

(قوله ولو وكله يبيع شي فباعه الموكل (٢٩٠) ثم رد عليه بما يكون فسحاً كخيار رؤية الخ) قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب

الوكالة وكله بأن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انقضت الاجارة يعود على وكالته اه (قوله ولو وكله بأن يزوج امرأه معينة الخ) قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنكاح بعد أن رقم لشرح السرخسي له ازوج فوكلت رجلاً بأن يزوجها من نفسه فلما طلقها وانقضت عدتها زوجها الوكيل من نفسه جازقت فقد صح توكيلها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اه (قوله لجازل للوكيل أن يزوجها من الموكل) لانه أمره بانكاحها اياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل اليه وصار كانه نص على اضافة التوكيل الى تلك الحالة والوكالات مما تقبل التعليق والاضافة الى زمان في المستقبل اه غاية

على الایة اع فتبقى الوكالة على حالها وما الا فلا ولو وكله يبيع شي فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسحاً كخيار رؤية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد يبيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسح فتمرد الوكيل وان رد عليه بما لا يكون فسحاً كالرد بعيب بغير قضاء أو اقالة لا تعود الوكيل لانه يبيع في حق ثالث والوكيل ثالث ما والوكيل كاله تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسحاً ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسحاً فله أن يبيعه ثانياً كما اذا كان البائع هو الموكل فرده عليه بذلك ولو وكله ببيع شي فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل أن يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن الوكيل أن يهبه ثانياً الماذ كرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة بالبيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي مباشرة بالبيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكيل فاذا فسح البيع والوكالة فاقعة جازله أن يبيع ثانياً بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضي مباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد والهبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانياً ولو وكله يبيع عبده فأسره العبد وأدخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل يملك جديداً بأن اشتراه منهم لم تعد الوكيل ولو أخذ من المشتري منهم بالثمن أو بالقيمة من وقع في سهمه من الغائبين فهو على وكالته لانه لا يخذل هذا الطريق عادلي قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فاذا عاد عادت الوكيل ولو وكله باعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعباد بالله ولحققت بدار الحرب ثم سببت وملكها لا تعود الوكيل لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو وكله بأن يزوج امرأه معينة وهي ذات زوج فبات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها جازل للوكيل أن يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله أن يزوجها امرأه معينة فارتدت والعباد بالله ثم أسرت وأسلمت جازل للوكيل أن يزوجها اياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لما بناء على أن تسمية المرأة مطلقاً تنصرف الى الحرمة عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجها الامه ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره فسله فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكيل والله أعلم

كتاب الدعوى

كتاب الدعوى

قال رحمه الله (هي اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة) أى الدعوى أن يدعى الشيء الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على من أنكر لان كل واحد من البيعة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشيء الى نفسه اذ اكان ثم منازع وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطاقاً من غير تمييز منازعة أو مسالمة مأخوذ من قولهم ادعى فلان شيئاً اذا اضافة الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة بالنسب بالكسر والدعوة بالفتح في الأدبية وقيل الدعوى في اللغة قول يقصده الانسان ايجاب الشيء على الغير الا أن اسم المدعى يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضى يسميه مدعياً قبل اقامة البيعة وبعدها يسميه محقلاً لا مدعياً ويقال لسميئة الكذاب لعنه الله مدعى النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعى النبوة لانه قد أثبتها بالمجزة والدعوى اسم وليس مصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال وألف دعوى للتأنيث فلا يتون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كقنوى وقنواى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضى ولا نص

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب بدع الى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يقضى سابقية السبب اه اتقانى (قوله في المتن هي اضافة الشيء الخ) هذا ركنها لان ركن الشيء ما يقوم به الشيء والدعوى انما تقوم باضافة المدعى الى

نفسه فكان ركنها اه (قوله ولهذا) أى ولاجل أنه الدعوى لا تكون الاحال المنازعة لاحال المسالمة اه (قوله يقصده به الانسان ايجاب الخ) لانه يضيفه الى نفسه فيقول اتى اه غاية (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

