يؤرخا: يقضى لذي اليد. (٨٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لذي اليد. (٨٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق. (٨٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لذي اليد.

ادعيا ملكاً بسبيين مختلفين من اثنين والعين في يد ثالث^(٤):

(٨٥) لم يؤرخا: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. (٨٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. (٨٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين: يقضى للأسبق. وعند محمد: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين. (٨٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما عند أبي حنيفة، وعند أبي

(١) في ط بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهناً أو هبة منه.

(٢) في ط بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهناً أو هبة منه.

(٣) في ط بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهناً أو هبة منه.

(٤) في ط بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر هبة من عمرو منه.

يوسف: يقضى للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قبول أبي حنيفة.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يدهما:

(٨٩) لم يؤرخا: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. (٩٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. (٩١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق. عند الإمامين: يقضى للأسبق. وعند محمد: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين. (٩٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبي حنيفة: يقضى بينهما. وعند أبي يوسف: يقضى للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول أبي حنيفة.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد أحدهما:

(٩٣) لم يؤرخا: يقضى للخارج كما في الملك المطلق. (٩٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج كما في الملك المطلق. (٩٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين: يقضى للأسبق. وعند محمد: يقضى للخارج كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين. (٩٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: عند محمد: يقضى للخارج. وعند أبي يوسف: يقضى للمؤرخ كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول محمد.

ادعيا عيناً في يد آخر فبرهن أحدهما أنه اشتراه من زيد وبرهن الآخر أنه ارتبته من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى. ولو أرخا وأحدهما أقدم فهو أولى، ولو كانت العين في يد أحدهما فهو أولى، إلا إذا سبق تاريخ الخارج فهو للخارج، ولو ادعى أحدهما هبة وقبضاً من زيد وادعى الآخر شراء من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى، وكذا جميع ما مر في الرهن. ولو كانت العين بيدهما فهو بينهما، إلا أن يؤرخ وأحدهما أقدم فهو أولى، والصدقة مع الشراء كالهبة مع الشراء، ولو اجتمعت الهبتان فحكمه حكم ما اجتمع الشراءان.

في أواخر الفصل الثامن من الفصولين: وإذا اجتمعت الهبة مع القبض والصدقة^(١) مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان. من أنقروي.

في دعوى الرجلين بسببين مختلفين من كتاب الدعوى نقلاً في الرابع من دعوى التاترخانية.

(١) في ط أقول: دخل في الصدقة دعوى الوقت، بأن ادعى زويد هبة من والده وادعى آخر وفقاً منه وأرخ الأول لا الثاني، والحكم العمل بيينة ذي التاريخ. تأمل (خير الدين).

(أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذي يد (أو برهن)، (خارج على ملك مؤرخ

هذا لو ادعى تلقي الملك من جهة واحد بسببين مختلفين، فلو ادعياه من جهة اثنين بسببين مختلفين، بأن ادعى أحدهما هبة والآخر شراء، لو كانت العين بيد ثالث أو بيدهما أو بيد أحدهما فحكمه كحكم ما إذا ادعى ملكاً مطلقاً، إذ كل منهما يثبت الملك المطلق لمملكه ثم يثبت الانتقال إلى نفسه، فكان المملكين ادعيا ملكاً مطلقاً وبرهنا، ففي كل موضع ذكرنا في دعوى الملك المطلق أنه يقضى بينهما فكذا هنا، كذا ذا. وفي يس: عين بيده وبرهن آخر أنه شراء من زيد وبرهن آخر أن بكرأ وهبه فهو بينهما، ولو برهنا على التلقي من واحد فالشراء أولى إذا تصادقا، على أنه لو اختلف في النزاع في السابق فالشراء أسبق، لأنه لما لم يبين سبق أحدهما جعلاً كأنهما وافقا معاً، ولو تقارنا كان الشراء أسرع نقاداً من الهبة لأنها لا تصح إلا بقبض والبيع يصح بدونه.

هذا، وإن ادعى أحدهما الشراء من زيد والآخر هبة وقبضا من الآخر والعين في يد ثالث: قضى بينهما، وكذا لو ادعى ثالث ميراثاً عن أبيه وادعى رابع صدقة وقبضا من آخر: قضى بينهم أربعاً عند استواء الحجة إذ تلقوا الملك من مملكتهم فكأنهم حضروا وبرهنا على الملك المطلق. فصولين من أواخر الثامن.

وإن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر الهبة من الآخر والعين في يد ثالث: قضى بينهما، وكذا إن ادعى ثالث ميراثاً عن أبيه وادعى رابع صدقة من آخر: قضى بينهم أربعاً، وإن كانت العين في يد أحدهما: يقضى للخارج إلا في أسبق التاريخ، وإن كان في أيديهما: يقضى بينهما إلا في أسبق التاريخ فهو له، وهذا إذا كان المدعي مما لا يقسم كالعبد والدابة. وأما ما يقسم كالدار والعقار فإنه يقضى للمدعي الشراء. أنقروي. وإنما يصح أن يقضى بينهما لو كان المدعي مما لا يجتمل القسمة، أما المحتمل فيقضى بكله للمدعي الشراء. والصحيح في الهبة أن يقضى بينهما احتمال القسمة أو لا، إذ الشروع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة في الصحيح ويفسد الرهن. كذا في أواخر الفصل الثامن من الفصولين. وهذا آخر ما وجدته ونقلته من نسخة محرفة تحريفاً كلياً بعد أن صححت ما ظهر لي من الغلط بالرجوع إلى أصوله التي هي في يدي ومتى ظفرت ببقية الأصول المنقول عنها تم تصحيحها إن شاء الله تعالى. قوله: (أو شراء مؤرخ) أشار بذكره بعد ذكر الملك إلى أنه لا فرق بين دعوى الملك المطلق والذي بسبب.

قال العيني: وأما الصورة الثانية: أي صورة الشراء فلأنهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا أن الملك له، فمن أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاومه فيه أحد كان أولى اه. فقوله وإن برهن خارجان الخ يشتمل على ثمان مسائل من الصور المتقدمة. قوله: (من واحد غير ذي يد) إنما قيد به تبعاً للهداية، لأن دعوى الخارجين

وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق، وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف. عيني. وكل يدعي الشراء

الشراء من ذي يد قد تقدمت في قوله ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما فلا فائدة في التعميم. بحر.

وفيه: وقيد بالبرهان على التاريخ أي منهما في الأولى، لأنه لو أرخت إحداها دون الأخرى فهو سواء كما لم يؤرخا عنده. وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى. وقال محمد: المبهم أولى، بخلاف ما إذا أرخت إحداها فقط في الثانية فإن المؤرخ أولى.

والحاصل: أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهي بينهما في المسألتين، وإن أرخا وسبق أحدهما فالسابق أولى فيهما، وإن أرخت إحداها فقط فهي الأحق في الثانية لا في الأولى، وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والأسبق تاريخاً. قوله: (وذو يد على ملك) قيد بالملك، لأنها لو أقامها على أنها في يده منذ سنتين ولم يشهدا أنها له قضى بها للمدعي، لأنها شهدت باليد لا بالملك. قوله: (فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهي بينهما في المسألتين الأوليين، وإن سبقت إحداها فالسابقة أولى فيهما، وإن أرخت إحداها فقط فهي الأحق في الثانية لا الأولى، وأما في الثانية فالخارج أولى في الصور الثلاث. وتماه في البحر. قوله: (متفق) يجوز أن يقرأ بالرفع خبر لمبتدأ محذوف: أي هو: أي الشأن متفق، ويجوز النصب على الحال من فاعل برهنا. قوله: (أو مختلف عيني) ومثله في الزيالي تبعاً للكافي.

وادعى في البحر أنه سهو، وأنه يقدم الأسبق في دعوى الشراء من شخص واحد فإنه يقدم الأسبق تاريخاً، ورده الرملي بأنه هو الساهي، فإن في المسألة اختلاف الرواية.

ففي جامع الفصولين: ولو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلف الروايات في الكتب فما ذكر في الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ. وفي المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اه ملخصاً.

وفي نور العين عن قاضيخان: ادعى شراء من اثنين يقضى بينهما نصفين، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو أحق من ظاهر الرواية. وعن محمد: لا يعتبر التاريخ: يعني يقضى بينهما، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى بينهما نصفين وفاقاً، فلو لأحدهما يد فالخارج أولى. خلاصة، إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد. هداية.

برهن خارجان على شراء شيء من اثنين وأرخا فهما سواء، لأنهما يشبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا وادعى ثم يخير كل منهما كما في مسألة دعوى الخارجين شراء من ذي اليد. كفاية.

(من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعدد البائع، وإن اتحد فذو الوقت أحق، ثم لا بد من ذكر المدعى وشهود ما يفيد ملك بائعه

لو برهنا على شراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت روايات الكتب، فما في الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ بل يقضى بينهما، وفي المبسوط ما يدل صريحاً أن الأسبق أولى.

يقول الحقير: ويؤيده ما مر عن قاضيخان أنه ظاهر الرواية، فما في الهداية اختيار قول محمد اه. ثم قال: ودليل ما في المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخاً يضيف الملك إلى نفسه في زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما في الهداية وهو أنهما يثبتان الملك لبائعتهما فكأنهما حضرا أو ادعيا الملك بلا تاريخ، ووجه قوة الأول غير خاف على من تأمل، ويرجح أنه ظاهر الرواية اه. وكذا بحث في دليل ما في الهداية في الحواشي السعدية فراجعها، وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبني على ظاهر الرواية، فهو أولى مما فعله الشارح متابعا للدرر وإن وافق الكافي والهداية، وأما الحكم عليه بالسهو كما تقدم عن البحر فمما لا ينبغي. قوله: (من رجل آخر) أي غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه. زيلعي. قوله: (استويا) لأنهما في الأول يثبتان الملك لبائعتهما فكأنهما حضرا، ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم؛ بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. بحر. ثم قال: وإذا استويا في مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك اه. قوله: (وإن اتحد الخ) ذكرنا الكلام عليه آنفاً، وتقدمت في هذا الباب في محلها عن السراج. قوله: (ما يفيد ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها.

قال في البحر: ثم اعلم أن البيئنة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها كما في خزنة الأكمل.

وفي السراج الوهاج: لا تقبل الشهادة على الشراء من فلان حتى يشهدوا أنه باعها منه وهو يومئذ يملكها، أو يشهدوا أنها لهذا المدعي اشتراها من فلان بكذا ونقده الثمن وسلمها إليه، لأن الإنسان قد يبيع مالا يملك لجواز أن يكون وكيلاً أو متعدياً فلا يستحق المشتري الملك بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع أو ما يدل عليه اه.

قلت: إذا كان البائع وكيلاً فكيف يشهدون بأنه باعها وهو يملكها، فليتأمل اه.

أقول: إذا عرف الشهود أن البائع وكيل فالظاهر أنهم يقولون باعها بالوكالة عمن يملكها لأن خصوص وهو يملكها غير لازم.

إن لم يكن المبيع في يد البائع ولو شهدوا بيده فقولان . بزازية (فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه) أو برهننا على سبب ملك لا يتكرر

قال في نور العين في آخر الفصل السادس رامزاً للمبسوط: لا تقبل بينة الشراء من الغائب إلا بالشهادة بأحد الثلاثة، إما بملك بائعه بأن يقولوا باع وهو يملكه، وإما بملك مشتريه بأن يقولوا هو للمشتري اشتراه من فلان، وإما بقبضه بأن يقولوا هو للمشتري اشتراه منه وقبضه اهـ.

وفيه رامز الفتاوى القاضي ظهير: ادعى إرثاً ورثه من أبيه وادعى آخر شراءه من الميت وشهوده شهدوا بأن الميت باعه منه ولم يقولوا باعه منه وهو يملكه، قالوا: لو كانت الدار في يد مدعي الشراء أم مدعي الإرث فالشهادة جائزة لأنها على مجرد البيع، إنما لا تقبل إذا لم تكن الدار في يد المشتري أو الوارث، أما لو كانت فالشهادة بالبيع كالشهادة ببيع وملك اهـ.

وفي البحر عن البزازية: إذا كان المبيع في يد البائع تقبل من غير ذكر ملك البائع، وإن كان في يد غيره والمدعي يدعيه لنفسه، إن ذكر المدعي وشهوده أن البائع يملكها أو قالوا سلمها إليه وقال سلمها إليّ أو قال قبضت وقالوا قبض أو قال ملكي اشتريتها منه وهي لي تقبل، فإن شهدوا على الشراء والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك المشتري لا تقبل الدعوى ولا الشهادة، ولو شهدوا باليد للبائع دون الملك اختلفوا اهـ. قوله: (إن لم يكن المبيع في يد البائع) أي وهو يدعي الشراء منه وبرهن فإنه لا يحتاج إلى شهادة الشهود بملك البائع لمعاينة وضع يده. قوله: (ولو شهدوا بيده) أي بيد البائع دون الملك: أي والمبيع ليس في يده. قوله: (فقولان) ينبغي أن يعتمد عدم صحة ذلك، لأن اليد تتنوع إلى يد ملك ويد غصب ويد أمانة، وبيان العام لا يحقق الخاص وهو المطلوب الذي هو الملك. تأمل. قوله: (وذو اليد على الشراء منه) صورته: عبد في يد زيد ادعاه بكر أنه ملكه ويرهن عليه ويرهن زيد على الشراء منه فذو اليد أولى، لأن الخارج إن كان يثبت أولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه فلا تنافي فيه، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه، وكذا لو برهن الخارج على الإرث. فصولين. ولو برهن على الشراء من أجنبي فالخارج أحق.

مَطْلَبٌ: لَا اغْتِيَارَ بِالتَّارِيخِ مَعَ التَّاجِ إِلَّا مَنْ أَرَّخَ تَارِيحًا مُسْتَحِيلًا

قوله: (أو برهننا) أي الخارج وذو اليد. وفي البحر أطلقه فشمّل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلاً أو أرخت إحداهما فلا اعتبار للتاريخ مع التناج، إلا أن من أرخ تاريخاً مستحيلًا بأن لم يوافق من المدعي لوقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فحيثئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنه للوقتتين لغت البيتان عند عامة

(كالتاج)

المشايع يترك في يد ذي اليد على ما كان وهو بينهما نصفين كذا في رواية. كذا في جامع الفصولين.

وفيه: برهن الخارج أن هذه أمته ولدت هذا القرن في ملكي وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعي لأنها ادعيا في الأمة ملكاً مطلقاً فيقضى بها للمدعي ثم يستحق القرن تبعاً اهـ.

مَطْلَبٌ: يُقَدَّمُ ذُو الْيَدِ فِي دَعْوَى التَّاجِ إِنْ لَمْ يَكُنِ التَّرَاغُ فِي الْأُمِّ
وهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم في دعوى التاج على الخارج إن لم يتنازعا في الأم، أما لو تنازعا فيها في الملك المطلق وشهدوا به ويتاج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها اهـ.

تَعْرِيفُ التَّاجِ

قوله: (كالتاج) هو ولادة الحيوان، من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب.

مَطْلَبٌ: الْمُرَادُ بِالتَّاجِ وَلادتهُ فِي مِلْكِهِ أَوْ مِلْكِ بَائِعِهِ أَوْ مُورَثِهِ
والمراد ولادته في ملكه أو ملك بائعه أو مورثه.

مَطْلَبٌ: هَذَا أَلْوَلَدُ وَلادتهُ أُمَّتُهُ وَلَمْ يَشْهَدُوا بِالْمِلْكِ لَهُ لَا يُقْضَى لَهُ

ولذا قال في خزنة الأكل: لو أقام ذو اليد أن هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده أو أن هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فإنه لا يقضى له اهـ. وكذا لو شهدوا أنها بنت أمته لأنهم إنما شهدوا بالنسب. كذا في الخزنة.

وفي جامع الفصولين: برهن كل من الخارج وذي اليد على نتاج في ملك بائعه حكم لذي اليد إذ كل منهما خصم عن بائعه، فكان بائعيهما حضرا وادعيا ملكاً بنتاج لذي اليد اهـ. وإنما حكم لذي اليد لأن البينة قامت على مالا تدل عليه اليد وترجحت بيته ذي اليد باليد فقضى له، وهذا هو الصحيح. والقضاء بيته الخارج هو الأصل، وإنما عدلنا عنه بخبر التاج، وهو ما روى جابر بن عبد الله «أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى نَاقَةً فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَتْ عِنْدَهُ وَأَقَامَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ بَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَتْهَا، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ» وهذا حيث مشهور صحيح، فصارت مسألة التاج مخصوصة كما في المحيط.

وفي القنية كما تقدم: بيته ذي اليد إذا أثبتت أولية الملك بالتاج عنده، فكذا إذا ادعاه عند مورثه اهـ ولو برهن أنه له ولد في ملكه وبرهن ذو اليد أنه له ولد في ملك بائعه حكم به لذي اليد لأنه خصم عن تلقى الملك منه ويده يد المتلقي منه فكانه حضر

وما في معناه كمنسج لا يعاد وغزل قطن (وحلب لبن وجز صوف) ونحوها،

ويرهن على التاج والمدعي في يده يحكم له به. كذا هذا اهـ.

مَطْلَبٌ: لَا يَرْجَحُ نِتَاجٌ فِي مِلْكِهِ عَلَى نِتَاجٍ فِي مِلْكٍ بَائِعِهِ

وبه ظهر أنه لا يترجح نتاج في ملكه على نتاج في ملك بائعه.

مَطْلَبٌ: لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَشْهَدُوا أَنْ أُمَّهُ فِي مِلْكِهِ

ولا يشترط أن يشهدوا بأن أمه في ملكه، لكن لو شهدت بيته بذلك دون أخرى قدمت عليها، لما في الخزانة: عبد في يد رجل أقام رجل البيته أنه عبده ولد في ملكه وأقام آخر البيته أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه قضى للذي أمه في يده، فإن أقام صاحب اليد البيته أنه عبده ولد في ملكه من أمة أخرى فصاحب اليد أولى.