(قوله أو نعم) أي فإذا أوجب نعم يجب ما ادعاه المدعي بأقرار المدعي عليه وان قال لا يقول القاضي للمدعي أنك مينة فان قال لا يقول لك عينه فان طلب المدعي عينه استخلفه فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل لزمه الدعوى اه غايه (قوله في المتن والمدعي من اذا ترك الخ) قال الاتقاني وقال بعضهم صورته ذلك هو أنه اذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذي اذا ترك دعواه لا يترك اه (قوله كل مودع الخ) سيما في قبيل قوله ولو اخطى المنكر عينه أن المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يخلف على البنات اه (قوله وهو منكر للوجوب) أي لوجوب الضمان لانه يتمك بالاصل اذا الاصل في الذم البراءة اه (قوله وبسبب (٣٩١) وجوب الخ) لان أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها فانه اذا

كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليقتع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء اه كما في (قوله لفسادها) ولا نعلم فيه خلافا الا في الوصية فان الأئمة الثلاثة يجوزون دعوى المجهول في الوصية فان ادعى حقا من وصية أو اقرار فانها يصح بان المجهول ويصح دعوى الاقرار بالمجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس وعن مالك لا تسمع دعوى الدين على الشريف اذا لم يعرف بينهما سبب اه كما في (قوله في المتن فان كان عينا) قال الاستروشنى في فصوله في الفصل التاسع ان الدعوى لا تخلو إما أن تقع في الدين أو في العين فان وقعت في العين فلا تخلو إما أن كان

في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعي عليه جوائبه وأن يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غائب لا يوجب وأن يكون المدعي شيئا معلوما يمكن اثباته بالبينة ويمكن القاضي من الحكم به حتى لا يوجب الجواب على المدعي عليه اذا كان المدعي مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صححت وترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو نعم واقامة البينة واليمين اذا أنكر قال رحمه الله (والمدعي من اذا ترك ترك والمدعي عليه بخلافه) أي لا يترك اذا ترك بل يجبر هذا لمعرفة الفرق بينهما وهي من أهم ما ينبغي عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حقه فتم امداد كرهنا وهو حد صحيح لكونه جامعا للمعدود ما نعلم من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الاجحجة كالمخرج والمدعي عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتزم غير الظاهر والمدعي عليه من يتمك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصح خصما بالتمك في النفي فان الخارج لو قال فذى اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما ومدا عيا ما لم يقل هو لي والمدعي عليه من يشتمل كلامه على النفي فيمكنني به منته فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضله في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من يشهد بما في يده لنفسه فهو منكر ومدعي عليه وكل من يشهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما في يده لنفسه لغيره فهو مقرر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعي عليه هو المنكر والآخر هو المدعي وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحكمة كما اذا عبرة للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة المدعى وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرطوبة وهو منكر للوجوب معنى فيحذفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يخلفه على انه ردها لان البين تكون على النفي ليحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين أو براءة المطالب فان القول للمطالب مع انه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة لاننا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه الايفاء أو البراءة صار مدعيها خلاف الاصل والمطالب ينكر فكان القول له أو نقول ان المودع أمين فيكون القول قوله في وضع الامانة موضعها كما في القاضي وأمينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذ كر شيأ علم جنسه وقدره) لان فائدتها الا لزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الا لزام في المجهول فلا يصح ولا يوجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها ووصفها وسبب وجوبها صححت الدعوى فيترتب عليها أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشيء المدعى ان لم يكن دينيا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صححت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فرىق منهم معرضون الحق الوعيد يمنع عن الحضور بعد ما طوبى به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فان كان عينا في يد

عقارا أو منقولاً فان كان منقولاً فلا تخلو إما أن كان قائماً أو هالكا فان ادعى منقولاً قائماً فان أمكن احضاره مجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده الا بعد احضار ما وقع فيه يشير اليه المدعي والشهود تنقطع الشركة بين المدعي وغيره قال شمس الأئمة السرخسي ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالبيرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتهيأ له الحضور وكان ما ذونابا لا يستخلف به عن خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووجهت الدعوى في جبل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضوره وفي القدروري

إذا كان المدعي شيئاً يعذر نفعه كالرحى فالجأكم بالخيار إن شاء حضر وإن شاء بعث أميناً كذا ذكره في الذخيرة وذكره القاضي الإمام ظهر الدين وهذا الغايست تقيم إذا كان العين المدعى في المصر أما إذا كان خارج المصر كيف يقضى القاضي به والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبيئة ويقضى ثم بعد ذلك يقضى قضاءه اهـ (قوله وكذا في الشهادة والاستخلاف) يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استخلف المدعي عليه على العين المدعاة كلف احضارها اهـ غاية وكتب مائه قال الاتقاني ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب احضار العين المدعاة لمجلس القاضي على المدعي عليه إذا كانت متقولة قائمة في يده حتى يشير المدعي أو الشهود إليها أو يشير إليها المدعي عليه عند الاستخلاف اهـ (قوله ذكر قيمتها) أي ذكر المدعي قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لأن عين المدعاة تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشتراط بيان القيمة لانها شيء تعرف العين الهالكة به اهـ (قوله لان غير المقدر) أي المقدر بالكيل أو الوزن اهـ (قوله يشترط مع ذلك) أي مع بيان قيمتها اهـ (قوله ذكر الزكوة) وبعضهم لم يشترط ذلك اهـ (قوله فلو كاف ببيان القيمة لتضرر به) قال الكاكي وفي المجتبى قال الاستيعابي في مسئلة سرقة البقرة واختلافها لوها تقبل الشهادة عند عدم خلافها وهما هذه المسئلة تدل على أن احضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى اذ لو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون اهـ (قوله في المتن وان ادعى عقاراً الخ) ذكرهنا فصولاً ثلاثة الاول لتحديد العقار وهو بيان حدوده والثاني ذكر المدعي في يد المدعي عليه والثالث ذكر المدعي أنه يطالب المدعي عليه بالمدعي أما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لان الدعوى لا تصح في الجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشتراط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير (٢٩٢) محدود لم تصح حتى يحضر الحاكم عند الارض فيسمع الدعوى على عينها ويشير

المدعي عليه كلف احضارها ويشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستخلاف) لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرحى حضره الحاكم أو بعث أمينه قال رحمه (وان تعذر ذكر قيمتها) أي ان تعذر احضار المنقولات بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها لان غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب للمصير إليها لانها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها في الذمة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الزكوة والاقوة وان لم يبين القيمة فقال غضب مني عينا كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة واذ سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال رحمه الله (وان ادعى عقاراً ذكر حدوده) لانه تعذر تعريفه بالإشارة تعذر نفعه الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذا العقار يعرف به

الشهود إليها بالشهادة قال في شرح أدب القاضي يجب على المدعي وعلى الشهود الاعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن في الدار البلدة ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لان التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولاً الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ماهو

الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو اخص من المحلة وهو الحدود الاربعة ليحصل التعريف والاعلام بأقصى ما يمكن قال فاذ فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كما قبل القاضي وقضى به وقال الاستروشي في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختياراً القول بمحمد بن الحسن فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص وقال أبو يزيد البغدادي يبدأ بالاحص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم بذكر الحد فيبدأ بما هو اقرب ثم يترقى الى ماهو الا بعد ذلك ما قاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والاترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف والاترقى الى الحد الى هنا لفظ الفصول وقال في هذا الفصل أيضاً في موضع آخر وذكر في الذخيرة اذا ادعى محدوداً في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ماهو كرم أو أرض أو دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الاسلام الاوزجندي أن المدعي اذا بين المصر والمحلة والموضع والحد وتصح الدعوى ولا يوجب تلبية بيان الحدود وجهالة في المدعي وكان ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سعى قاض هذه الدعوى بحجوز وقيل ذكر المصر والقربة والمحلة ليس بلازم وذكر شمس الدين أنه لا بد أن يكتب باي قرية وبأى موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول اهـ اتقاني وكتب على قوله عقاراً مائه قال الاتقاني العقار بالفتح الارض والضياع والغنم

ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح وقيل العقار اسم للعروة المبنية والضبعة اسم للعروة لاغير اه (قوله وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره) كأي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص الكبير البخاري اه (قوله في المتن وأنه يظالمه به) يعني اذا كان المدعي ديناً لا عيناً لا يشترط فيها الاحضار الى مجلس القاضى كما يشترط في العين القائمة لان الاحضار انما اشترطه ليمتاز المدعي من غيره بالاشارة التي عند الدعوى والشهادة وعند استخلاف المدعي عليه لان العين قد تشترط مع عين أخرى في الوصف والحلية فلا ينقطع الشك ما لم تكن الاشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن له اعلامه بالاشارة اليه فلا يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها لم تكن من ذوات الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة والشهادة على الدينون تقبل بلا اشارة اليها بل لابد من بيان الجنس والقدر والى هذا أشار القدوري عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكّر شيئا معلوماً في جنسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعاً ولكن ان كان نفعها قائماً بعينه يشترط الاحضار وان كان عقاراً يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اه اتقاني (٢٩٣) (فروع) في التمه لوادعي ديناني

التركة وقال كل التركة في يد هذا يحلف وحده بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه وقيل يحلف عيّن على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قال عامة المشايخ وأجمعوا أن المدعي بمعاينة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا يراه وأن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اه قال الوالوجي في أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى رجل ادعى ديناً في التركة وأقام البينة فان القاضى يحلفه بالله ما استوفيته ولا شيئاً منه وهذا ليس في هذا الموضع خاصة بل في كل موضع يدعي حقاً في التركة وأثبتته بالبينة فانه يحلف

قال رحمه الله (وكفت ثلاثة) أي كفي ذلك ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفي ولا بد من ذلك الحدود الاربع لان التعريف لم يتم بذلك الثلاثة كما لا يتم بذلك الاثنين ولنا أن للحدود كثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراً على اثنين ممن قد وفان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكر واحد واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذلك الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضاً لانه يصير معلوماً للقاضى قال رحمه الله (وأسماء أصحابها) أي ذكر أسماء أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر أسمائهم ليميزوا عن غيرهم قال رحمه الله (ولا بد من ذلك الحدان لم يكن مشهوراً) أي لابد من ذلك الحد كل واحد من أصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهوراً بين الناس وهذا عند أي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره للحصول المقصود به قال رحمه الله (وأنه في يده) أي وذكر أن العتار في يده لان المدعي عليه لا يكون خصماً الا اذا كان العتار في يده فلا بد من اثباته قال رحمه الله (ولا ثبت اليدين في العقار بتصادقهما بل بيئته أو علم القاضى بخلاف المنقول) أي لا ثبت اليدين بتصادق المدعي والمدعي عليه أن العتار في يدي المدعي عليه لان اليدين غير مشاهدة ولعله في يد غيره مما نواضعه لكونه ما ذكره الى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من إقامة البينة فيه أو علم القاضى لتنتفي تهمته الموضوعة بخلاف المنقول لان اليدين معاً فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله (وأنه يظالمه به) أي ذكر القاضى انه يظالمه بالشيء المدعى لان القاضى لا يعلم ما اذا كرهه عنده فبذلك كرهه أنه طالب يتبين له فلا بد من التنبه عليه لانه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضى انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضى لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشاءها فاذا بين طلبه أجابه والا فلا احتمال أن يكون عنده برهن أو ودعية أو اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب في المنقول أن يقول هو في يده بغير حتى قال رحمه الله (وان كان ديناً كروصقه وأنه يظالمه به) ما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبيح

من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقه والله تعالى من غير دعوى اه قال الامام الناصبي رحمه الله في أدب القضاء ما ملخصه رجل ادعى على ميت شيئاً وأقام البينة على وارث واحد وعلى الوصي فذلك جائز على جميع الورثة لان أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه دليل انه لو أقام البينة على رجل لميت قبله دين فانه يقبل ويقضى بجميع الدين وبذلك دليل أن له أن يرد بالعيب بعد الموت فاذا كان خصماً في الجميع قبلت بيئته في ذلك وكذلك الوصي لان الوصي خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بيئته أقامها خصم فوجب أن يقبل وان أقام البينة على غريم أو موصى له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت الا وارثاً أو وصياً لان الغريم ليس بخصم عن الميت بدليل أنه لا يرد بالعيب فاذا لم يكن خصماً فهذه بيئته أقيمت من غير خصم فلا تقبل واذا كان الورثة صغاراً نصب لهم وصياً ويجوز اثبات الحق المدعي على الميت عليه لان القاضى يلى عليهم فصار كالأب والأب أن ينصب عليهم وصياً كذلك هذا اولان ولاية القاضى أبسط من ولاية الوصي والوصى أن يقيم غيره مقامه كذلك للقاضى أن ينصب لهم وصياً ثم اذا دفع المال الى الغريم استخلفه القاضى بالله ما قبض هذا المال الذي ثبت له ولا شيئاً منه من فلان بن فلان ولا من أحد اداءه اليه ولا قبض له قابض بأمره ولا يراه منه ولا عن شيء منه ولا حط

عنه من ذلك شياً ولا احتمال به ولا بشئ منه على أحد ولا حال بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت ولا ارتمن بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت فاذا حلف دفع اليه المال لان الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستحلفهم وكذلك السيد في ما يدعى في يد الميت من ضيعة أو عقار اه قال قاضيان آخر كتاب (٢٩٤) الوصية قال أصحابنا ان الرجل اذا ادعى ديناً على الميت وأبنته بالبينة فان القاضي

يحلّفه بالله ما استوفيت منه شيئاً ولا أبرأته يحلّفه على هذا الوجه نظر للميت والوارث الصغير وكل من عجز عن النظر بنفسه لنفسه اه فقوله نظراً للميت الخ يفيد أن التحليف واجب والله الموفق اه (قوله والا يحصل للحالف الثواب) سيأتي عند قوله في المتن ولا يستحلف في نكاح الخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اه (قوله وقال أيضاً اذا أقام المدعى الخ) قال الاتقاني وعند الشافعي يقضى بيمين المدعى في موضعين وهو مذهب مالك وأحمد وأهل الحجاز جميعاً أحدهما اذا أبى المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعى فان حلف يقضى عليه بما ادعى وان أبى عن المنازعة والثاني اذا أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يكن له شاهد آخر وحلف قضى له وعندنا لا يقضى بيمين المدعى أصلاً في الفصل الاول يقضى بشكول المدعى عليه وفي الفصل الثاني يحلف المدعى عليه فان نكل يقضى به اه (قوله في المتن ولا يئنه لدى السيد الملك المطلق) أراد بالملك المطلق

فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد يشاهد من قبل قال رحمه الله (فان صححت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى ليكشف له وجه القضاء ان ثبت حقه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملازمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما هو أمر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فان أقر أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء قال رحمه الله (والاحلف بطلبه) أي وان لم يكن للمدعى بينة حلف المدعى عليه اذا طلب المدعى عينه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي ألك بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لا يمينه فقال يحلف ولا يميني فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهدك أو عينه فصار اليمين حقاله لاضافته اليه بلام التملك وانما صار حقه لان المنكر قصد انواء حقه على زعمه بالانكار فيمكنه الشارع من انواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغوس ان كان كاذباً كما يزعم وهو أعظم من انواء المال والايحصل للعالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله (ولا تردعين على مدع) لقوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموا لهم لكن اليمين على المدعى عليه واه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شئ آخر حتى يكون على المدعى ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام الاثمن من قريش ولقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسمه تنافي الشركة وفيه الالف واللام أيضاً تدل على ما تقدم فيعيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بيئته ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعى وليس كذلك بل كل واحد منهما متدع ومسكر لانه يقول هو ولي يقول لصاحبه هو ليس لك لان يقول المعترف فيه المقصود ومقصود الخارج البت الملك لنفسه والتنفى يدخل ضمناً وتعمام مقصود ذي اليد تنفيه ولهذا يقول الخارج أول ما ينطق هو ولي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعترف فسمي كل واحد منهما بأول ما يصدر منهما ما اعتباراً للقصد دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل تردا اليمين على المدعى فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهداً للمدعى بشكوله فتعتبر عينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهداً له اعتبر عينه وقال أيضاً اذا أقام المدعى شاهداً واحداً وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد وعين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولذا ما روىنا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روىنا ولا يبره ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأتكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً أن يكون معارضاً للشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى نارة بشاهد يفتي بجنته وتارة يبين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به عين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى عين المنكر عملاً بالشاهير قال رحمه الله (ولا يئنه لدى السيد الملك المطلق وبيئته الخارج أحق) أي لا تقبل بيئته ذي اليد الملك

أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بان يقول هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا المطلق لان المطلق ما تعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وجه قول الشافعي أن الخارج وذو اليد تساويا في البيئته وانفرد ذو اليد باليد فكان أولى اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً أو مستأماً أو عبداً أو حراً أو امرأة أو رجلاً والمدعى قبله كذلك والمدعى به أي مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام البيئته على المدعى واليمين على من أنكر اه

(قوله وان اقام ينة فيينة الخارج أولى) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بأن ينة ذى اليد أولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفریع وقول أحد بن محمد بن حنبل كقولنا كذا في (٣٩٥) الخرق اه اتقانی (قوله لان اليد

لا تدل على هذه الاشياء) أي كالاندل البدع على النتائج فكانت ينة ذى اليد أولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد اه اتقانی (قوله في المتن وقضى له ان نكل) قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضى الله عنهم النكول حجة يقضى بها في باب الاموال اه (قوله ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على) وعلى هذا فيكون الضمير البارز في قوله له والضمير المستتر في قوله نكل راجع للمدعى عليه وعلى الاول فضميره راجع للمدعى وضمير نكل راجع للمدعى عليه اه (قوله أو لأجل التورع عن البين) قال الاتقانی ولان النكول عن البين يحتمل التورع عن البين الصادقة والتورع عن البين الفاسجة والتورع لاشتباه الامر والحتم لا يصلح حجة اه (قوله كما فعل عثمان رضى الله عنه) أى حين ادعى عليه المقداد ما لا عند عمر رضى الله عنهم أجمعين اه (قوله ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم) قال الاتقانی ولنا إجماع الصحابة على القضاء بالنكول فان شيخ الاسلام أبانكر المدعو