مَطْلَبٌ: بَرَّهَنَ كُلُّ مَنْ خَارَجِينَ أَنَّهُ عَبْدُهُ وَوَلَدٌ مِنْ أُمَّتِهِ

وَعَبْدِهِ هَذَيْنِ يُنْصَفُ وَهُوَ ابْنُ عَبْدَيْنِ وَأُمَّتَيْنِ

عبد في يد رجل أقام رجل البيته أنه عبده ولد من أمته هذه من عبده هذا وأقام رجل آخر البيته بمثل ذلك فيكون بينهما نصفين فيكون ابن عبدتين وأمتين. وقال صاحبه: لا يثبت نسبه منهما اهـ. ومحل تقديم بيته ذي اليد في النتاج إذا لم يدع الخارج نتاجاً وعتقاً، وإلا كان الخارج أولى، لأن بيته النتاج مع العتق أكثر إثباتاً، لأنها أثبتت أولية الملك على وجه لا يستحق عليه أصلاً، وبيته ذي اليد أثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه، بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فيبيته ذي اليد أولى.

مَطْلَبٌ: رَأَى دَابَّةً تَتَّبِعُ دَابَّةً وَتَرْتَضِعُ يَشْهَدُ بِالْمِلْكِ وَالتَّاجِ

وفي شهادات البزازية: الشاهد عاين دابة تتبع دابة وترتضع له أن يشهد بالملك

والتاج اهـ.

قال في الخلاصة: وعلى هذا لو شهد شاهدان على النتاج لزيد وآخران على النتاج

لعمر، ويتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت في ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين اهـ. قوله: (وما في معناه) مما لا يتكرر. قوله: (كمنسج لا يعاد) كالثياب القطني. قوله: (وحلب لبن) واتخاذ الجبن واللبد والمرعزاء وجزّ الصوف، فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذه ثيابي نسجت عندي أو لبني حلب عندي أو جبني أو لبدي اتخذ عندي أو صوفي جزّ عندي فإنه يقدم ذو اليد كما في النتاج، والعلة ما في النتاج والجبن بضمه وبضميتين كقبل. قاموس. والمرعزاء إذا شددت الزاي قصرت وإذا خففت مدت والميم والعين مكسورتان، وقد يقال: مرعزاء بفتح الميم مخففاً ممدوداً وهي كالصوف تحت شعر العنز. مغرب. قال أبو

ولو عند بائعه. درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعاً، إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلاً كغصب أو ودیعة أو إجارة ونحوها في رواية.

السعود: هو الشعر الخفيف الذي يتنف من ظهر المعز ويعمل منه الأقمشة الرفیعة ا هـ.

أقول: ويوجد جنس مخصوص يسمى المرعز يعمل من صوفه الشال اللاهور والفرماش، وهو يشبه المعز في الخلقة والغنم في الصوف إلا أنه أليّن من صوف الغنم، ولعله هو هو.

قال في البحر: ولا بد من الشهادة بالملك مع السبب الذي لا يتكرر كالتاج ا هـ ط. قوله: (ولو عند بائعه) أو عند مورثه كما تقدم: أي لا فرق بين أن يدعى كل منهما التاج ونحوه عنده أو عند بائعه، فحكم التاج يجري على ما في معناه من كل غير متكرر. قوله: (فذو اليد أحق) أطلقه فشمّل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أحدهما إلى آخر ما قدمناه قريباً عن البحر. قوله: (إلا إذا ادعى الخارج النخ) أي حيث تكون بينة الخارج أولى وإن ادعى ذو اليد التاج، لأن بينة الخارج في هذه الصور أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب وأشباهه إذ هو غير ثابت أصلاً، وأولية الملك إن لم يكن ثابتاً باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهراً فكان ثابتاً باليد من وجه دون وجه، فكان إثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذ البينة للإثبات كما في التبيين.

بقي ما إذا ادعى الخارج فعلاً ونتاجاً يقدم بالأولى. ويمكن إدخالها في عبارته بأن يقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته ملكاً أو نتاجاً أخذها من ذي اليد. تأمل. قوله: (فعلاً) أي وإن لم يدع الخارج التاج. تأمل.

مَطْلَبٌ: ادَّعى الخَارِجُ الفِعْلَ عَلَى ذِي اليَدِ المُدَّعِي التَّاجَ فَالْخَارِجُ أَوْلَى

قوله: (كغصب أو ودیعة) قال في البحر: وقد يكون كل منهما مدعياً للملك والتاج فقط، إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى، وإن ادعى ذو اليد التاج، لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد إذ هو غير ثابت أصلاً كما ذكره الشارح ا هـ. قوله: (في رواية) الأولى أن يقول في قول كما في الشرنبلالية، وإنما قال ذلك لما قال في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة: ذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى التاج عن المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة، فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته أجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وذو اليد أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذی اليد، لأنه يدعي ملك التاج والآخر يدعي الإجارة أو الإعارة والتاج أسبق منهما فيقضى لذی اليد. وهذا خلاف ما نقل عنه. درر. واستظهر في نور العين أن ما في الذخيرة هو الأصح والأرجح، وبه ظهر عدم الاختلاف بين العبارتين، بأن يحمل الأول على أن كلاً منهما

ادعى النتاج ونحوه وزاد دعوى الفعل، وما نقله عن أبي الليث أن الخارج إنما ادعى الفعل فقط بدون النتاج، لكن تعليل الزيلعي يقتضي أن المثبت للفعل أكثر إثباتاً سواء كان معه دعوى نتاج أو لا، فلذلك حكم صاحب الدرر أنها رواية ثانية، وعليها اقتصر في البحر وشرح الهداية. وعبارة الزيلعي بعد تعليل: تقديم ذي اليد في دعوى النتاج بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً للخارج فيها، فإثباتها يندفع الخارج، وبينه ذي اليد مقبولة للدفع، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد حيث تكون بينته أرجح وإن ادعى ذو اليد النتاج، لأنه في هذه أكثر إثباتاً لإثباتها ما هو غير ثابت أصلاً اهـ ملخصاً. ويؤيدها ما ذكره قريباً إن شاء الله تعالى عند قول المصنف «قضى بها لذي اليد» ويستثنى أيضاً ما إذا تنازعا في الأم كما مر، وما إذا ادعى الخارج إعتاقاً على النتاج كما مر ويأتي.

فروع في البحر: شاتان في يد رجل إحداهما بيضاء والأخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وأن هذه السوداء ولدت هذه البيضاء في ملكه فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي ذكرت شهوده أنها ولدت في ملكه: أي فيقضى للأول بالسوداء وللثاني بالبيضاء.

قال في التاترخانية: هكذا ذكر محمد، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلاً، فإن كانت واحدة منهما تصلح أما للأخرى والأخرى لا تصلح أما لهذه كانت علامة الصدق ظاهرة في شهادة شهود أحدهما فيقضى بشهادة شهوده.

وعن أبي يوسف فيما إذا كان سن الشاتين مشكلاً: إني لا أقبل بينتهما وأقضي بالشاة لكل واحد منهما بالشاة في يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق.

ولو أقام الذي في يده البيضاء أن البيضاء شاتي ولدت في ملكي والسوداء التي في يد صاحبي شاتي ولدت من هذه البيضاء وأقام الذي السوداء في يده أن السوداء ولدت في ملكي والبيضاء التي في يد صاحبي ملكي ولدت من هذه السوداء فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده اهـ.

وإن كان في يد رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ أقام رجل البينة أنه له فرخ في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك: قضى به لصاحب اليد.

ولو ادعى لبناً في يد رجل أنه له ضربه في ملكه وبرهن ذو اليد: يقضى به للخارج، ولو كان مكان اللبن آجر أو جص أو نورة: يقضى به لصاحب اليد، وغزل القطن لا يتكرر فيقضى به لذي اليد، بخلاف غزل الصوف وورق الشجر وثمرته بمنزلة

درر أو كان سبباً يتكرر كبناء وغرس ونسج خز وزرع برّ ونحوه، أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل، وإنما عدلنا عنه بحديث التاج (وإن برهن

التاج، بخلاف غصن الشجرة والحنطة لا بد من الشهادة بالملك مع السبب الذي لا يتكرر كالتاج.

لو برهن الخارج على أن البيضة التي تفلقت عن هذه الدجاجة كانت له لم يقض له بالدجاجة ويقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها، لأن ملك البيضة ليس لملك الدجاجة، فإن من غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له كان الفرخ للغاصب وعليه مثلها، بخلاف الأمة فإن ولدها لصاحب الأم، وجلد الشاة يقضى به لصاحب اليد والجبّة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والأنماط والثوب المصبوغ بعصفر أو زعفران يقضى بها للخارج اهـ. قوله: (أو كان سبباً يتكرر) عطف على ادعى: يعني أن ذا اليد أحق في كل حال إلا في حال ما إذا ادعى غصباً أو كان سبباً يتكرر فإنه يقضى للخارج بمنزلة الملك المطلق. قوله: (كبناء) أي كما إذا ادعى ذو اليد أن هذا الآجر ملكي بنيت به حائطي وادعى الخارج كذلك يقدم الخارج لأنه يمكن تكرره. قوله: (وغرس) قال الحموي: والحنطة مما يتكرر، فإن الإنسان قد يزرع في الأرض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانية، فإذا ادعى كل أنها حنطته زرعها وأقاما برهاناً فإنه يقدم الخارج، والنخل يغرس غير مرة فإذا تنازعا في أرض ونخيل: أي كل يدعي غرسه وبرهنا فإنه يقضى للخارج بهما، وكذا الأرض المزروعة: يعني أنها أرضه زرعها كل يدعي ذلك، أما إذا كان الزرع مما يتكرر فظاهر وإلا كان تبعاً للأرض كما في الخلاصة.

والحاصل: أن المنظور إليه في كونه يتكرر أو لا يتكرر هو الأصل لا التبع كما في البحر. قوله: (ونسج خز) الخز اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً. قيل هو نسج إذا بلى يغزل مرة ثانية ثم ينسج. عزمي. قوله: (أو أشكل على أهل الخبرة) قال في البحر: ونصل السيف يسأل عنه، فإن أخبروا أنه لا يضرب إلا مرة كان لذي اليد وإلا للخارج: أي فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذا النصل له ضربه بيده وأقاما برهاناً فهو على هذا اهـ. قال أبو السعود: فإن أشكل على أهل الخبرة قضى به للخارج والواحد منهم يكفي والاثنان أحوط. عزمي وزيلعي.

وذكر في غاية البيان أنه إذا أشكل على أهل الخبرة اختلفت الرواية، ففي رواية أبي سليمان: يقضى لذي اليد. وفي رواية أبي حفص: يقضى للخارج اهـ. قوله: (لأنه الأصل) أي كون المدعي للخارج المبرهن لأن القضاء بينة هو الأصل، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قوله: (وإنما عدلنا عنه بحديث التاج) سبق ما فيه قال الخير الرملي: التاج

كل من الخارجين أو ذوي الأيدي أو الخارج وذو اليد. عيني (على الشراء من الآخر بلا قوت سقطا وترك المال) المدعى به (في يد من معه) وقال محمد: يقضى للخارج.

قلنا: الإقدام على الشراء، إقرار منه بالملك له، ولو أثبتنا قبضاً تهاترتا اتفاقاً.

درر.

بالكسر مصدر، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجاً: ولدت. قال شيخ الإسلام زكريا: النتاج بكسر النون من تسمية المفعول بالمصدر، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجاً: ولدت ا هـ. وقال ابن الملقن في ضبط كلام المنهاج: النتاج بفتح النون، ورأيت بخط المصنف في الأصل بكسرهما في ثلاثة مواضع ا هـ. قال الهيثمي: ضبطه المصنف: يعني النووي بكسر النون، وضبطه الأستاذ بالفتح ا هـ.

تمة: المقضي عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقي الملك من المقضى له أو على النتاج كما في العمادية والبزازية. قال الرملي: والظاهر أن ما في خزانة الأكمل هو الراجح كما يشهد له الاقتصار عليه في العمادية والبزازية وغيرهما، فازدد نقلاً في المسألة إن شئت، وقدمنا الكلام عليه في دفع الدعوى. قوله: (من الآخر) أي من خصمه الآخر. قوله: (بلا وقت) قيد به لأنهما لو أرخا يقضى به لصاحب الوقت الأخير، كذا في خزانة الأكمل. قوله: (وترك المال المدعى به في يد من معه) أي لا على وجه القضاء بل عملاً بالأصل، لأنه لما تهاترت البيتان رجع إلى الأصل، وهو أن وضع اليد من أسباب الملك. قوله: (وقال محمد: يقضى للخارج) أي لإمكان العمل بالبيتين ويأن يجعل ذو اليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع، لأن القبض دليل الشراء فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دليل السبق. ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده، وهذا فيما إذا كانت في يد أحدهما كما يظهر من تقرير كلامه. وجه قولهما كما في البحر أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبايع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين. وفيه التهاتر بالإجماع. كذا هنا. ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء بمجرد السبب وأنه لا يفيد، ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض المضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقده الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. قوله: (قلنا الإقدام) أي من الخارج على الشراء الذي ادعاه والإقدام من ذي اليد على الشراء الذي ادعاه. قوله: (إقرار منه) أي من القادم بالملك له للآخر فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر، وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع. قوله: (ولو أثبتنا قبضاً تهاترتا اتفاقاً) لأن الجمع غير ممكن عند

(ولا ترجح بزيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل . لا بكثرتة .

محمد لجواز كل واحد من البيعين، بخلاف الأول، وهذا في غير العقار، أما في العقار: فإن وقت البيتان ولم يثبتا قبضاً، فإن كان وقت الخارج أسبق: يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما . وعند محمد: يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه، وإن أثبتنا قبضاً: يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق: يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا كما في البحر عن الهداية . وفيه وفي المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافي ١ هـ .

أقول: ثم رأيت في الشرنبلالية ما يكون تأييداً لكلام الهداية، حيث قال: وعند محمد: يقضى بالبيتين: يعني إن ذكروا القبض الخ . تأمل .

وفي البحر أيضاً عن الكافي: دار في يد زيد برهن عمرو على أنه باعها من بكر بألف وبرهن بكر على أنه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله قضى بالدار بين المدعين ولا يقضى بشيء من الثمنين لأنه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ ولم يتعذر القضاء بالملك . وعند محمد: يقضى بها بينهما . ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه، لأنه لم يسلم لكل واحد إلا نصف المبيع .

ولو ادعت امرأة شراء الدار من عمرو بألف وعمرو ادعى أنه اشتراها منها بألف وزيد وهو ذو اليد يدعي أنها له اشتراها من عمرو بألف وأقاموا البينة: قضى لذي اليد لتعارض بيئتي غيره فبقيت بيئته بلا معارض . وعند محمد: يقضى بالدار لذي اليد بألف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بألف، لأن ذا اليد والمرأة ادعيا التلقي من الخارج فيجعل كأنها في يده ١ هـ .

مَطْلَبٌ: بَرَهَنَ كُلٌّ عَلَى إِقْرَارِ الْآخَرِ أَنَّهَا لَهُ تَهَاتُرًا

وأشار المؤلف إلى أنه لو برهن كل على إقرار الآخر أن هذا الشيء له فإنهما يتهاتران ويبقى في يد ذي اليد . كذا في الخزانة . قوله: (ولا ترجح) يحتمل أن يقرأ الفعل بالتذكير أو التأنيث، فعلى الأولى يعود الضمير المستتر على الحكم، وعلى الثاني يعود على الدعوى . إلى هذا أشار العيني . قوله: (فإن الترجيح عندنا) أي وعند الشافعي في القديم وبعض المالكية يرجحون بكثرة العدد . قوله: (بقوة الدليل) بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر مجملاً، فيرجح المفسر على المجمل والتواتر على الأحاد لقوة فيه، وكذا لا يرجح أحد القياسين ولا الحديث بحديث آخر، وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح كما في البحر . وسيأتي قريباً تمامه . قوله: (لا بكثرتة) ولذا لا ترجح الآية بأية أخرى ولا الخبر بالخبر ولا أحد القياسين بقياس آخر .

ثم فرع على هذا الأصل . بقوله : (فلو أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) في ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة

قال في غاية البيان : لأن الترجيح يكون بقوة العلة لا بكثرة في العلل ، ولذلك قلنا : إن الخبرين إذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يتأكد معنى الحجة فيه ، وهو الاتصال برسول الله ﷺ حتى يترجح المشهور بكثرة رواته على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله ﷺ ، وترجح بفقهِ الراوي وحسن ضبطه وإتقانه لأنه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله ﷺ على الوجه الذي وصل إلينا بالنقل ، وكذلك الآيتان إذا وقعت المعارضة بينهما لا تترجح إحداها بأية أخرى ، بل بقوة في معنى الحجة وهو أنه نص مفسر والآخر مؤول ، وكذلك لا يترجح أحد الخبرين بالقياس ، فعرفنا أن ما يقع به الترجيح هو ما لا يصلح علة للحكم ابتداء بل ما يكون^(١) مقوياً لما به صارت العلة موجبة للحكم اهـ .

قال المولى عبد الحلیم : قوله فلأن الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل الترجيح يقع بقوة العلة ولذلك ترجح شهادة العدل على شهادة المستور ، كما يرجح كون أحد الخبرين أو الآيتين مفسراً أو محكماً على الآخر اهـ . قوله : (فهما سواء في ذلك) أي في الإقامة المأخوذة من أقام : أي في حكمها .

قال شيخ مشايخنا : ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه يفيد حيتن العلم فلا ينبغي أن يجعل كالجانب الآخر اهـ .

أقول : ظاهر ما في الشمني والزيلعي يفيد ذلك حيث قال : ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد ، والترجح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها ، بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً أو يكون أحدهما مفسراً والآخر مجملاً فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اهـ . ييري . وفي شرح المفتي أن عدد الشهود إذا بلغ حد التواتر ينبغي أن يرجح على من لم يبلغه قياساً على الخبر من أنه يرجح كون أحد الخبرين إلى آخر ما قدمناه قريباً ولم أظفر على الرواية اهـ .

أقول : قد ذكر في التحرير وشرحه ما حاصله : فرق بين الشهادة والخبر ، لأن السمع ورد في الشهادة على خلاف القياس بأن يكون نصابها اثنين فلا يكون لكثرتهم قوة زائدة تمنع ما اعتبره السمع في الطرف الآخر ، بخلاف الرواية في الخبر فإن الحكم فيه نيط برواية كل من الراوي ، فلا شك أن كثرتهم تزيد الظن والقوة وفيه فافتراقاً على أن ما ورد فيه النص لا يؤثره القياس . تدبر . قوله : (لأن المعتبر أصل العدالة) بل المعتبر فيه الولاية

(١) في ط (قوله بل ما يكون) لعل ما زائدة؟ وليراجع الأصل .

ولا حد للأعدلية.

(دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقي للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصب (وقالا الثلث له والباقي للثاني بطريق العول) لأن المسألة كلاً ونصفاً، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة.

بالحرية والناس فيه سواء والعدالة شرطت لظهور أثر الصدق حتى وجب على القاضي القضاء ولذلك لم يلتفت إلى زيادة قوة في العدالة، وباقي التفصيل في شرح المفتي الشارح الهندي. قوله: (ولا حد للأعدلية) أي فلا يقع الترجيح بها لاحتمال أن يجد الآخر ما هو أعدل فلا يستقر الحكم على حالة. قوله: (بطريق المنازعة) اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر في هذه المسألة طريق المنازعة، وهو أن النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة، بقي النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فينصف، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة، وإنما سمي بهذا لأن في المسألة كلاً ونصفاً، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة، فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول. وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه، فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثان في الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فحصل ثلث الدار لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان. منح.

قال في الهداية: إن لهذه المسألة نظائر وأصداداً لا يحتملها هذا المختصر، وقد ذكرناها في الزيادات ١ هـ. وسيأتي الكلام عليها قريباً إن شاء الله تعالى عن شرح الزيادات لقاضيخان. قوله: (بطريق العول) هو في اللغة الزيادة والارتفاع. وعند أهل الحساب أن يزداد على المخرج من أخواته إذا ضاق عن فرض ذي السهم. قوله: (فالمسألة من اثنين) لوجود كسر مخرجه ذلك وهو النصف. قوله: (وتعول إلى ثلاثة) فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم فيقسم أثلاثاً بينهما. والأصل أنه إذا وقعت الدعوى في شيء معين كانت القسمة بطريق المنازعة، ومتى كانت الدعوى في جزء غير معين وكان باسم السهم والنصيب كانت القسمة بطريق العول، فالوجه لهما أن الدعوى وقعت في جزء غير معين وهو النصف فيقسم على طريق العول كما في المواريث.

وله أن الدعوى وقعت في العين وإن كانت باسم النصف شائعاً، لكن الدعوى لا تصح إلا بالإضافة والإشارة إلى محل معين كأن يقول نصف هذه الدار، فإذا صحت الدعوى على تعيين المحل الذي وقعت الدعوى فيه أخذ حكم دعوى شيء معين، والعين

واعلم أن أنواع القسمة أربعة، ما يقسم بطريق العول إجماعاً وهو ثمان: ميراث، وديون، ووصية، ومحاباة، ودراهم مرسلة، وسعاية، وجناية رقيق. وبطريق المنازعة إجماعاً: وهو مسألة الفضولين.

قط لا تعول فيقسم على طريق المنازعة، بخلاف الموارث والديون لأن المنازع فيه ابتداء هو الديون في ذمة الميت دون العين، وكذا الموارث أنصباء غير معينة بل هي شائعة في التركة. كذا في الكافي شرح المنظومة. قوله: (ميراث) يعني إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضافت التركة عن الوفاء بها تقسم على طريق العول، فإن ماتت وتركت زوجاً وأختاً شقيقة وأختاً لأم فالمسألة من ستة وتعول إلى سبعة. قوله: (وديون) بأن كان عليه مائتان وترك مائة فيعطى لكل ذي مائة خمسون، فلو كان لأحدهما مائة وللآخر خمسون قسمت المائة ثلاثة أسهم اثنان لصاحب المائة وواحد لصاحب الخمسين. قوله: (وصية) أي بما دون الثلث كما قيده الزيلعي إذا اجتمعت وزادت على الثلث، كما لو أوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بثلثه ولم تجز الورثة يقسم الثلث بطريق العول فيجعل الثلث ثلاثة أسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث. قوله: (ومحاباة) أي الوصية بالمحاباة، بأن أوصى بأن يباع عبد يساوي مائة بخمسين وعبد يساوي مائتين بمائة ولم يترك غيرها ولم تجز الورثة كان ثلث المال مائة والمحاباة مائة وخمسين فتجعل المائة ثلاثة أسهم سهمان للمحايي بمائة وسهم للمحايي بخمسين. قوله: (ودراهم مرسلة) أي مطلقة غير مقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما؛ كما إذا أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ولم يترك إلا ثلثمائة فكان ثلث المال مائة ولم تجز الورثة تقسم المائة ثلاثة أسهم سهم لصاحب المائة وسهمان لصاحب المائتين. قوله: (وسعاية) بأن أوصى بعق عبدتين أو أعتقهما في مرض موته ولم يترك غيرها ولم تجز الورثة يسعى كل بثلثي قيمته، فلو أعتق واحداً ونصف الآخر أو أوصى بعقتهما كذلك وقيمتها سواء وكان ذلك جميع التركة ولم تجز الورثة وقيمة العبد مائة وقيمة نصف العبد خمسون وثلث والمال خمسون يجعل الخمسون ثلاثة أسهم سهمان للعبد ويسعى في باقي قيمته وسهم لنصف العبد ويسعى في الباقي. قوله: (وجناية رقيق) أدخل في هذه صورتين: جناية العبد الرقيق غير المدبر والمدبر.

وصورة الأولى: عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فإنه يدفع لهما بطريق العول، فأولياء المقتول يريدونه كله وصاحب العين يريد نصفه والكل نصفان مع نصف صاحب العين فيجعل ثلاثة أسهم سهمان لولي المقتول وسهم للمقلوع عينه.

وصورة الثانية: جناية المدبر إذا جنى على هذا الوجه فإنه يدفع السيد قيمته ثلثاها لولي المقتول وثلثاها لصاحب العين، وكأنها سقطت من الكاتب فإنها لم توجد في نسخ الدر. وبقي من الصور الوصية بالعق وبها تتم الثمان. قوله: (وهي مسألة الفضولين)

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما، وهو ثلاث مسائل: مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك.
وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني.
وتمامه في البحر.

بأن باع فضولي عبد إنسان بمائة وفضولي آخر نصف ذلك العبد بخمسين وأجاز المالك البيعين كان لصاحب الكل ثلاثة أرباع العبد أو ترك ولصاحب النصف ربه أو ترك بطريق المنازعة عندهم جميعاً. قوله: (وإذا أوصى لرجل بكل ماله) أي ولآخر بنصفه وأجازت الورثة ذلك، فعند أبي حنيفة: صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في أحد النصفين فيسلم له ويتنازعان في النصف الثاني فيقتسمانه. وعندهما: للموصى له بالكل نصفان وللموصى له بالنصف واحد، فيجعل المال ثلاثة أسهم: سهمان للموصى له بالكل، وسهم للموصى له بالنصف؛ وكذا الموصى له بالعبد: ثلاثة أرباعه عنده، وللموصى له بالنصف ربه. وعندهما: يجعل ثلاثة أسهم. قوله: (وهو خمس) الأولى: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد الموليين مائة: يعني باعه شيئاً نسيته بمائة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة: عند أبي حنيفة: يقسم ثمن العبد بين المولى الدائن وبين الأجنبي أثلاثاً ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى، لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه.

الثانية: إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد: عند أبي حنيفة: يقسم الثمن بينهما أثلاثاً وعندهما: أرباعاً.

الثالثة: عبد قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما: يخير مولى العبد بين الدفع والقضاء، فإن فدى المولى يفدي بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لشريك العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ، فإن دفعه يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما: أرباعاً.

الرابعة: لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة.

الخامسة: أم ولد قتلت مولاهما وأجنيباً عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد ولي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها وكان للساكت من ولي الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند أبي حنيفة. وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة. كذا في البحر. والذي في التبيين: فيعطى الربع لشريك العافي آخراً والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثاً: ثلثاه لشريك العافي أولاً، والثلث لشريك العافي آخراً عنده، وعندهما: أرباعاً.

مَطْلَبٌ: جِنْسُ مَسَائِلِ الْقِسْمَةِ أَرْبَعَةٌ

قوله: (وتمامه في البحر) نقله عن شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال: وجنس

مسائل القسمة أربعة: منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل. ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم. ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وعندهما: بطريق العول والمضاربة. ومنهما ما يقسم على عكس ذلك.

مَطْلَبٌ: مَا يُقْسَمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ عِنْدَهُمْ ثَمَانِيَةً

أما ما يقسم بطريق العول عندهم فثمانية.

إحداها: الميراث: إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاعت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول.

والثانية: إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاعت التركة عن الوفاء بها: تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول.

والثالثة: إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ولآخر بسدس ماله ولم يجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث: يقسم الثلث بينهم على طريق العول.

والرابعة: الوصية بالمحاباة: إذا أوصى بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم وأوصى لآخر بأن يباع العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول.

والخامسة: الوصية بالعتق: إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه وذلك لا يخرج من الثلث: يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة: إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول.

والسابعة: عبد فقاً عين رجل وقتل آخر خطأ فدفعت بها: يقسم الجاني بينهما بطريق العول، ثلثاه لولي القتل، وثلثه للآخر.

والثامنة: مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول.

مَطْلَبٌ: مَا يُقْسَمُ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ مَسْأَلَةٌ وَاحِدَةٌ

وأما ما يقسم بطريق المنازعة فمسألة واحدة ذكرها في الجامع: فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعاً: خير المشتريان، فإن اختارا الأخذ أخذنا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً.

مَطْلَبٌ: مَا يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ عِنْدَهُ وَيَطْرُقِ الْعَوْلَ عِنْدَهُمَا ثَلَاثُ مَسَائِلَ
 وأما ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول فثلاث مسائل.
 إحداها: دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعي كلها والآخر يدعي نصفها وأقاما
 البيئتين: عند أبي حنيفة: تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة، ثلاثة أرباعها للمدعي الكل
 والرابع للمدعي النصف. وعندهما: أثلاثاً، ثلثاها للمدعي الكل وثلثها للمدعي النصف.
 والثانية: إذا أوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر وأجازت الورثة: عند أبي
 حنيفة المال بينهما أرباعاً، وعندهما أثلاثاً.

والثالثة: إذا أوصى بعبد بعينه لرجل ونصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه أو لا يخرج
 وأجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعاً عند أبي حنيفة، وعندهما: أثلاثاً.

مَطْلَبٌ: مَا يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ عِنْدَهُ وَيَطْرُقِ الْمُنَازَعَةَ عِنْدَهُمَا خَمْسُ مَسَائِلَ.
 وأما ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة فخمس مسائل.
 منها: ما ذكره في المأذون: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد الموليين مائة: يعني
 باعه شيئاً بنسيئة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة: عند أبي حنيفة: يقسم ثمن العبد بين
 المولى المدين وبين الأجنبي أثلاثاً ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى، لأن إدادته تصح في نصيب
 شريكه لا في نصيبه.

والثانية: إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد: عند أبي حنيفة يقسم
 الثمن بينهما أثلاثاً، وعندهما أرباعاً.

والثالثة: عبد قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما: يخير
 مولى العبد بين الدفع والفداء، فإن هذا المولى يفدي بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لشريكه
 العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ، فإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة،
 وعندهما: أرباعاً.

والرابعة: لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة.
 والخامسة: مسألة الكتاب: أم ولد قتلت مولاهما وأجنيباً عمداً ولكل واحد منهما
 وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها: كان
 للساكت من ولي الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند
 أبي حنيفة. وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة.

والأصل لأبي يوسف ومحمد أن الحقين متى ثبتا على الشيوخ في وقت واحد كانت
 القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية،

والمعنى فيه أن القياس يأبى القسمة بطريق العول؛ لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بالكل، والمال الواحد لا يكون له كل ونصف آخر، ولهذا قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: من شاء باهلته، إن الله تعالى لم يجعل في المال الواحد ثلثين ونصفاً ولا نصفين وثلثاً، وإنما تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيلحق به ما كان في معناه، وفي الميراث حقوق الكل ثبتت على وجه الشيوخ في وقت واحد وهو حالة الموت، وفي التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة حق أرباب الديون وثبت في وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت في معنى الميراث، وكذلك في الوصايا وفي العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان وقتل آخر خطأ حق أصحاب الجناية ثبت في وقت واحد وهو وقت دفع العبد الجاني أو قيمة المدبر لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع، ولهذا لا يجب فيه الزكاة قبل القبض ولا تصح به الكفالة. وإنما يملك التسليم ووقت الدفع واحد. وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما يثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكانت في معنى الميراث، وفي مسألة بيع الفضولي وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن الملك ثبت عند الإجارة مستنداً إلى وقت العقد ووقت العقد مختلف. وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف. أما في مسألة الإدانة فلأن الحق ثبت بالإدانة ووقت الإدانة مختلف.

وفي العبد إذا قتل رجلاً عمداً وآخر خطأ وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما واختار المولى دفع العبد أو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها فدفع المولى القيمة عندهما يقسم بطريق المنازعة، لأن وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن حق الساكت من ولي الدم كان في القصاص لأنه مثل المال بدل عن القصاص ووجوب البديل مضاف إلى سبب الأصل وهو القتل، فكان وقت ثبوت حقه القتل وحق ولي الخطأ في القيمة، إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله، لأنه صلة معنى والبصلات لا تملك قبل القبض، فكان وقت الحقين مختلفاً فلم يكن في معنى الميراث وكانت القسمتين نزاعية.

وفي جنابة أم الولد وجوب الدية للذي لم يعف مضاف إلى القتل لما قلنا والقتلان وجداً في وقتين مختلفين فكانت القسمة نزاعية عندهما.

والأصل لأبي حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت في الذمة أو بحق ثبت في العين على وجه الشيوخ في البعض دون الكل كانت القسمة عولية، ومتى وجب قسمة العين بحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة نزاعية. والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة، لأن الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في العين وكذا إذا كان حق

كل واحد في العين، لكن في الجزء الشائع فقد استوت في القوة؛ لأن ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا وللآخر أن يزاحمه فكانت الحقوق مستوية في القوة. والأصل في قسمة العول الميراث كما قالوا، وثمة حق كل واحد منهما ثبت في البعض الشائع. وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى الميراث، وكذا إذا كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث، لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء، أما صاحب البعض فلا يزاحم صاحب الكل فلم يكن في معنى الميراث، ولأن حق كل واحد منهما إذا كان في البعض الشائع وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرر وأنه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا أصل حقه، فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون.

وفي مسائل القسمة إنما وجبت بحق ثابت في الذمة؛ لأن حق كل واحد منهما في موجب الجنائية، وموجب الجنائية يكون في الذمة فكانت القسمة فيها عولية، فعلى هذا تخرج المسائل. هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى، فإن كان لها ولد من المولى يرثه فلا قصاص عليها بدم المولى؛ لأن الولد لا يستوجب القصاص على والديه، ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لا يجب عليها القصاص لأن الوالدة سبب لوجوده فلا يستحق قتلها، ولهذا لا يباح له قتل واحد من أبويه وإن كان حربياً أو مرتدأً أو زانياً محصناً. فإذا سقط حق ولدها سقط حق الباقي وانقلب الكل مالاً، لأن القصاص تعذر استيفاؤه لا لمعنى من جهة القاتل بل حكماً من جهة الشرع فانقلب الكل مالاً، بخلاف ما تقدم، لأن ثمة العافي أسقط حق نفسه فلا ينقلب نصيبه مالاً.

فإن قيل: إذا لم تكن هذه الجنائية موجبة للقصاص عليها بدم المولى ينبغي أن تكون هدراً كما لو قتله خطأ. قلنا: الجنائية وقعت موجبة للقصاص؛ لأنه يجب للمقتول والمولى يستوجب القصاص على مملوكه، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث وهي حرة وقت الانتقال فتقلب مالاً وتلزمها القيمة دون الدية اعتباراً بحالة القتل.

هذا كمن قتل رجلاً عمداً وابن القاتل وارث المقتول كان لابن المقتول الدية على والده القاتل كذلك هنا، ولورثة الأجنبي القصاص كما كان، لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى فكان لهما القصاص: وإن شاء أخراً حتى يؤدي القيمة إلى ورثة المولى، وإن شاء عجل القتل؛ لأنهما لو أخرا إلى أن يؤدي السعاية ربما لا يؤدي مخافة القتل فيبطل حقهما فكان لهما التعجيل، فإن عفا أحد ولبي الأجنبي وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضاً، وجنایات أم الولد وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى ووارث الأجنبي.

والأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في عين أو ذمة شائعاً
فعولية، أو مميزاً أو لأحدهما شائعاً وللآخر في الكل فمنازعة. وعندهما: متى ثبتا

ثم عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تقسم قيمتها بينهما أثلاثاً، وعندهما أرباعاً لما
ذكرنا، فإن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى ثم عفا أحد وليي الأجنبي: إن دفعت
القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي لا سبيل لوارث الأجنبي عليها لأن الواجب عليها
قيمة واحدة وقد أدت بقضاء القاضي فتفرغ ذمتها ويتبع وارث الأجنبي ورثة المولى
ويشاركهم في تلك القيمة لأنهم أخذوا قيمة مشتركة، وإن دفعت بغير قضاء عندهما
كذلك. وعند أبي حنيفة. وارث الأجنبي بالخيار: إن شاء يرجع على ورثة المولى، وإن
شاء يرجع على أم الولد.

لهما: أنها فعلت عين ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه فيستوي فيه القضاء
وعدمه كالرجوع في الهبة لما كان فسحاً بقضاء لو حصل بتراضيهما يكون فسحاً.