المطلق وان اقام ينة فيينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله ينة ذى اليد أولى من ينة الخارج لتأكدها باليد فصار كذا اذا اقاما اليينة على النتائج أو على نكاح امرأة والمرأة في يد أحدهم اقامته يكون أولى ولو ادعى أمة وادعى كل واحد منهم ما منها أمته وبرها وأعتقها أو استولدها أو اقاما ينة كان ينة صاحب اليد أولى ولنا أن البيئات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لتكتم أخذت حكم الاثبات لما أتى العلم لثبته اذا الاحكام تثبت بأسماها فصارت كالعلل الشرعية فانها أمارات في حق الشارع وفي حقنا لحكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود وعند الرجوع لان الحكم بحال الى شهادتهم ايجابا واذا كان كذلك كان ينة أكثر اثباتا لانه يبيته يستحق على ذى اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج يبيته شيئا لانه لا ذلك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقدر ما أبتته ينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى أن من رأى شيئا في يد انسان جازله أن يشهد بانه له واذا نازعه أحد في الملك بغير ينة دفع القاضى عنه ولم تثبت ينته شيئا لم يكن وأما ينة الخارج فانها أثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت أولى اذ البيئات للاثبات بخلاف مسألة النتائج فان ينة صاحب اليد متضمنة لدفع ينة الخارج لانها تقوم على أولية الملك وأولية الملك لا تثبت الا لاحدهم ما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت ينته متضمنة دفع ينة الخارج فوجدنا التعارض بين البيتين فترجحت ينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان ينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها ينة ذى اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه أيضا أن يثبت الملك بهما على التعاقب فلم يكن في ينته ما يدفع ينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاء لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البيتين مثبتا فتعارضتا فترجح ينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك أيضا فصارت كالنتائج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لافي الملك بسبب لان فيه ذى اليد أولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما هي ينة في موضعه ولا يقال انه لم يذ كر اسبب الملك بان ادعى كل واحد منهم ما منها امرأة ولم يذ كر السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لاننا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب الا ترى انه مالوا اختلفا في ولاه شخص وأقاما اليينة كانت ينة ذى اليد أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعى والبينة ينة المدعى بالنص على ما يتناو وجهه من الاستغراق فلا تقبل ينة ذى اليد ما لم يكن مدعى يدعوى السبب قال رحمه الله (وقضى له ان نكل مرة بلا أحلف أو سكت) أى قضى للمدعى ان نكل المدعى عليه مرة صريحاً بقوله لأحلف أو دلالة بسكوته ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على أى قضى على المدعى عليه واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وان أسأتم فلها أى فعلها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعى اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روى عن علي رضى الله تعالى عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداع على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعى فيحلف ولان النكول محتمل لا يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال أو لأجل التورع عن البين الكاذبة أو لأجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضى الله تعالى عنه فانه نكل عن البين وقال أحاف أن يوافق قضاة فيقال ان عثمان حلف كذا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين وروى عن علي أيضا أنه وافق إجماعهم

بخواهر زاده قال في مبسوطه روى عن عمرو عثمان وعلي وعبد الله بن عمرو وابن عباس وأبي موسى الأشعري رضى الله عنهم أنهم قضوا بالنكول روى ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع اه

(قوله ولان النكول الخ) قال الاتقاني ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب أبي حنيفة أو اقرارا على مذهب صاحبيه فلولا ذلك حلف المدعى عليه عملا بالواجب عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو أقر فاذا بذل أو أقر وجب على القاضي الحكم بذلك فكذلك اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول شرط دون الاقرار لانا نقول لا يعتبر التكرار شرطا في النكول على ما ذكر محمد في الاصل ولان سلمنا أن التكرار شرط على ما ذكره الخصاف فنقول لا يمنع أن يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما في الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار لانا نقول يقبل الرجوع عن الاقرار أيضا في الحدود والواجبة لله تعالى فانه اذا أقر ثم (٢٩٦) رجوع يقبل بخلاف الاقرار بجد القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح

فانه روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي على رضى الله عنه فقال له على رضى الله تعالى عنه قالون ومعناها بالرؤية أصبت وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن امرأة أذعت عنده على زوجها أنه قال لها اجعلك على غار بك خلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه ما وهو مذهب أبي موسى الأشعري ولان النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين أداء الواجب ودفع الضرر عن نفسه فترجعت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر أنه يأتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستعمل حتى يتكشف له الحال فتعين أن يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما روي أن اليمين على المنكر قال رحمه الله (وعرض اليمين ثلاثا ناديا) أي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة انى أعرض عليك اليمين فان حلفت والاقضية عليك بما ادعاه اعلامه الحكم لانه موضع خفاء لا اختلاف العلماء فيه لان الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش وخرس وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير ارمهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب فكذا هذا ما بلغه في الانذار ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي لان المتبرعين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر عين المنكر معها وهذا القول مهور وغير مأخوذ به وليس بشيء أصلا لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعى بعد عين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر بأقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحدث في يمينه ان كان لفلان على فلان ألف فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة ان له عليه ألفا وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصططلها على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصالح باطل ولا شيء على المدعى عليه قال رحمه الله (ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفي واستبدال دورق ونسب