ولأبي حنيفة أن موجب الجناية في الذمة، فإذا أدت فقد نقلت من الذمة إلى العين
فيظهر أثر الانتقال في حق الكل إن كان بقضاء، ولا يظهر إذا كان بغير قضاء فكان له
الخيار: إن شاء رضي بدفعها ويتبع ورثة المولى، وإن شاء لم يرض ويرجع عليها بحقه،
وهو ثلث القيمة عند أبي حنيفة، وترجع هي على ورثة المولى. هذا إذا دفعت القيمة إلى
ورثة المولى ثم عفا ولي الأجنبي، فإن عفا أحد وليي الأجنبي ثم دفعت القيمة قال
بعضهم: إن كان الدفع بغير قضاء يتخيران وارث الأجنبي عندهم، وإن كان بقضاء عند
أبي حنيفة يتخير. وعندهما لا يتخير. والصحيح أن هنا يتخير عند الكل سواء كان الدفع
بقضاء أو بغير قضاء، لأن قضاء القاضي بدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق
الأجنبي وثبوت لا يصح، بخلاف الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي حيث
لا يضمن لأن للقاضي أن يضع مال الميت حيث شاء، أما هنا فبخلافه، وإذا لم يصح
قضاء القاضي فلأن لا يصح فعلها بغير قضاء أولى. قوله: (والأصل عنده) أي عند أبي
حنيفة أن القسمة: أي قسمة العين. قوله: (في عين أو ذمة) أي بحق ثابت في ذمة الأولى
زيادة في البعض، بأن يقول أو لأحدهما في البعض شائعاً: أي أو وجبت القسمة لأحدهما
الخ، أو أن يقول في ذمة أو عين شائعاً لأنه لا يعقل التبعيض في الذمة. والأولى أن يقول
شائعاً في البعض دون الكل. وعبرة البحر: والأصل لأبي حنيفة أن قسمة العين متى
كانت بحق ثابت الخ كما قدمناها قريباً. قوله: (شائعاً) أي على وجه الشيوخ في بعض
دون الكل. قوله: (فعولية) أي كانت القسمة عولية. قوله: (أو مميزاً) أي ومتى وجب
قسمة العين بحق ثابت على وجه التمييز دون الشيوخ. قوله: (أو لأحدهما) أي كان حق
لأحدهما في البعض شائعاً. قوله: (وللآخر في الكل) أي وحق الآخر في الكل. قوله:

معاً على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة، فليحفظ، ولو (الدار في أيهما فهي للثاني) نصف لا بالقضاء ونصف به لأنه خارج؛ ولو في يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول، وبيانه في الكافي.

(فمنازعة) أي كانت القسمة نزاعية، وقدمنا الحاصل على قول الإمام فلا تنسه. قوله: (وإلا) أي بأن ثبتا في وقتين مختلفين أو على وجه التمييز فمنازعة، فحقوق الكل في الميراث ثبتت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو وقت الموت فتقسم بطريق العول، وكذا التركة إذا اجتمعت فيها ديون متفاوتة فإن حقهم يثبت في وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت في معنى الميراث، وكذلك الوصايا، وفي العبد والمدر إلى آخر ما قدمناه عن البحر فلا تنسه. قوله: (فهي للثاني) وهو مدعي الكل. قوله: (نصف لا بالقضاء) لأن دعوى مدعي النصف منصرفه إلى ما بيده لتكون يده محقة فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، فيبقى ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى، واجتمع بينة الخارج وذو اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج، وسيأتي بيانه في المقولة الثانية موضحاً. قوله: (ونصف به) لأنه خارج: يعني دعوى مدعي النصف منصرفه إلى ما بيده لتكون يده محقة لا يدعي شيئاً مما في يد صاحبه فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، فيبقى ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى. وأما مدعي الكل فإنه يدعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك ما في يده لا على وجه القضاء، وقد اجتمعت بينة الخارج وذو اليد فيما في يد صاحب النصف فكانت بينته أولى فتقدم لأنه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف، فسلم له كل الدار نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء كما في العيني. قوله: (وآخر ثلثها) الأولى ثلثها كما سيتضح في المقولة الآتية. قوله: (وبيانه في الكافي) هذه المسألة في المجمع وشرحه لابن ملك حيث قال: ولو ادعى أحد ثلاثة في يدهم دار كلها والآخر ثلثها والآخر نصفها وبرهن كل على ما ادعاه، فلنفرض اسم مدعي الكل كاملاً ومدعي الثلثين ليثاً ومدعي النصف نصراً فهي مقسومة بينهم. عند أبي حنيفة بالمنازعة من أربعة وعشرين لكامل خمسة عشر وهي خمسة أثمان الدار وربيعها لليث وثمانها لنصر.

بيانه أنا نجعل الدار ستة لاحتياجنا إلى النصف والثلثين، وأقل خرجهما ستة في يد كل منهم سهمان، ومعلوم أن بينة كل منهم على ما في يده غير مقبولة لكونه ذا يد وإن بينة الخارج أولى في الملك المطلق، فاجتمع كامل وليث على ما في يد نصر فكامل يدعي كله وليث نصفه وذلك لأنه يقول حقي في الثلثين ثلث في يدي وبقي لي ثلث آخر نصفه في يد كامل ونصفه في يد نصر فسلم لكامل نصف ما في يده وهو سهم بلا نزاع والنصف الآخر وهو

سهم بينهما نصفان فيضرب مخرج النصف وهو اثنان في ستة فصارت اثني عشر، ثم كامل ونصر اجتماعا على ما في يد ليث وهو أربعة فكامل يدعي كله ونصر ربه لأنه يقول حقي في النصف ستة وقد أخذت الثلث أربعة وبقي لي سدس من الدار وهو سهمان سهم في يد الليث وسهم في يد كامل وثلاثة من الأربعة سلمت لكامل وتنازعا في سهم فيضرب مخرج النصف في اثني عشر فصارت الدار أربعة وعشرين في يد كل منهم ثمانية. اجتمع كامل وليث على الثمانية التي في يد نصر فأربعة سلمت لكامل بلا نزاع لأن ليثاً يدعي الثلثين وهو ستة عشر ثمانية منها في يده وأربعة في يد نصر وأربعة في يد كامل وبين كامل وليث نصفين لاستوائهما في المنازعة فحصل لكامل ستة والليث سهمان، ثم اجتمع كامل ونصر على ما في يد ليث فنصر يدعي ربع ما في يده وهو سهمان فسلمت ستة لكامل واستوت منازعتها في سهمين فصار لكل واحد منهم سهم فحصل لكامل سبعة ولنصر سهم، ثم اجتمع ليث ونصر على ما في يد كامل فليث يدعي نصف ما في يده أربعة ونصر يدعي ربع ما في يده سهمين وفي المال سعة فيأخذ ليث أربعة ونصر سهمين فيبقى ما في يد كامل سهمان فحصل لكامل مما في يد نصر ستة ومما في يد ليث سبعة ومما في يده سهمان فجميعه خمسة عشر، وللثاني ستة وهي ربع الدار؛ لأنه حصل له مما في يد نصر سهمان ومما في يد كامل أربعة فذاك ستة، وللثالث وهو نصر ثلاثة وهي ثمن الدار؛ لأنه حصل له مما في يد ليث سهم ومما في يد كامل سهمان وإذا ثلاثة.

وبالاختصار تكون المسألة من ثمانية: خمسة أثمانها لكامل وربيعها سهمان لليث وثمانها واحد لنصر، وهذا قول الإمام. وقالوا: بالعول تقسم.

وبيانه أن الدار بينهم أثلاثاً الكامل والليث اجتماعا على ما في يد نصر فكامل يدعي كله وليث نصفه فتأخذ أقل عدد له نصف وهو اثنان فيضرب الكامل بكله سهمين وليث بنصفه سهماً فعالت إلى ثلاثة، ثم الكامل والنصر اجتماعا على ما في يد ليث والكامل يدعي كله ونصر ربه ومخرج الربع أربعة فيضرب بربعه سهم وكامل بكله أربعة فعالت إلى خمسة، ثم ليث ونصر اجتماعا على ما في يد كامل فليث يدعي نصف ما في يده ونصر يدعي ربه والنصف والربع يخرجان من أربعة فنجعل ما في يده أربعة لأن في المال سعة فنصفه سهمان لليث وربيعه سهم لنصر وبقي ربع لكامل فحصل هنا ثلاثة وخمسة وأربعة وانكسر حساب الدار على هذا وهي متباينة فضربنا الثلاثة في الأربعة فصارت اثني عشر ضربناها في خمسة صارت ستين ضربناها في أصل المسألة ثلاثة بلغت مائة وثمانين في يد كل واحد ستون فلكامل مائة وثلاثة؛ لأن ربع ما في يده وهو الخمسة عشر سلم له وأخذ من نصر ثلثي ما في يده وهو أربعون ومن ليث أربعة أخماسه وهي ثمانية وأربعون فصار المجموع مائة وثلاثة والليث خمسون لأن ليثاً أخذ نصف ما في يد كامل وهو ثلاثون وثلث

(ولو برهننا على نتاج دابة) في أيديهما أو أحدهما أو غيرها (وأرّخا قضى لمن وافق سنّها تاريخه) بشهادة الظاهر (قلو لم يؤرّخا قضى بها للذي اليد).

في يد نصر وهو عشرون وللثالث وهو نصر سبعة وعشرون لأنه أخذ خمس ما في يد ليث وهو اثنا عشر وربيع ما في يد كامل وهو خمسة ا هـ. حلبي بتصريف. وهذا كله اعتبار وتقدير ط وذكره في غرر الأفكار، فراجعه. قوله: (ولو برهننا الخ) يتصور هذا بأن رأي الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت في ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين. بحر عن الخلاصة. وقدمناه وقدمنا عنه أيضاً أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً الخ، فتأمل. قوله: (تاريخه) أي تاريخ البيئة، وإنما ذكر الضمير بتأويل البرهان. حموي. قوله: (بشهادة الظاهر) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنّها فترجحت بيئته بذلك، وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها. منح. ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث؛ لأن المعنى لا يختلف. بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد كما صرح به المصنف إن كانت بيد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث. زيلعي. قوله: (قضى بها للذي اليد) لأن ذا اليد مقدم على الخارج في دعوى النتاج. قال في الأشباه: هكذا أطلق أصحاب المتون.

قلت: إلا مسألتين: الأولى لو كان النزاع في عبد فقال الخارج إنه ولد في ملكي وأعتقه وبرهن وقال ذو اليد ولد في ملكي فقط. قدم على ذي اليد أي لأن بيئته أكثر إثباتاً، بخلاف ما لو قال الخارج كاتبته أو دبرته فإنه لا يقدم، لكن في الأشباه أيضاً الشهادة بحرية العبد بدون دعواه لا تقبل عند الإمام إلا في مسألتين، إلى أن قال: والصحيح عنده اشتراط دعواه في العارضة والأصلية، ولا تسمع دعوى الإعتاق من غير العبد إلا في مسألة الخ.

وفي فتاوى الخانوتي جواباً عن سؤال: حيث اعترف العبد بالعبودية لسيدته بانقياده للبيع يكون عبداً له ومساء كان هناك بيئة أم لا، ولا عبرة بقول المنازع إنه حر الأصل مع عدم دعوى العبد لذلك، لأن حرية العبد لا تثبت إلا بعد دعواه، ولا تجوز فيها دعوى الحسبة، بخلاف الأمة لأنها شهادة بحرمة الفرج إلى آخر ما قال.

الثانية: لو قال الخارج ولد في ملكي من أمتي هذه وهو ابني قدم على ذي اليد ا هـ. وقدمنا أنه إنما يقضى بالنتاج للذي اليد فيما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط، أما لو ادعى الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبيئة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد كما في البحر عن الزيلعي، ونقله في نور العين عن الذخيرة على خلاف ما في المسوط وقال: الظاهر أن ما في الذخيرة هو الأصح والأرجح، لما في الخلاصة من كتاب الولاء لخواهر زاده أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بيئة الخارج أولى، وإنما ترجح بيئة ذي اليد على النتاج

ولهما إن في أيديهما أو في يد ثالث، وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كانت في أيديهما أو كانا خارجين، فإن في يد أحدهما قضي بها له) هو الأصح. قلت: وهذا أولى مما وقع في الكنز والدرر والملتقى، فتبصر.

إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد، أما لو ادعى فعلاً كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل عليه اهـ. ولا تنس ما قدمناه عند قول الشارح في رواية. قال ط: والظاهر أن حكم موافقتهما لسنها أنه يحكم بها لذي اليد. قوله: (ولهما أن في أيديهما) لأن أحدهما ليس أولى من الآخر. قوله: (وإن لم يوافقهما بأن خالف أو أشكل) أي فلو خالف السن تاريخهما كان كما لو لم يؤرخا، وكذا إذا أشكل وقد تقدم أنه يحكم لذي اليد. قوله: (فلهما إن النخ) لعدم ترجيح أحدهما. قوله: (قضى بها له) لأنه لما أشكل أي أو خالف سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا. قوله: (هو الأصح) مقابله ما في الهداية، إذا خالف سنهما الوقتين بطلت البيتان لظهور كذب الفريقين فترك في يد من كانت في يده. بقوله: (وهذا أولى مما وقع في الكنز) أي ما ذكر المصنف. بقوله «وإن لم يوافقهما» لعمومه أولى مما في الكنز وما عطف عليه من تعبيره بقوله «وإن أشكل».

أقول: قد ذكره المصنف في شرح المنح تبعاً للبحر حيث قال: وإن لم يوافقهما يشمل ما إذا أشكل سنهما بأن لم يعلم وما إذا خالف سنهما تاريخهما فإنها تكون لهما على الأصح. قال الرملي: الأولى من هذا التعبير وإن خالفها أو أشكل فلهما. على أن لنا أن لا نسلم عدم شمول ما في الكنز وشمول ما عبر به، إذ الإشكال الالتباس. وفي صورتين التباس الأمر على الحاكم وعدم موافقتها غير عدم العلم أصلاً لأنه للعلم بالمخالفة كما قرره الشراح فكيف يدخل فيه عدم العلم بشيء لأنه مع عدم العلم يحتمل الموافقة والمخالفة. والصور ثلاثة: إما عدم الموافقة لهما وهو المخالفة، بأن تحقق مخالفته للتاريخين، وإما الموافقة لأحدهما فقط والمخالفة للآخر، وإما عدم معرفة شيء وهي لا تدخل في صورة المخالفة التي هي عدم الموافقة فلم يشملها. قوله: (وإن لم يوافقهما) على أن الظاهر أن اختبار صاحب الكنز في صورة المخالفة بطلان البيتين والترك في يد ذي اليد كما أفصح عنه في الكافي، فخص صورة الإشكال ليحترز به عن صورة المخالفة، فتنبه لكلام هذا العالم التحرير يظهر لك منه حسن التعبير اهـ.

ثم الظاهر أن مراد صاحب البحر والمنح من. قوله: (وإن لم يوافقهما) أي لم تظهر موافقة السن للتاريخين فشمول صورتين لكنه تأويل، فلذا قال العلامة الرملي: الأولى من هذا التعبير ولم يقل الصواب. تأمل. قوله: (في الكنز والدرر والملتقى) حيث قال: «وإن أشكل فلهما» لأن قوله «وإن لم يوافقهما» أعم من قول الكنز، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم يكن في يد أحدهما.

وعبارة الملتقى والغرر: وإن أشكل فلهما، وإن خالفهما بطل. قال الشارح في

(برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه
(استويا) لأنها بالجحد تصير غصباً.

شرح الملتقى: فيقضى لليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية والكافي.
قلت: لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها،
فليحفظ اهـ.

قلت: نقل الشرنبلالي عن كافي الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البيتين
فيترك في يد ذي اليد. وقال: وعصمه اختلاف التصحيح اهـ. قال المولى عبد الحلیم، بل
اللائق على المصنف أن يقول هكذا: وإن أشكل أو خالف الوقتين فلهما إن لم يكن في يد
أحدهما فقط، وإلا فلا.

واعلم أن سن الدابة لو خالف الوقتين ففيه روايتان: في رواية يقضى لهما، وفي
رواية تبطل البيتان، صرح به الإمام قاضیخان في فتاواه من غير ترجيح إحداها على
الأخرى، وبطلانها رواية أبي الليث الخوارزمي. واختاره الحاكم الشهيد حيث قال: وهو
الصحيح، وتبعه صاحب الهداية ومن تابعه، والقضاء بينهما ظاهر الرواية. اختاره في
المبسوط حيث قال: وهو الأصح، وتبعه الزيلعي ومن تابعه. وقد اختلف التصحيح
والرجحان لظاهر الرواية وقد سبق غير مرة. هذا زبدة ما في الشروح والفتاوى، فظهر أن
المصنف اختار ما هو الأرجح اهـ. قوله: (برهن أحد الخارجين) على المدعي عليه وهو
زيد. قوله: (من زيد) هكذا وقع في النسخ، وصوابه «على الغصب من يده» أي من يد
أحد الخارجين. قال الزيلعي والمنح: معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه
البينة أحدهما بالغصب منه والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما
نصفين؛ لأن الوديعة تصير غصباً بالجحد حتى يجب عليه الضمان مدني، والظاهر أنه
أراد على الغصب الناشئ من زيد فزيد هو الغاصب، فمن ليست صلة الغصب بل
ابتدائية. تأمل. قوله: (والآخر) أي برهن الآخر. قوله: (على الوديعة منه) أي قال
الآخر هو مالي أودعته من زيد وزيد ينكر ذلك. قوله: (استويا) أي الخارجان في
الدعوى، لأنه لو كان كما يدعي الثاني وديعة من زيد صارت غصباً حيث جحدتها
المودع، ولهذا قال الشارح «لأنها» أي الوديعة بالجحد تصير غصباً حتى يجب عليه
الضمان، ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق بالإقرار حتى يرد إلى صاحبه، بخلاف ما إذا
خالف بالفعل بلا جحد ثم عاد إلى الوفاق كما في الحموي، فمن في. قوله: (من زيد)
للابتداء وفي. قوله: (منه) صلة الوديعة لأنها تتعدى بمن، وإنما احتاج إليها في الأول
لأن الغصب محلي بآل في عبارة المصنف فلم يمكنه إضافته إلى زيد، وحيث قد نقله بعض
الأفاضل عن عزمي زاده من أن هذا التصوير سهو، والأولى إسقاطه فيه ما فيه فراجع.

(الناس أحرار) بلا بيان (إلا في) أربع : (الشهادة،

قوله : (الناس أحرار) لأن الدار دار الحرية أو لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كانا حرين . قوله : (الشهادة) أي فلا يكتفى فيها بظاهر الحرية بل يسأل عنه إذا طعن الخصم بالرق، أما إذا لم يطعن فلا يسأل كما في التبيين، لأن الحرية تثبت بطريق الظهور والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، فلا يستحق المدعي إلزام المدعى عليه إلا بإثبات حرية شهوده، وكذا لا يستحق الشاهد استحقاق الولاية على المشهود عليه ونفاذ شهادته عليه إلا بذلك، فإن قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما بالنسبة إلى قبول شهادتهما حتى يأتيا بالبينة على ذلك وإلا فهما مصدقان في قولهما إنا أحرار لم نملك قط بحسب الظاهر .

وفي أبي السعود على الأشباه تفسيره في الشهادة : إذا شهد شاهدان لرجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان وإني لا أقبل شهادتهما حتى أعلم أنهما حران . وتفسيره في الحد : إذا كذب إنساناً ثم زعم القاذف أن المقذوف عبد فإنه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حرته بالحجة . وفي القصاص : إذا قطع يد إنسان وزعم القاطع أن المقطوع يده عبد فإنه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حرته . وفي الدية : إذا قتل إنساناً خطأ وزعمت العاقلة أنه عبد فإنه لا يقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حرته .

وفي البيري : لو كان المدعى به حداً أو قصاصاً سأل القاضي عنهم طعن الخصم أولاً بالإجماع اهـ . لأن في القذف : أي مثلاً إلزام الحد على القاذف، وفي القصاص إيجاب العقوبة على القاطع، وفي القتل خطأ إيجاب الدية على العاقلة، وذلك لا يجوز إلا باعتبار حرية الشاهد، فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك ط .

مَطْلَبٌ : الْأَصْلُ فِي النَّاسِ الْفَقْرُ وَالرُّشْدُ وَالْأَمَانَةُ وَالْعَدَالَةُ وَإِنَّمَا عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ سِرّاً وَعَلَاناً

قال الحموي : وقد سئل شيخ مشايخنا الشيخ عبد الغني العبادي : هل الأصل في الناس الناس الرشدة أو السفه، وهل الأصل في الناس الفقر أو الغنى، وهل الأصل في الناس الأمانة أو الخيانة، وهل الأصل في الناس الجرح أو التعديل؟ فأجاب : الأصل الرشدة والفقر والأمانة والعدالة، وإنما على القاضي أن يسأل عن الشهود سرّاً وعلناً لأن القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان، والله تعالى أعلم . وفي قوله صون قضائه عن البطلان نظر، فتدبره اهـ .

وروجه أنه إذا قضى بشهادة الفاسق يصح قضاؤه .

مَطْلَبٌ : مَنَعَ السُّلْطَانُ عَنِ نُضْرَةِ قُضَائِهِ عَنِ الْحُكْمِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ
إِلَّا بَعْدَ التَّرْكِيبِ سِرّاً وَعَلَانِيَةً

لكن في زماننا قد تكرر أمر السلطان نصره الله تعالى في منع قضائه في سائر مملكته

والحدود، والقصاص، والقتل) كذا في نسخة المصنف، وفي نسخة: والعقل. وعبارة الأشباه والدية: وحيثذ (فلو ادعي على مجهول الحال) أحر أم لا (أنه عبده فأنكر وقال: أنا حر الأصل فالقول له) لتمسكه بالأصل (واللابس) للشوب (أحق) من أخذ الكم والراكب) أحق (من أخذ اللجام، ومن في السرج من رديفه، وذو حملها ممن علق كوزه بها)

أن يحكموا بعد الشهادة بدون تزكية السر والعلانية، فافهم. قوله: (والحدود) فلو أنكر القاذف حرية المقذوف لا يحد حتى يثبت حرته لأنه لا يستحق عليه الحد إلا بالحرية، والظاهر لا يكفي للاستحقاق، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات فيحتاط في إثباتها، ولا تنس ما قدمناه عن البيري. قوله: (والقصاص) أي في الأطراف، فلو أنكر القاطع حرية المقطوع لا يقطع حتى يثبت حرته، لأنه لا يستحق عليه القطع إلا بالحرية إذ لا قصاص بين طرفي حر وعبد؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال. قوله: (والقتل) أي خطأ فلا تثبت الدية على العاقلة حتى تثبت حرية القاتل لأنه يريد استحقاق العقل عليه فلا يثبت بظاهر الحرية، ولذا وقع في نسخة العقل: يعني لا يثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية، وهو معنى عبارة الأشباه من قوله: (والدية). قوله: (وفي نسخة العقل) هو في معنى الأول: يعني لا يثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية، ولو قال في الحرية وعدمها لكان أوضح. قوله: (وعبارة الأشباه والدية) الثلاث بمنعنى واحد في المأل. قوله: (أحر أم لا). بيان لوجه جهالة حاله. ولو قال في الحرية وعدمها لكان أوضح. قوله: (لتمسكه بالأصل) أي وهو دافع، وظاهر الحال يكفي للدفع عيني. قوله: (واللابس للشوب الفخ) شروع في مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان، وهل يصدق بيمينه، ينظر، ويأتي حكمه في التنبيه الآتي ط. وإنما كان اللابس أحق لأن تصرفه أظهر لاقتضائه الملك فكان صاحب يد والآخذ خارجاً وذو اليد أولى، بخلاف ما إذا أقام أخذ الكم البينة حيث يكون أولى والعلة المذكورة تجري فيما بعد. قال العلامة قاسم: فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له. شرنبلالية. قوله: (ومن في السرج) أي أولى من رديفه، لأن تمكنه في ذلك الموضع دليل على تقدم يده. قال الشرنبلالي: نقل الناطقي هذه الرواية عن النوادر، وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفين، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً كما في العناية: ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة اهـ.

أقول: لكن في الهداية والملتقي مثل ما في المتن فتنبيه، وما في الهداية وهو على رواية النوادر، ولو كان أحدهما متعلقاً بذنبا والآخر ماسك بلجامها قالوا: ينبغي أن يكون الماسك أولى. قوله: (ممن علق كوزه بها) احترز بذكر الكوز عما لو كان له بعض حملها،

لأنه أكثر تصرفاً.

(والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبي سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع آخر لا هذبته) أي طرفه الغير منسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسي دار تنازعا فيها)

فلو كان لأحدهما منّ وللآخر مائة من كانت بينهما. شرنبلالية عن التبيين. والحمل: بكسر الحاء ما يحمل على ظهر أو رأس. حموي. قوله: (لأنه أكثر تصرفاً) علة لجميع المسائل.

أقول: لكن فيه أنه لا يعتبر الأكثر تصرفاً كمسألة المنّ والمائة منّ، والأولى أن يعلق بأنه لا يعد متصرفاً عرفاً كمسألة الهراذي الآتية. تأمل. قوله: (والجالس على البساط والمتعلق به سواء) لأن الجلوس ليس بيده عليه، لأن اليد تثبت بكونه في بيته أو بنقله من موضعه، بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصباً لثبوت يده ولا يصير غاصباً بالجلوس على البساط كما في الدرر، لكن ينبغي أن يكون القاعد أحق من المتعلق. تأمل. وعبرة الدرر: وينصف البساط بين جالسه والمتعلق به بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء الخ. وفي النهاية: يقضى بينهما.

واعترض عليه بأن بين الكلامين تدافعاً وأجيب بأن المنفي قضاء الاستحقاق لا قضاء الترك.

واعترض على هذا الجواب بأن قضاء الترك يقتضي ثبوت اليد على ما صرحوا به في مسألة التنازع في الحائط. وأجيب بأن قضاء الترك يتحقق في المنقول من غير ثبوت اليد المعتبرة شرعاً بثبوت اليد ظاهراً فإن القاضي علم حساً وعياناً أن هذا البساط ليس في يد غيرهما فقضى بينهما لانعدام مدع غيرهما عياناً باليد أو بالملك هذا. قوله: (وراكبي سرج) أي فينصف بينهما أي في الصورتين. قوله: (وطرفه مع آخر) فينصف بينهما لأن يد كل منهما ثابتة فيه وإن كان يد أحدهما في الأكثر فلا يرجح به، لما مر أنه لا ترجيح بالأكثرية. درر: أي كما في مسألة كثرة شهود أحد المدعين، هذا كله إذا لم يقم البينة فإذا أقاما البينة فبينة الخارج أولى من بينة ذي اليد كما مر. قوله: (لا هذبته) ويقال له بالتركي سجع ويستعمل هذا اللفظ الآن في بلادنا. قوله: (الغير منسوجة) الأولى أن يقول المنسوجة بالألف واللام لأن غير بمنزلة اسم الفاعل لا يضاف إلا لما فيه أل أو ما أضيف إلى ما فيه أل كالضارب رأس الجاني ط. قوله: (لأنها ليست بثوب) فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر. قوله: (بخلاف جالسي دار) كذا قال في العناية.

ويخالفه ما في البدائع: لو ادعيا داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن، وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي له، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن

حيث لا يقضى لهما لاحتمال أنها في يد غيرهما، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما.
عيني.

(الحائط لمن جذوعه عليه)

أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهي بينهما، وكذا لو كانا جميعاً؛ لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف ا هـ.

أقول: لكن الذي يفهم من التعليل ومما تقدم قريباً أنه لا يقضى لهما في مسألة كون أحدهما داخلًا فيها والآخر خارجاً عنها تأمل.

تنبيه قال في البدائع: كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعي في يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب، فإن حلف برىء، وإن نكل قضى عليه به ا هـ. شرنبلالية. قوله: (حيث لا يقضى لهما) لا بطريق الترك ولا بغيره لأن الجلوس لا يدل على الملك ا هـ. درر. قوله: (وهنا) أي في الجلوس على البساط إذا كانا جالسين عليه. قال في الزيلعي: وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما، بخلاف ما إذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما ا هـ.

مَطْلَبٌ: مَسَائِلُ الْحَيْطَانِ

قوله: (الحائط لمن جذوعه عليه) جمع جذع بالجيم والذال المعجمة للنخلة وغيرها، والمراد الأخشاب التي ترصّ على الجدران لأجل تركيب السقف عليها، وذلك لأنه في يد صاحب الجذوع، لأن يده يد استعمال والحائط ما بني إلا له فوضعه علامة ملكه: ولو كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما في أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثاً، وإنما شرطت الثلاثة لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالباً فصار الثلاث كالنصاب له؛ ولو كان عليه جذوع لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة عند أبي حنيفة استحساناً. والقياس أن يكون بينهما نصفين، وهو مروى عنه، ولو كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر قيل هما سواء، وقيل لصاحب الجذوع أولى. عيني.

وفي الفتاوى الخيرية من فصل الحيطان: فلو كان لكل جذع مشترك، فلو اختلفا وأقيمت البينة عمل بها وينظر في وضع الآخر، فإن كان قديماً يترك على قدميه إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان للظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي.

مَطْلَبٌ: حَدُّ الْقَدِيمِ مَا لَا يَحْفَظُ الْأَقْرَانُ وَرَاءَهُ

وحد القديم أن لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان فيجعل أقصى الوقت الذي يحفظه الأقران حد القديم، وإن كان حادثاً يؤمر برفعه، وإن سقط ليس له إعادته

بغير رضا مالكة؛ لأنه إن كان بإذنه فهو معير وللمعير أن يرجع متى شاء، وإن كان بغير إذنه فهو غاصب. وإذا اختلفا في الحدوث: فإن ثبت بالبينة أمر برفعه وإزالته عن ملك الغير شرعاً، وإن لم يثبت بالبينة لا يهدم، وتماه فيه.

والحاصل: أن الحائط تارة يثبت بالبينة والبرهان وتارة بغيرها، فإن أقام أحد الخصمين البينة قضى له ولو أقاما البينة قضى لهما قضاء الترك، حتى لو أقام الآخر البينة قضى له كما في الفيض. وأما ما يثبت بغيرها فقال في المنتقى: الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب: اتصال تربيع، واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع ومحاذاة، فأولاهم صاحب التريبع، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع، فإن لم يوجد فصاحب اتصال الملازقة.

بيانه: حائط بين دارين يدعيانه: فإن كان متصلًا ببناء أحدهما دون الآخر فصاحب الاتصال أولى، وإن كان متصلًا ببنايهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة لصاحب التريبع أو للآخر عليه جذوع، فالحائط لصاحب الاتصال، ولصاحب الجذوع موضع جذوعه. وروى الطحاوي أن الكل لصاحب التريبع، وإن لأحدهما اتصال ملازقة وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى، وسيأتي قريباً بأوضح من هذا.

أقول: ذكر الخنابلة في كتبهم أن المعتبر في التريبع أساس الحائط دون اللبن وهو حسن وكأنه لما يحصل له من التغير، وظاهر نصوص أئمتنا الإطلاق كما ترى، وكأنهم لم يعتبروا هذا لأنه عارض ويدرك عروضه. نعم لو كان التريبع في الأساس دون اللبن فالظاهر أن العبرة للأساس لأنه أقوى لما يعرض للبن من الإصلاح، وهذا ولو كان لأحدهما التريبع في الأساس وللآخر في اللبن فالظاهر أنه لصاحب تريبع الأساس ولم أره. ثم قال صاحب المنتقى: وإذا كان الحائط المتنازع فيه متصلًا من جانب واحد يقع فيه الترجيح وهو الصحيح. ذكره الطحاوي. وذكر الكرخي أنه لا يقع به الترجيح ما لم يكن موصولاً طرفاه بالحائطين.

قلت: وظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع كما في الفيض وغيره، لكن قالوا: الأظهر ما قاله الطحاوي وعليه مشى في الخلاصة والبزاية وغيرهما من المعتمدين كالهندية والمحيط والخنابية وغيرها.

ثم ذكر أيضاً: حائط بين دارين يدعيه صاحب أحدهما ولم يكن متصلًا ببناء أحدهما: فإن كان لأحدهما عليه جذوع فهو أولى، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شيء للآخر قيل هو بينهما، وقيل لصاحب الجذوع، وإن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما ولا عبرة لكثرة الجذوع لأحدهما: أي بعد الثلاثة.

أقول: بعد ما كان^(١) لأحد الشريكين ثلاثة جذوع وللآخر أكثر لا يرجح بها، ولكن في العمادية ما نصه: وإن كان جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى وتنازعا في الحائط فإن لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى أ هـ.

فالذي يظهر من كلام العمادية أن محل وجود الخشب على الحائط لكل موجب للاشتراك إذا لم يكن خشب أحدهما أعلى وخشب الآخر أسفل، أما إذا كان كذلك وتنازعا في الحائط فهو لصاحب الأسفل ولا ترفع جذوع الآخر، وأنت خبير بأن هذا مقيد لكلامهم، ولكن لا تظهر ثمره ذلك إلا في التصرف في الحائط وعمارته، فافهم.

ثم قال صاحب المنتقى: وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر واحد فهو لصاحب الثلاثة، إلا موضع الجذع الواحد وهو الأصح، وما بين الجذوع قيل يكون بينهما نصفين، وقيل يكون على أحد عشر جزءاً. وإن كان الحائط طويلاً وكل واحد منهما منفرد ببعض الحائط في الاتصال ووضع الجذوع قضى لكل واحد بما يوازي ساحته من الحائط وما بينهما من القضاء يقضى بكونه بينهما نصفين. لكل واحد منهما بوار وهو القصب فهو بينهما.

لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه بوار يقضى به لصاحب الجذوع ولكن لا يؤمر برفع البواري.

لأحدهما عليه خشب وللآخر عليه حائط ستره فالحائط الأسفل لصاحب الخشب ولصاحب السترة سترته، ولو تنازعا في الحائط والسترة جميعاً فهما لصاحب الخشب أ هـ ما في المنتقى.

وقال برهان الدين الكركي في الفيض: حائط ادعاء رجلان وغلق الباب إلى أحدهما يقضى بالحائط والباب بينهما نصفين عند أبي حنيفة، وعندهما الحائط بينهما والباب للذي الغلق إليه، وأجمعوا أنه إذا كان للباب غلقان في كل جانب واحد فهو بينهما.

وذكر فيه أيضاً: رجلان ادعيا حائطاً وليس الحائط متصلاً ببناء أحدهما وليس لأحدهما جذوع أو غيرها يقضى به بينهما، وإن كانت لأحدهما هرادي أو بوار فكذلك، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شيء للآخر أو له عليه هرادي لم يذكر في الكتاب. قال بعضهم: لا يرجح بجذع واحد. وقد روي عن محمد: يقضى له، ولو كان لأحدهما عليه خشبة وللآخر عليه عشر خشبات يقضى به لصاحب العشرة وللآخر موضع جذعه. والصحيح أن الحائط لصاحب الجذوع ولا يتزع جذع الآخر.

أقول: أي لأن الملك الثابت بكثرة الجذوع ها هنا ثابت بنوع الاستظهار فهو صالح

(١) في ط (قوله بعد ما كان) كذا بالأصل، ولعله «بعد ما لو كان الخ» فنقول القول ولكن الخ مصححه.

أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر، ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته

للدفع لا لإبطال حق صاحب الجذع، بخلاف ما لو أقام صاحب الجذوع البينة كان الحائط له البتة فإنه يرفع جذع الآخر كما بينه صاحب الذخيرة، وسيأتيك بأوضح من هذا. وعن أبي يوسف أن الحائط بينهما على أحد عشر سهماً.

ولو كان لأحدهما عليه جذعان وللآخر عشرة اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: جذعان بمنزلة جذع واحد. وقال بعضهم: بمنزلة الثلاثة، ولو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر عشرة فهو بينهما، وكذا لو كان لأحدهما خمسة وللآخر عشرة فهو بينهما نصفين وقيل أثلاثاً.

تنازعا في خص أو حائط بين داريهما ولا بينة والقمط: أي الحبل الذي يشد به الخص والوجه: أي وجه الحائط أو الطاقات أو أنصاف اللبن إلى أحدهما. قال أبو حنيفة: هو بينهما إذ الإنسان كما يجعل المذكور إلى جانبه في ملكه الخاص يجعله إلى جانبه في المشترك أيضاً إذا تولى العمل فلا يصلح حجة. وقالوا: هو لمن المذكور إلى جانبه إذ الظاهر يشهد له؛ لأن الإنسان يزين وجه داره إلى نفسه لا إلى جاره، وكذا القمط لأنه وقت العقد يقوم على سطحه فيجعل القمط إليه.

زاد في الهندية: هذا إذا جعل وجه البناء حين بنى. وأما إذا جعل الوجه بعد البناء بالنقش والتطين فلا يستحق به الحائط في قولهم جميعاً. كذا في غاية البيان شرح الهداية. قوله: (أو متصل به) الأوضح أن يقول: أو هو متصل ببنائه اتصال تربيع. قوله: (بأن تتداخل أنصاف لبناته) أي مثلاً فدخل الآجر والحجر.

واختلف في صفة اتصال التربيع، فقال الكرخي: صفته أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعاً والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً يشبه القبة، فحيثذ يكون الكل في حكم شيء واحد. والمروي عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه.

وعبارة الكافي: هو أن يكون أحد طرفي الآخر في هذا الحائط والطرف الآخر في الحائط الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتاً على الكل، وهو عين ما روي عن أبي يوسف، ومعنى التربيع فيما قال الكرخي أظهر. وفي الهندية: وذكر الطحاوي: إن كان متصلاً بحائط واحد يقع به الترجيح. قالوا: والصحيح رواية الطحاوي هـ. وعزاه إلى محيط السرخسي. قوله: (ولو من خشب) عطف على محذوف تقديره: إذا كان الحائط من لبن ولو من خشب الخ. قوله: (لدلالة)

على أنهما بنيا معاً، ولذا سمي بذلك لأنه حيثذ يبني مربعاً (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادي) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين) لو تنازعا، ولا يخص به صاحب الهرادي بل صاحب الجذع الواحد

هذه علة لكون صاحب اتصال التريبع أولى. قوله: (على أنهما) أي الحائط المتنازع فيه والحائطين المتصلين به. قوله: (ولذا سمي بذلك) أي لكونهما بنيا معاً سمي باتصال التريبع قد علمت تفسير اتصال التريبع على قول الكرخي وهو ظاهر وتسميته به على قول أبي يوسف باعتبار التريبع في حائطيه باللبنات. قوله: (بيني مربعاً) هذا إنما يظهر على قول الكرخي. قوله: (لا لمن له اتصال ملازقة) بأن يكون الحائط المتنازع فيه ملازقاً لحائط أحدهما من غير إدخال فيه. قوله: (أو نقب وإدخال) وهذا فيما لو كان من خشب: أي بأن نقب وأدخلت الخشبة فيه، وهذا محترز. قوله: (في حائط الخشب)، بأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى.

قال البدر العيني: وإذا كان الجدار من خشب فالتريبع أن يكون ساج أحدهما مركباً على الآخر. وأما إذا نقب وأدخل فلا يكون مربعاً فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تريبع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معاً هـ. ومثله فيما يظهر النقب في جدار نحو اللبن. قوله: (أو هرادي) جمع هردية: قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قصبات الكرم، كذا في ديوان الأدب، وصحح فيها الحاء والهاء جميعاً، وأنكر الهاء صاحب الصحاح، والرواية في الأصل والكافي للشهيد بالحاء. وفي الجامع الصغير وشرح الكافي بالهاء لا غير. شلبي في الحاشية ملخصاً. وفي المنح: هي خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب. وفي الوائي: هي جمع هردى بكسر الهاء وسكون الراء وفتح الدال المهملتين وقصر الألف. وفي منهوات العزيمة: الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة. والهرادي بفتح الهاء وكسر الدال: نوع من النبات، وقيل قصب يوضع فوق الحائط فهي كالزرب أو المكعب. ومثل الهرادي البواري، وهي والبوري والبورية والبورياء والباري والبارياء والبارية: الحصير المنسوج، وإلى بيعه ينسب الحسن بن الربيع البواري شيخ البخاري ومسلم كما في القاموس. قوله: (بل صاحب الجذع الواحد الخ) قال في غاية البيان: والثلاث هي المعتبرة، حتى لو كان لأحدهما ذلك وللآخر أكثر لا اعتبار له، فالحائط بينهما، ولو كان لأحدهما جذع أو اثنان وللآخر ثلاثة أو أكثر فهو له، وأما لصاحب ما دون الثلاثة فموضع جذوعه: يعني ما تحته في رواية، وله حق الوضع في رواية هـ.

وفي نور العين: ولو لأحدهما جذع واحد وللآخر هرادي أو لا شيء له لم يذكره محمد في ظاهر الرواية، وقد قيل لا يقضى به له إذ الحائط لا يبني لوضع جذع واحد.

أحق منه . خانية . ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع ، وقيل لذى الجذوع . ملتقى . وتماه في العيني وغيره .

وعن محمد : إنه لربّ الجذع ، إذ له مع اليد نوع استعمال ، إذ وضعه استعمال حتى قضى لرب الجذع فيكون واحدا استعمالاً للحائظ بقدره وليس للآخر ذلك ، وقد بينى الحائظ لوضع جذع واحد لو كان البيت صغيراً ، وهذا كله لو لم يتصل الحائظ بينهما ؛ فلو اتصل اتصال تريبع أو ملازقة فيقضى به نصفين بينهما إذا ستويا هـ .

وفي الزيلمي : وإن كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه : فقيل هما سواء لأن الواحد لا يعتد به ، وقيل لصاحب الجذع أولى لأن الحائظ قد بينى لجذع واحد ، وإن كان ذلك غير غالب . قال في شرح الملتقى للدمامد : والهرادي غير معتبرة ، وكذا البواري لأنه لم يكن استعمالاً وضعاً ، إذ الحائظ لا بينى لها بل للتسقيف ، وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في الدرر انتهى . وفيه : ولا معتبر بكثرة الجذوع وقتها بعد أن تبلغ ثلاثاً ، لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ، واشترط أن يبلغ الثلاث لأن الحائظ بينى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالباً فصارت الثلاث كالنصاب له هـ . فتأمل . قوله : (وقيل لذى الجذوع) وصححه السرخسي ، وصحح الأول الجرجاني .

وقال في المحيط : الأيدي على ثلاث مراتب : اتصال تريبع واتصال ملازقة ومجاورة ، ووضع جذوع ومحاذاة بناء . ولا علامة في الحائظ سوى هذا ، فأولاهم صاحب التريبع ، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع ، فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة هـ .

قال في الخلاصة : وإن كان كلا الاتصاليين اتصال تريبع أو اتصال مجاورة يقضى بينهما ، وإن كان لأحدهما تريبع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التريبع ، وإن كان لأحدهما تريبع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى ، وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة ؛ ثم في اتصال التريبع هل يكفي من جانب واحد؟ فعلى رواية الطحاوي يكفي ، وهذا أظهر ، وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقاما البيئة قضى لهما ، ولو أقام أحدهما البيئة قضى له هـ . وقدما نحوه . قوله : (وتماه في العيني وغيره) قال العلامة العيني : ولو كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما في أصل العلة ، ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثة ، وإنما شرطت الثلاثة ؛ لأن الحائظ بينى للتسقيف وذلك لا يحصل بدون الثلاثة غالباً فصارت الثلاثة كالنصاب له ، ولو لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة . استحسنة الإمام . والقياس المناصفة وقد روي عنه أيضاً . ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنین حق الوضع ، لأننا حكمنا بالحائظ لصاحب الجذوع : أي الثلاثة فأكثر بالظاهر ، وهو يصلح حجة للدفع لا

للاستحقاق، فلا يؤمر بالقلع إلا إذا ثبت بالبينة أن الحائط لصاحب الجذوع فحيثذ يؤمر بالقلع اهـ. وهل الحكم كذلك إذا أقر له به؟ الظاهر نعم.

قال في جامع الفصولين برمز (جع): جذوع أحدهما في أحد النصفين وجذوع الآخر في النصف فللكل منهما ما عليه جذوعه، وما بين النصفين والجذوع أولى من السترة، فالحائط لرب الجذوع، وكذا السترة لو تنازعا فيها، ولو توافقا أن السترة للآخر لا ترفع كمن له سفلى وتنازعا في سقفه وما عليه فالكل لذي السفلى، ولو توافقا أن العلوى للآخر لا يرفع إلا إذا برهن اهـ: أي لأنه هو المتنازع فيه، فإذا برهن ذو السفلى أن السقف له رفع ما هو موضوع عليه بغير حق، فتأمل. وإنما لم يرفع أولاً قبل إقامة البينة؛ لأن الظاهر أن وضعه بحق، ولم يحكم له بالسفلى لأن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وهو لصاحب السفلى كما هو صريح الخاتية.

فإن قلت: ما الفرق بين ثبوته بالبينة حيث يرفع بها وبين ثبوته بظاهر اليد ولم يرفع؟ قلت: البينة كاسمها بينة، وهي حجة متعذية فيلزم بها الرفع، واليد حجة لصاحب الحال فصلحت للدفع لا للرفع، فتأمل.

ومما يتصل بمسائل الحيطان ما نقله في الهندية: ولو كان الأحد المدعين على الحائط المتنازع فيه أزج من لبن أو آجر: أي ضرب من الأبنية فهو بمنزلة السترة. كذا في فتاوى قاضيخان.

جذوع شاخصة إلى دار رجل ليس له أن يجعل عليها كنيفاً إلا برضا صاحب الدار، وليس لصاحب الدار قطعها إذا أمكنه البناء عليها، وإن لم يمكن البناء عليها بأن كانت جذوعاً صغاراً أو جذعاً واحداً ينظر: إن كان قطعها يضر ببقية الجذوع ويضعفها لا يملك القطع، وإن لم يضر بها يطالبه بالقطع، ولو أراد صاحب الدار أن يعلق على أطراف هذه الجذوع شيئاً ليس له ذلك. كذا في محيط السرخسي.

جدار بين اثنين لهما عليه حمولة غير أن حمولة أحدهما أثقل فالعمارة بينهما نصفين. ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة والجدار مشترك بينهما: قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: للآخر أن يضع عليه بمثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل ذلك؛ ألا ترى أن أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا في كتاب الصلح: لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل ذلك، ولم يذكروا أنه قديم أو حديث. كذا في الخلاصة في كتاب الحيطان. وإن لم يكن لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشباً له ذلك وليس للآخر أن يمنعه ويقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت. كذا في الفصول العمادية.

لو كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فأراد أن يضع والجدار لا يمتثل جذوع اثنين وهما مقرآن بأن الحائط مشترك بينهما، يقال لصاحب الجذوع إن شئت فارفع ذلك عن الحائط لتستوي بصاحبك، وإن شئت فحط عنه بقدر ما يمكن لشريكك من الحمل. كذا في الخلاصة.

جدار بين رجلين لأحدهما عليه بناء فأراد أن يحول جذوعه إلى موضع آخر: قال: إن كان يحول من الأيمن إلى الأيسر أو من الأيسر إلى الأيمن ليس له ذلك، وإن أراد أن يسفل الجذوع فلا بأس به، وإن أراد أن يجعله أرفع عما كان لا يكون له ذلك. كذا في فتاوى قاضيخان.

حائط بينهما وكان لكل واحد جذوع فللذي هو صاحب السفلى أن يرفعها بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط، ولو أراد أحدهما أن ينزع جذوعه من الحائط له ذلك إن لم يكن في نزع ضرر بالحائط. هكذا في الفصول العمادية.

إذا كانت جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر متسفلة فأراد أن ينقب الحائط لينزل فيه الخشب هل له ذلك؟ قيل ليس له ذلك.. وكان أبو عبد الله الجرجاني يفتي بأن له ذلك. وقيل ينظر: إن كان ذلك مما يوجب فيه وهنا لم يكن له ذلك، وإن كان مما لا يدخل فيه وهنا فله ذلك. كذا في محيط السرخسي.

جدار بين رجلين أراد أحدهما أن يزيد في البناء لا يكون له ذلك إلا بإذن الشريك، أضر الشريك ذلك أو لم يضر. كذا في فتاوى قاضيخان.

قال أبو القاسم: حائط بين رجلين انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلازمين ف يريد أحدهما أن يرفع جداره ويزعم أن الجدار الباقي يكفيه للستر فيما بينهما قبل أن يتبين أنهما حائطان فكلا الحائطين بينهما، وليس لأحدهما أن يحدث في ذلك شيئاً بغير إذن شريكه، وإن أقر أن كل حائط لصاحبه فلكل واحد منهما أن يحدث فيه ما أحب. كذا في الفتاوى الصغرى في كتاب الحيطان.

جدار بين اثنين وهى وأراد أحدهما أن يصلحه وأبى الآخر ينبغي أن يقول له ارفع حملتك بعمد لأنى أرفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك، فإن فعل فيها، وإن لم يفعل فله أن يرفع الجدار، فإن سقطت حمولته لا يضمن. كذا في الخلاصة.

وعن الشيخ الإمام أبي القاسم: جدار بين رجلين لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر شيء فمال الجدار إلى الذي لا حمولة فأشهد على صاحب الحمولة فلم يرفعه مع إمكان الرفع بعد الإشهاد حتى انهدم وأفسد شيئاً قال: إذا ثبت الإشهاد وكان مخوفاً وقت الإشهاد يضمن المشهود عليه نصف قيمة ما أفسد من سقوطه. هكذا في فتاوى قاضيخان.

قال أبو القاسم: حائط بين رجلين لأحدهما عليه غرفة والآخر عليه سقف بيته فهدما الحائط من أسفله ورفعوا أعلاه بالأساطين ثم اتفقا جميعاً حتى بنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذ أبى صاحب السقف أن يبني بعد ذلك لا يجبر أن ينفق فيما جاوز ذلك. كذا في الصغرى.

رجل له سباط أحد طرفي جذوع هذا السباط على حائط دار رجل فتنازعا في حق وضع الجذوع فقال صاحب الدار جذوعك على حائطي بغير حق فارفع جذوعك عنه وقال صاحب السباط هذه الجذوع على حائطك بحق واجب، ذكر صاحب كتاب الحيطان الشيخ الثقفي أن القاضي يأمره برفع جذوعه. وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: وبه يفتى. وإن تنازعا في الحائط يقضى بالحائط لصاحب الدار في ظاهر مذهب أصحابنا لأن الحائط متصل بملك صاحب الدار وبالاتصال تثبت اليد، ولكن هذا إذا كان الاتصال اتصال تريبع، أما إذا كان اتصال ملازقة فصاحب السباط أولى. هكذا في المحيط في كتاب الحيطان. الكل من الهندية.

أقول: ثم التصرف في الحائط المشترك بعد ثبوته شرعاً قسماً: ممتنع إلا بإذن شريكه وهو مقتضى شركة الملك والقياس. وجائز لضرورة منفعة الاشتراك بغير إذن شريكه.

أما الممتنع فهو زيادة خشب على خشب شريكه أو اتخاذ ستر عليه أو فتح كوة أو باب، وهو محل إطلاقهم الواقع في بعض عباراتهم من أنه ليس له: أي الشريك أن يحدث في الحائط المشترك حدثاً بغير إذن شريكه أو يزيد عليه.

وأما الجائز بغير إذنه فله صور:

منها: ما هو جائز باتفاق، وهو ما إذا لم يكن عليه لواحد منهما خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشباً له ذلك ولا يكون لصاحبه منعه ولكن يقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت.

ومنها: ما هو جائز بالاتفاق أيضاً، وهو ما إذا كان له جذوع ولشريكه أكثر منها فله المساواة باتفاق كلماتهم كما ستطلع عليه قريباً إن شاء الله تعالى، كذا قالوا.

وأقول: هذه المسألة، وهي ما إذا كانت حمولته محدثة ينبغي أن تكون عين المسألة الأولى الجائزة بالإتفاق، فتأمل.

ومنها: ما هو مقيد على قول والراجع للإطلاق، وهي ما إذا كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر ذلك فأراد أن يحدث حمولة فالمرجح له أن يحدث إذا كان الحائط يحتل ذلك. وقال بعضهم في هذه الصورة: إن كانت حمولة صاحبه محدثة فله ذلك، وإن كانت

قديمة فليس له ذلك . ثم في هذه الصورة على الراجح قد صرحوا بأنه إن كان الحائط لا يحتمل حملتين يؤمر الآخر برفع حملته لتحصل التسوية مع صاحبه أو برفع البعض لتمكن شريكه من الحمل فهو كالمهاياة .

ومنها: ما هو مقيد بعدم المضرة، وهو ما إذا كان لهما عليه حمولة وحمولة أحدهما أسفل من حمولة الآخر فأراد هو أن يرفع حملته ويضعها بإزاء حمولة صاحبه فله ذلك وليس لصاحبه منعه، وكذا لو كانت حمولة أحدهما في وسط الجدار وحمولة الآخر في أعلاه فأراد أن يضع حملته في أعلى الجدار له ذلك إذا لم يدخل على الأعلى مضرة، وكذا إذا أراد أن يسفل الجذوع، وقيد بعضهم بما إذا^(١) انهدم أو هداما، لأنه إذا يحصل ذلك يحصل مضرة ولا بد، والمدار في أجناس هذا على عدم الضرر .

ومنها: ما هو مختلف فيه وهو التعلي، وهو أن يزيد في أعلى الجدار في هواء المشترك كان للآخر منعه لأنه تصرف في شيء مشترك، وهو المروي عن محمد، وقيل لا يمنع .
أقول: والحاصل: أن في مسألة التعلي ثلاثة أقوال: أحدها: له التعلي مطلقاً .
ثانيها: له بما إذا لم يكن خارجاً عن الرسم المعتاد، واعتمده ابن الشحنة والشرنبلالي .
ثالثها: المنع مطلقاً، واعتمده قاضيخان واقتصر عليه في الخيرية فكان عليه الاعتماد، وبالعامل به صدر الأمر السلطاني وجرى عليه في المجلة في مادة ألف ومائتين وعشرة .

قال في الذخيرة: إذا كان الحائط بين رجلين وليس لواحد منهما فأراد أحدهما أن يضع عليه خشباً له ذلك، ولا يكون لصاحبه أن يمنعه عن ذلك ولكن يقال أنت ضع مثل ذلك إن شئت، هكذا حكى الإمام النيسابوري . وكان بين^(٢) هذا وبين ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد عليه خشباً على خشب صاحبه وأراد أن يتخذ ستراً أو يفتح كوة أو باباً حيث لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه وكان لصاحبه ولاية المنع .

والفرق أن القياس أن لا يكون له ولاية وضع الخشب من غير إذن شريكه لأنه تصرف في شيء مشترك إلا إذا تركنا القياس لضرورة أنا لو منعناه عن وضع الخشب من غير إذن شريكه ربما لا يأذن له شريكه في ذلك فتتعطل عليه منفعة الحائط . وهذه الصورة معدومة في زيادة الخشب وفتح الكوة فيرد لي القياس اهـ . ومثله في البزاية وغيرها من الكتب المعتبرة، لكنه مقيد في البزاية بما إذا كان الحائط يحتمل ذلك، وهذا القيد لا بد منه في أمثال هذا . وعبرة الذخيرة أغفلته وقيدناه فيما أسلفناه لك، فتنبه .

(١) في ط (قوله بما إذا) كذا بالأصل .

(٢) في ط (قوله وكان بين الخ) كذا بالأصل .

قال السرخسي في الوجيز عن النوادر: حائط بين رجلين ولأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر أربع فلصاحب الأربع أن يتم عشر خشبات مثل صاحبه وليس له الزيادة، وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا شيء للآخر عليه فأراد أن يحمل مثل خشب صاحبه، قيل له ذلك، وقيل ليس له ذلك اهـ. فانظر كيف نقل الخلاف في الصورة الثانية ولم يحكه في الأولى، والفرق بينهما واضح كما ستقف عليه.

قال برهان الدين الكركي في الفيض من كتاب الحيطان: حائط بين رجلين وكان لأحدهما عليه جذوع أكثر من جذوع الآخر فلصاحب القليل أن يزيد في جذوعه حتى تكون مثل جذوع صاحبه اهـ.

وفي العمادية: ولو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إذا كان الحائط يحتمل ذلك ولم يفصلوا بين القديم والحديث اهـ.

قال في الخانية: ولو كان الحائط بين داري رجلين كل واحد منهما يدعيه ولكل واحد منهما عليه جذوع يقضى بينهما نصفين هو المختار، فإن كانت جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه حتى تكون مثل جذوع الآخر، وهذا إذا كان الحائط يحتمل الزيادة، فإن كان لا يحتمل ليس له أن يزيد اهـ.

قلت: وانظر إلى قوله وكل واحد يدعيه إلى قوله يقضى نجده صريحاً في أنه لا يلزم في هذه الصورة أن يكون الحائط ثابتاً بالبينة بينهما، خلافاً لمن وهم من أنها لا تثبت المساواة في وضع الجذوع إلا إذا ثبت الحائط لهما بالبينة، ومنشؤه أخذاً من عبارة الذخيرة وذلك من عدم التأمل بها.

وحاصل عبارة الذخيرة: أن الملك الثابت بنوع ظاهر كالاتصال والتربيع لا يصلح لإبطال حق الآخر. لأننا هنا لم نبطل حق الآخر بل قصدنا المساواة، نعم هذا يظهر لمن يثبت له الحائط بالتربيع وكان لصاحبه جذوع فليس له أن يرفع جذوع الآخر إلا إذا ثبت الحائط بالبينة فله رفع جذوع الآخر كما ستراه في عبارة الذخيرة، هذا وقد اتفقت كلمتهم في كتاب الصلح على أنه لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل.

ولما كانت هذه المسألة اتفاقية قاس عليها الفقيه أبو الليث المسألة الثالثة، وهي ما إذا كان لأحدهما عليه جذوع وأراد الآخر أن يحدث جذوعاً فرجع هو والحسام الشهيد وهما من أهل الترجيح جواز إحداث الجذوع أيضاً مطلقاً قديمة كانت الأولى أو لا، وإن كان بعضهم قد أبدى فرقاً بين الحديثة والقديمة كما ستطلع عليه.

قال الحسام الشهيد في الفتاوى الصغرى: ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس

للآخر عليه حمولة ويريد الذي لا حمولة له أن يضع على هذا الجدار حمولة مثل حمولة شريكه، إن كانت حمولته عليها محدثة فللآخر أن يضع عليه حمولة مثلها، وإن كانت الحمولة التي له قديمة فليس للآخر أن يضع حمولة. قال الفقيه أبو الليث: للآخر أن يضع عليه حمولة مثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل مثل ذلك مطلقاً: أي سواء كانت حمولة صاحبه محدثة أو قديمة؛ ألا ترى أن أصحابنا قالوا في كتاب الصلح: لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل ذلك؛ ولم يشترطوا لا قديماً ولا حديثاً.

وقال أبو القاسم: في حائط بين رجلين لأحدهما عليه جذوع فأراد الآخر أن ينصب عليه جذوعاً فمنعه من ذلك صاحبه والجدار لا يحتمل ذلك: أي الحملين يقال لصاحب الجذوع إن شئت فحط حملك لتستوي مع صاحبك، وإن شئت فحط عنه ما يمكن شريكك من الحمل؛ لأن البناء الذي عليه إن كان بغير رضا صاحبه فهو معتد ظالم، وإن كان بإذن صاحبه فهو عارية؛ ألا يرى أن داراً بين رجلين وأحدهما ساكنها فأراد الآخر أن يسكن معه والدار لا تسع لسكنهما فإنهما يتهايان بها، كذا هنا قال الفقيه أبو الليث: وروينا عن أبي بكر خلاف هذا، ويقول أبي القاسم نأخذ.

ووجه القائل بالمنع الفرق، لجواز أن يكون هذا مستحقاً لأحدهما من أصل الملك وذلك حال القسمة بأن يقع الحائط بنصيب أحدهما ويكون للآخر عليه حق الخشب، أما تلك المسألة وهي ما لو كان لكل واحد منهما عليه خشبات ففيها دل على أن التصرف في الابتداء ثبت لهما فيثبت بعد ذلك لهما. كذا في شرح الوهبانية لابن الشحنة.

أقول: ومقتضى كلامه أن المسألة الثانية اتفافية، فافهم.

والحاصل: أن كلا الشريكين إذا لم يكن لهما عليه حمولة صاحبه كان لكل واحد منها وضع حمولة بلا إذن شريكه اتفاقاً، وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة أنقص من حمولة صاحبه كان له المساواة اتفاقاً أيضاً وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة والثاني لا حمولة له كان له أن يساوي مع صاحبه على ما رجحه أبو الليث والحسام الشهيد قياساً على المسألة الاتفافية كما تقدم، وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يسفل الجذوع أو يعليها أو يتوسط بها للمساواة عند عدم الضرر له ذلك، وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يعلي بأن يزيد في الجدار في هواء مشترك لم يكن للآخر منعه، والمروي عن محمد له المنع، ولذا قدمه ابن وهبان في المنظومة بقوله. [الطويل]

وَمَا لِشَرِيكَ أَنْ يَعْلِي حَيْطَهُ وَقِيلَ التَّعَلِّي جَائِزٌ قِيُغْمَرُ
وعلى المنع مطلقاً مشى في الخانية فليكن هو المعول.

وفي الفصولين: ولو أراد أحدهما نزع جذوعه من الحائط فله ذلك لو لم يصبر بالحائط. وفيه: انهدم حائط بينهما فبنى أحدهما فإنه وجهين: إما عليه حمولة أو لا. والأحكام ثلاثة: أحدها طلب أحدهما قسمة عرصه الحائط وأبى الآخر. والثاني أراد أحدهما أن يبني ابتداء بلا طلب القسمة وأبى الآخر. وثالثها لو بناه بلا إذن شريكة هل يرجع عليه بشيء.

أما الوجه الأول وهو عدم الحمولة عليه، فأما الحكم الأول وهو طلب القسمة وإبائه الآخر فقد ذكر في بعض المواضع مطلقاً أنه لا يجبر، وبه نأخذ ص. أما لو لم تكن عرصه الحائط عريضة بحيث لو قسمت لا يصيب كلاً منهما شيء يمكنه أن يبني فيه فظاهر لتعنته في طلب القسمة، وأما لو عريضة بحيث يصيب كلاً منهما ما يمكن البناء فيه فلأن القاضي لو قسم يقرع بينهما، وربما يخرج في قرعة كل منهما ما يلي دار شريكه فلا ينتفع به فلا تقع القسمة مفيدة، وإليه أشار م فيما روى عنه هشام: انهدم حائط بينهما فقال أحدهما أقسم والآخر أبى قال لا أقسم بينهما إذ ربما يصيب كلاً منهما ما يلي دار شريكه. وبعض المشايخ قالوا: لو كان القاضي لا يرى القسمة إلا بإقراع لا يستقيم لما مر. وأما لو يراها بلا إقراع فيقسمه لو كانت العرصه عريضة على وجه مر ويجعل نصيب كل منهما مما يلي داره تميمًا للمنفعة عليهما.

مَطْلَبٌ: لَوْ كَانَتْ عَرَصَةُ الْحَائِطِ عَرِيضَةً تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا وَيُعْطَى كُلًّا مِنْ

جِهَةِ دَارِهِ بِلا قُرْعَةٍ وَيَجْبُرُ الْآبِي بِهِ يَفْتَى

وقال ص: لو عريضة فالقاضي يجبر الأبى على كل حال وبه يفتى، إذ العرصه لو عريضة على وجه مر فطالب القسمة طلب بها تميم المنفعة عليه فيجبر شريكه عليه كدار وأرض. س: يجبر الأبى على قسمة حائط بينهما وذكر الجبر بلا فصل بين العريضة وغيرها هـ.

أقول: يؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى، وهي دار لزيد ودار أخرى مشتركة بينه وبين عمرو أراد زيد قسمتها وأخذ حصته منها من جهة داره حيث لا يمكن الاتصال إليها إلا من داره والدار قابلة للقسمة والمعادلة ممكنة للقاضي قسمتها على هذا الوجه وإن لم يرض عمرو بذلك، ولا تلزم القرعة في هذا، على أن القرعة ليست بواجبة على القاضي، غاية ما في الباب أنهم قالوا: وينبغي أن يقرع بينهما تطيباً لقلوبهما، ولا نقول إن ينبغي هنا بمعنى يجب لما أنهم صرحوا في غير ما كتاب أنها مستحبة لا سيما وفيه رفع الضرر عن أحدهما وعدم الضرر بالآخر، فتأمل وراجع.

وفي الفصولين: الحكم الثاني: أراد أحدهما أن يبني ابتداء بلا طلب القسمة وأبى

الآخر، فلو عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما ما يمكنه أن يبني فيه حائطاً لنفسه لا يجبر على البناء في ملك شريكه إلا إذا تضرر شريكه بتركه ولا ضرر هنا، ولو غير عريضة فاختلف المشايخ، قيل لا يجبر، وقيل يجبر وهو الأشبه، إذا بتركه يتضرر شريكه بتعطيل منافع الحائط والباني لا يتضرر إذ يحصل له بدل ما أنفق، ومال إلى الثاني الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة. الحكم الثالث: لو بنى أحدهما بلا إذن شريكه هل يرجع على شريكه بشيء؟ اختلف المشايخ فيه: قيل لا يرجع مطلقاً، وهكذا ذكر في كتاب الأفضية، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في النوازل عن أصحابنا. وقيل لو عريضة على ما بينا لا يرجع لأنه غير مضطر فيه، وإن كانت غير عريضة يرجع. قلت: لأحدهما أن يمتنع من البناء إذ له أن يقاسم أرض الحائط نصفين، ولو بنى أحدهما لا يرجع على شريكه إذ ليس له أخذه بالبناء.

الوجه الثاني: لو كان على الحائط حمولة بأن كان عليه جذوع فهو على وجهين: أحدهما وهو ما لو كان لهما عليه جذوع وطلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لا يجبر شريكه عليها إلا عن تراض منهما ولو عريضة على ما بينا إذ تعلق حق كل منهما بكل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط، فلو قسمت بلا رضا أحدهما يسقط عما حصل لشريكه بلا رضاه وأنه لم يجز، فإذا أراد أحدهما البناء وأبى الآخر قال ض: لا يجبر لو عريضة. وذكر شيخ الإسلام أنه لا يجبر بلا تفصيل. ذكر شح أنه يجبر من غير تفصيل، وبه يفتى. إذ في عدم الجبر تعطيل حق شريكه إذ له حق وضع الجذوع على جميع الحائط. ولو بنى أحدهما بدون إذن شريكه، قيل لو عريضة على ما فسرنا لا يرجع الباني ويكون متطوعاً، وكذا عن محمد وهو الصحيح، إذ للثاني حق وضع الجذوع على جميع الحائط ولا يتوصل إليه إلا ببناء جميع الحائط فكان مضطراً في البناء فلا تبرع، كما لو غير عريضة فبناه أحدهما هـ. وفي الهندية: هكذا ذكر الخصاص في نفقاته. وبعض مشايخنا قالوا: لا يكون متطوعاً، وإليه أشار في كتاب الأفضية، وهكذا روي عن ابن سماعة في نوادره رحمه الله تعالى وهو الأصح. هكذا في المحيط.

قال صاحب جامع الفصولين أقول: مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر، وسيجيء تحقيقه فينبغي أن تكون الفتوى على أنه متبرع، والله تعالى أعلم.

وإن كان بناه بإذنه ليس له أن يمنعه، لكن يرجع عليه بنصف ما أنفق. كذا في فتاوى قاضيخان.

صل: انهدم حائطهما وعليه جذوع لأحدهما وطلب رب الجذوع البناء من شريكه لا يجبر عليه ويقال لهما إن شئتما اقتسما أرض الحائط، ولو شاء رب الجذوع البناء وأراد الآخر القسمة يقسم بينهما نصفين.

الوجه الثاني من هذا الوجه: لو لأحدهما عليه حمولة وطلب هو القسمة وأبى الآخر يجبر الأبى لو عريضة كما مر وهو الصحيح، وبه يفتى. ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر لما مر فيما لهما عليه حمولة. ولو بنى ذو الحمولة فحكمه حكم مالهما عليه حمولة فالصحيح أنه يرجع لما مر ثمة أنه مضطر. ولو بناه الآخر وعريضة الحائط عريضة كما مر فهو متبرع إذا لم يضر في البناء إذ لا يجبر به حقاً لنفسه، ثم في كل محل لم يكن الباني متبرعاً كما له أو لهما عليه حمولة كان للباني منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على ما اختلفوا فيه على ما يأتي إن شاء الله تعالى، فلو قال صاحبه أنا لا أتمتع بالبناء هل يرجع الباني؟ قيل لا يرجع، وقيل يرجع.

شجي: ربّ العلو يرجع على رب السفلى بقيمة السفلى مبنياً لا بما أنفق. فض يرجع بما أنفق في السفلى، وأما في الحائط المشترك فيرجع بنصف ما أنفق. واستحسن بعض المتأخرين فقالوا: لو بنى بأمر القاضي يرجع بما أنفق، ولو بنى بلا أمر القاضي رجح بقيمة البناء.

لأحدهما بناء وأبى جاره أن يبني لا يجبر. قال ت: هو القياس وهو قول علمائنا. وقال بعضهم: لا بد من بناء يكون ستراً بينهما وبه نأخذ، وإنما قال أصحابنا إنه لا يجبر لأنهم كانوا في زمن الصلاح، أما في زماننا فلا بد من حاجز بينهما.

جص: جدار بين كرمين لرجلين انهدم فاستعدى أحدهما على السلطان لما أبى شريكه أن يبني فأمر السلطان ببناء برضا المستعدي أن يبني على أن يأخذ الأجر منهما فله أخذه منهما.

وقال أبو بكر: انهدم جدار بينهما وأحدهما غائب فبناه الحاضر في ملكه من خشب وبقي موضع الحائط على حاله ثم قدم الغائب فأراد أن يبني على طرف الحائط مما يلي جاره ويجعل ساحة الحائط إلى ملكه ليس له ذلك، ولو أراد أن يبني حائطاً غلظه كالأول أو يبني أدق منه في وسط الأسّ ويدع الفضل من أسه مما يلي ملكه له ذلك. كذا في جامع الفصولين ومثله في نور العين.

لكن قال في الهندية: جدار بين رجلين انهدم وأحد الجارين غائب فبنى الحاضر في ملكه جداراً من خشب وترك موضع الحائط على حاله فقدم الغائب فأراد أن يبني الحائط في الموضع القديم ومنعه الآخر. قال الفقيه أبو بكر: إن أراد الذي قدم أن يبني على

موضع طرف الحائط مما يليه جاز، وإن جعل ساحة أس الحائط إلى جانب نفسه ليس له ذلك، وإن أراد أن يبني الحائط كما كان أو أدق منه ويترك الفضل من الجانبين سواء له ذلك. كذا في فتاوى قاضيخان في الحيطان اهـ.

أقول: وهذا أشبه بالقواعد، ولم يظهر لي ما نقله في جامع الفصولين، وتبعه في نور العين.

وفي جامع الفصولين: وقال في جدار بينهما ولكل منهما عليه حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغي أن يقول مرید الإصلاح للآخر ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك فلو فعله وإلا فله رفع الجدار، فلو سقط حمولته لم يضمن.

فص: حائط بينهما وهى وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه، ولو هدم حائطاً بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر، ولو انهدم لا يجبر ولكنه يبني الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي انتهى.

أقول: قوله لا يجبر صريح في أنه ليس للآخر منعه من البناء لأن له غرضاً في وصوله إلى حقه، فلا يقال هو تصرف في المشترك فكان ينبغي أن لا يكون يجوز بدون رضا الشريك.

وأقول: قيد بقوله وهى لأنه لو لم يكن كذلك لا يملك هدمه وبنائه لأنه تصرف في المشترك، ولا بد وأن يكون معنى قوله ولكنه يبني: أي بغير النقص المشترك، أما به لا لأنه تصرف في المشترك. تأمل رملي.

وفي جامع الفصولين برمزت: قال أبو بكر في جدار بينهما وبيت أحدهما أسفل وبيت الآخر أعلى قدر ذراع أو ذراعين فانهدم فقال ذو الأعلى للذي الأسفل ابن لي حذاء أسي ثم نبني جميعاً ليس له ذلك، بل بينانه جميعاً من أسفله إلى أعلاه.

قالت: ولو بيت أحدهما أسفل بأربعة أذرع أو نحوها قدر ما يمكن أن يتخذ بيتاً فأصلاحه على ذي الأسفل حتى ينتهي إلى محل البيت الآخر لأنه كحائطين سفلى وعلو، وقيل بينان الكل.

قال أبو القاسم: في حائط بينهما عليه لأحدهما غرفة وللآخر سقف بيت فهدم الحائط من أسفله ورفع أعلاه بأساطين ثم اتفقا حتى بينيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبى رب السقف أن يبني بعمده لا يجبر أن ينفق فيما جاوزه. وقال: حائط بينهما انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلاصقين فأراد أحدهما رفع جداره وزعم أن الجدار

.....

الباقي يكفي للآخر ستره بينهما وزعم الآخر أن جداره لو بقي ذا طاق يبني وينهدم، فلو سبق منهما إقرار أن الحائط بينهما قبل أن يتبين أنه حائطان فكلاهما بينهما، وليس لأحدهما أن يحدث في ذلك شيئاً إلا بإذن الآخر، ولو أقر أن كل حائط لصاحبه فلكل منهما أن يحدث فيه ما أحب. قاضيخان.

حائط بين رجلين انهدم فبناه أحدهما عند غيبة شريكه. قال أبو القاسم: إن بناه ينقض الحائط الأول فهو متبرع ولا يكون له أن يمنع شريكه من الحمل عليه، وإن بناه بلبن أو خشب من قبل نفسه فليس للشريك أن يحمل على الحائط حتى يؤدي نصف قيمة الحائط.

أراد أحدهما نقض جدار مشترك وأبى الآخر فقال له صاحبه أنا أضمن لك كل شيء ينهدم لك من بيتك وضمن ثم نقض الجدار بإذن شريكه فانهدم من منزل المضمون له شيء لا يلزمه ضمان ذلك، وهو بمنزلة ما لو قال رجل لآخر ضمنت لك ما يهلك من مالك لا يلزمه شيء. خلاصة.

حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف البناء مبنياً.

وفي الأقضية: حائط بين اثنين أراد أحدهما نقضه وأبى الآخر: لو بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، ولو يخاف فعن الفضلي أنه يجبر، فإن هدماً وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر لو أس الحائط عريضاً يمكنه بناء حائطه في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، ولو لم يمكن يجبر، وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافق الشريك فهو ينفق على العمارة، ويرجع على الشريك بنصف ما أنفق لو أس الحائط عريضاً يمكنه بناء حائطه في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، ولو لم يمكن يجبر، وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافق الشريك فهو ينفق على العمارة، ويرجع على الشريك بنصف ما أنفق لو أس الحائط لا يقبل القسمة.

وفي فتاوى الفضلي: ولو هدماه وأبى أحدهما عن البناء يجبر، ولو انهدم لا يجبر، ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه منه إن فعل ذلك بقضاء القاضي، ولو بغير قضاء فنصف قيمة البناء، وإن انهدم أو خيف وقوعه فهدم أحدهما لا يجبر الآخر على البناء. ولو كان الحائط صحيحاً فهدمه أحدهما بإذن الآخر لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر البناء كما لو هدماه.

وعن ابن أبي سلمة: لو لهما عليه حمولة وانهدم وأبى الآخر العمارة فبنى أحدهما يمنع الآخر من وضع الحمولة حتى يؤدي نصف ما أنفق، وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر

وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعدياً فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع وإجارة. أشباه، من أحكام الساقط لا يعود، فليحفظ.

(وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذي بيوت) منها (في حق ساحتها فهي بينهما نصفين)

على العمارة ولا يرجع بشيء لأنه بمنزلة الستارة، وهذا كله إذا أنفق في العمارة بغير إذن صاحبه، فلو بإذنه أو بأمر الحاكم يرجع عليه بنصف ما أنفق. وفي البناء المشترك: لو أحدهما غائباً فهدم الآخر بإذن القاضي أو بلا إذنه لكن بنى بإذن القاضي فهو كإذن شريكه لو حاضراً فيرجع عليه بما أنفق لو حضر. كذا في نور العين.

أقول: أما قوله وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر الخ هذا على جواب المتقدمين. وأما على ما اختاره المتأخرون من أنه إذا كان له حرم فهو بمنزلة ما لو كان له عليه حمولة، فتأمل وراجع. قوله: (فلا يسقط بإبراء) أي عن رفع الجذوع، لأن الإبراء لا يكون في الأعيان بل عما في الذمة. قوله: (ولا صلح) بشيء عن الوضع لجهالة مدة الوضع. قوله: (وبيع) أي إذا باع الواضع أو الموضوع على حائط داره فللمشتري حق المطالبة بالرفع. وذكر الحموي أن المراد بالبيع بيع الحائط الموضوع عليه الجذوع وإجارتها. قوله: (وإجارة) أي إذا أجر داره منه لا تسقط المطالبة بالرفع بالإجارة. قوله: (أشباه من أحكام الساقط لا يعود) صوابه: لا يقبل الإسقاط من الحقوق وما لا يقبله وهو قبله، ولذا قال ط: ولم أفق عليه. وسيأتي للشارح في العارية عن الأشباه: تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشتري رفعها، وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع.

قلت: وبالقيل جزم في الخلاصة والبزاية وغيرهما، وكذا قاضيخان من باب ما يدخل في البيع تبعاً من الفصل الأول، ومثله في الأشباه من العارية، لكن فيه أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقل لا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لآخر من أهل الاستحقاق ولم يتعارف بين الناس يفسد البيع، فلو كان متعارفاً كبيع نعل على أنه يحذوه البائع فالبيع صحيح للعرف. تأمل. قوله: (وذو بيت) يعني إذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة في يد رجل والبيوت الباقية في يد آخر. قوله: (في حق ساحتها) بالحاء المهملة هي عرصه في الدار أو بين يديها.

قال في شرح الطحاوي: ولو كان العلو في يد أحدهما والسفل في يد آخر والساحة في أيديهما ولم يكن لهما بيعة وحلفا وكل منهما يدعي الجميع يترك السفل في يد صاحبه والعلو كذلك والساحة لصاحب السفل، ولصاحب العلو حق المرور في رواية، وفي رواية أخرى الساحة بينهما نصفان اهـ. قوله: (فهي بينهما نصفين) لأنهما استويا في استعمال

كالطريق (بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها .
 (برهنا) أي الخارجان (على يد) لكل منهما

الساحة في المرور ووضع الأمتعة وكسر الحطب ونحو ذلك ولم تكن في يد أحدهما دون الآخر وهما في ذلك سواء فتتصف بينهما كالطريق، لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة .
 قال العلامة أبو السعود: واعلم أن القسمة على الرؤوس: في الساحة والشفعة وأجرة القسام والنائب: أي الهوائية المأخوذة ظلماً والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والحريق ا هـ . قوله: (كالطريق) فإنه يستوي فيها صاحب البيت وصاحب المنزل وصاحب الدار . اتقاني . وصاحب بيت وصاحب بيوت .
 قال في الفنية: الطريق يقسم على عدد الرؤوس، لا بقدر ساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصبة، وفي الشرب متى جهل قدر الأنصبة يقسم على قدر الأملاك لا الرؤوس ا هـ .

واعترض بأن البيوت الكثيرة تجمع عادة جمعاً كثيراً بالنسبة إلى البيت الواحد فيكون احتياجهم إلى نحو التوضي أكثر وقوعاً فينبغي أن يرجح صاحبها ولا أقل أن يساوي .
 أقول: المسألة من مسائل الجامع الصغير، والمجتهد ليس بغافل عن مثل هذه الملاحظة، فاللزام علينا أن نلاحظ وجه الاستنباط وذا هنا أنه ثبت في أصولهم أن الترجيح لا يقع بكثرة العلل فتفرع عليه مسائل جمة: منها هذه المسألة، ومنها مسألة أنه لا يرجح صاحب الجراحات على صاحب جراحة واحدة، فإنه إذا مات المجروح يجب القصاص عليهما في العمد والدية نصفين في الخطأ حيث لم يعتبروا عدد الجراحات مع إمكان اعتبار تقسيم الدية عليها، فكذا لم يعتبروا تعدد البيوت في تقسيم الساحة عليها فضلاً أن يرجح صاحبها ويحكم بكل الساحة له سوى حق المرور لصاحب البيت . تدبر .
 قوله: (بخلاف الشرب) لأن الشرب يحتاج إليه لأجل سقي الأرض، فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيقدر بقدر الأراضي . منح .

وفي الثالث عشر من البزازية: دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا في الساحة أو ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد، كما لا اعتبار لفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة ا هـ . وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك، أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت .
 قوله: (يقدر بالأرض بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيقدر بقدر الأراضي . بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور في الطريق .
 زيلعي . قوله: (برهنا أي الخارجان الخ) أي إن لكل يد فيها، ولعل معناه أنها كانت في

(في أرض قضي بيدهما) فتتصرف (ولو برهن عليه) أي على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لَبَّن أو بنى (قضي بيده) لوجود تصرفه .

(ادعى الملك في الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لأن ما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل . درر .

(صبي يعبر عن نفسه) أي يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لأنه في يد

أيديهما لأنهما في حالة الدعوى خارجان . وعبارة الشارح هنا تبع فيها الدرر والمنح .
وعبارة الزيلعي غيرها تفيد أنهما ذو أيد .

وفي الفصولين خ : ادعى كل منهما أنه له وفي يده : ذكر محمد في الأصل أن على كل منهما البينة وإلا فاليمين، أذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعياً، ولو برهننا يجعل المدعي في يدهما لتساويهما في إثبات اليد . وفي دعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على ذي اليد، ودعوى اليد تقبل على غير ذي اليد لو نازعه ذلك الغير في اليد فيجعل مدعياً لليد مقصوداً ومدعياً للملك تبعاً هـ .

وفي الكفاية : وذكر التمرتاشي : فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فإن حلفاً لم يقض باليد لهما ويرى كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر الحال، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث هـ . فعلم أن الخارجين قيد اتفاقي فالأولى حذفه . قوله : (قضى بيدهما فتتصرف) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي . درر . وفيه إشارة إلى أن اليد لا تثبت في العقار بالتصادق وكذا بالنكول عن اليمين لاحتمال أنها في يد غيرها . وإن ادعى أنها في يد أحدهما فكذلك لأنهما يمكن أنهما تواضعا على ذلك ط . وأشار إلى أنه لو طلبا القسم لم يقسم بينهما ما لم يبرهننا على الملك . قيل هذا بالاتفاق، وقيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما : يقسم بينهما كما في الشروح . قوله : (بأن لَبَّن أو بنى) ولين بتشديد الباء : أي ضرب فيها البنا وهو الطوب النيء، بخلاف المشوي فإنه آجر . قوله : (قضى بيده لوجود تصرفه) لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها في يده، ومحل ذلك إذا لم يقم الآخر برهاناً كما لا يخفى . زيلعي . قوله : (لأن ما ثبت في زمان يحكم ببقائه) فشهادتهم تثبت الملك في الحال والماضي . قوله : (فالقول له) فلا تقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند إنكاره إلا بيينة . ا هـ . درر . وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد في نفسه إبانة لمعنى الكرامة، إذ كونه

نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد لفلان) لغير ذي اليد (قضي) به (لذي اليد) كمن لا يعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرّر أن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى.

في يد غيره دليل الإهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين. حموي. قوله: (قضى به لذي اليد) لا يقال: الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي. لأننا نقول: لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض، ولا نسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية. ولا يقال: الأصل في الأدمي الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة، وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط إنه عبده وإن كان في يده. لأننا نقول: إذا اعترض على الأصل دليل خلافه بطل وثبوت اليد دليل الملك، ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه في الحكم وإن لم يعبر فليس في يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين. زيلعي ملخصاً. حموي. قوله: (كمن لا يعبر عن نفسه) مفهوم من يعبر. قوله: (لإقراره بعدم يده) حيث أقر على نفسه بالملك وثبتت رقيته بدعوى ذي اليد الخالية عن المعارض لا بإقراره فكان ملكاً لمن في يده كالعماش ومن لا يعبر بمنزلة المتاع فلا يقبل قوله أنا حر، لكن هنا بعد أن صرح بأنه عبد فلان فيكون مقراً بما للغير فلا يسري إقراره عليه: أي على الغير، بخلاف ما إذا لم يكن بيد أحد حيث يصح إقراره لأنه حيثئذ في يد نفسه. تأمل. قوله: (لا يمنع صحة الدعوى) لا سيما وقد صدر الإقرار الأول حال عدم التكليف.

فروع رعى ماء بينهما في بيت لهما فخرت كلها حتى صارت صحراء لم يجيرا على العمارة وتقسم الأرض بينهما: أي بطلبهما أو بطلب أحدهما، ولو قائمة بيناتها وأدواتها إلا أنه ذهب شيء منها يجير الشريك على أن يعمر مع الآخر ولو معسراً قيل لشريكه أنفق أنت لو شئت فيكون نصفه ديناً على شريكك وكذا الحمام لو صار صحراء تقسم الأرض بينهما، ولو تلف شيء منه يجبر الأبى على عمارته.

ن عن م: في حمام بينهما انهدم بيت منه أو احتاج إلى قدر ومرمة وأبى أحدهما لا يجبر ويقال للآخر إن شئت فابنه أنت وخذ من غلته نفقتك ثم تستويان.

ط عن بعض المتأخرين: لو أبى أحدهما فالقاضي يخرج الحمام من أيديهما ويؤجره ثم يعمره فيأخذ نفقته من أجرته. كذا في جامع الفصولين.

وفي الخانية من باب الحيطان: دار بين رجلين انهدمت أو بيت بين رجلين انهدم فبناه أحدهما لا يرجع هو على شريكه بشيء لأن الدار تحتل القسمة، فإذا أمكنه أن يقسم يكون متبرعاً في البناء والبيت، كذلك إذا كان كبيراً يحتمل القسمة، وكذلك الحمام إذا خرب وصار ساحة، وكذلك البئر أراد به إذا امتلأت من الحمأة فله أن يطالب شريكه

بالبناء، فإذا لم يطالبه وأصلحها وفرغها كان متبرعاً ا هـ. ومفاد هذا أن الدار لو كانت صغيرة لا تمكن قسمتها أنه لا يكون متبرعاً لأنه حيثئذ يكون مضطراً إلى البناء ليتوصل إلى الانتفاع بملكه، بخلاف ما إذا كانت كبيرة لأنه يمكنه أن يقسم حصته منها ثم يبني في حصته، فإذا بنى قبل القسمة لم يكن مضطراً فيكون متبرعاً، ولذا قيد الحمام بما إذا خرب وصار ساحة لأنه حيثئذ تمكن قسمته فإذا لم يقسم يكون متبرعاً، لكن في البئر ينبغي أن لا يكون متبرعاً لكونه مما لا يقسم، لكن أشار صاحب الخانية إلى الفرق بأن له أن يطالب شريكه بالبناء: أي فيجبر شريكه عليه كما صرح به غيره.

مَطْلَبٌ: الْأَصْلُ أَنَّ مَا اضْطُرَّ إِلَى بِنَائِهِ مِمَّا لَا يُقْسَمُ لَا يَكُونُ مُتَبَرِعاً

وإذا أجزر لم يكن الآخر مضطراً فصار الأصل أن ما اضطر إلى بنائه بأن كان مما لا يقسم أو مما لا يجبر الشريك على بنائه فبناه أحدهما لم يكن متبرعاً، وإلا فهو متبرع، لكن استشكل هذا في جامع الفصولين بأن من له حمولة على حائط لو بنى الحائط يرجع لأنه مضطر إذ لا يتوصل إلى حقه إلا به مع أن الشريك يجبر أيضاً كالبئر فينبغي أن يتحد حكمهما.

مَطْلَبٌ: التَّبَرُّعُ وَالرُّجُوعُ دَائِرَةٌ عَلَى الْجَبْرِ وَعَدَمِهِ

ثم قال: والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه كما سيجيء، فينبغي أن يدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه؛ إلى أن قال: وهذا يخلصك من التحير بما وقع في هذا الباب من الاضطراب، ويرشدك إلى الصواب ا هـ. لكن عبارة الخلاصة التي ذكرها المؤلف تدل على أن للقاضي أن يأمره ببناء الدار، فإن كان كذلك لم يكن مضطراً إلى البناء أبي شريكه لأنه يمكنه استئذان القاضي. وقد يجاب بأن للقاضي ذلك إذا كان الشريك غالباً مثلاً لأنه حيثئذ لا يمكن طلب البناء منه ولا القسمة معه.

فالحاصل: أنه إذا كانت الدار تحتل القسمة، فإن أذن له شريكه بنى، وإلا قسمها جبراً عليه ثم بنى في حصته، فإن لم يكن استئذانه يبني بإذن القاضي، وفيما عدا ذلك فهو متطوع.

وذكر سيدي الوالد رحمه الله تعالى في كتاب القسمة من تنقيحه أن في غير محتمل القسمة للطالب أن يبني ثم يؤجر ثم يأخذ نصف ما أنفق في البناء من الغلة. وذكر هناك عن الأشباه أنه يرجع بما أنفق لو بنى بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء ا هـ. وهذا هو المحرر كما قال في الوهبانية، لكن هذا التفصيل إنما ذكره في السفلى إذا انهدم، وعبارة الأشباه مطلقة. والذي يظهر الإطلاق إذ لا فرق يظهر، فيجري ذلك في كل ما يضطر فيه أحدهما إلى البناء كالسفل والجدار والرحى والحمام والبيت والدار الصغيرة والله تعالى أعلم.