لتملق حق العبد اه (قوله باذلا) أي حق المدعى عند أبي حنيفة اه (قوله أو مقرا) أي بحق المدعى عندهما اه (قوله لما روي بنان أن اليمين على المنكر) بيانه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المنكر أقدم العهد فن قال بردها على المدعى كان ذلك منه ردا لحكم الحديث وهو فاسد اه اتقاني (قوله حكم عليه اذا علم الخ) اعلم أن الروايات اختلفت فيما اذا سكنت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقبل أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكنت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا الاجعله نا كلا وقضى عليه ومنهم من قال يجبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع والخرس آفة باللسان تمنع الكلام أصلا ويقال طرش يطرش طرشا من باب علم أي صار أطروشا وهو الاصم اه اتقاني

وكتب ما نصه قال في خلاصة الفتاوى في الفصل السابع من كتاب القضاء ما نصه وفي الاقضية رجل ادعى على آخر وولاه ما لا يلزمه السكوت فلم يجيب أصلا يؤخذ منه كقيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه فان أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فان سكنت ولم يجيب ينزل منزلة منكر قال الامام السرخسي هذا قولهما ما عند أبي يوسف فيجب حتى يجيب اه (قوله وعند محمد رحمه الله لا يظهر) قال في الدراية والفتوى في دعوى الدين ان ادعاه من غير سبب فحلف ثم أقام بينة يظهر كذبه وان ادعى الدين بسبب وحلف ثم أقام المدعى بينة على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد الفرض ثم وجد البراه والأبفاء كذا في الفصول اه (قوله في التمن ولا يستحلف الى قوله وولاه) قال صدر الشريعة اعلم ان في هذه الصور لا يستحلف عند أبي حنيفة وعندهما يستحلف وصورتها

ادعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بطلان العقد وانقضاه العدة الرجعة في العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد انقضاء مدة الايلاء التي في المدة وأنكرت المرأة (٢٩٧) أو بالعكس أو ادعى الرجل على مجهول

النسب أنه عبده أو ولده وأنكر المجهول أو بالعكس أو اختصما في ولاء العنقاة أو ولاء المولاة على هذا الوجه أو ادعت الامة على مولاهما أمه أو ولدت منه ولدا أو ادعتاها وقد مات الولد ولا يجزى في هذه المسئلة العكس لان المولى اذا ادعى ذلك تصير أم ولد باقراره ولا اعتبار بانكار الامة اه (قوله في المتن وحدوا لعنان) كما اذا ادعى على آخر أنك قد فتني بالزنا وعليتك الحد لا يستخلف بالاجماع وكذا اذا ادعت المرأة على الزوج أنك قد فتني بالزنا وعليتك العنان اه صدر الشريعة سيأتي عند قوله في المتن ويستخلف السارق الخ حاشية نافعة هنا فراجعها والله الموفق (قوله قال القاضي الامام خفر الدين) المراد به قاضيخان كذا في شرحي المجمع وغيرهما اه (قوله يستخلف المنكر في الاشياء الستة) النسب والاستيلاء شئ واحد فلذا قال في الاشياء الستة اه لكن الشارح بعد قوله في الشرح ومعنى البذل الخ قال بخلاف الاشياء السبعة (قوله ولا يجوز بذله) اذا البذل انما يكون في الاعيان اه

وولاه وحدوا لعنان وقال القاضي الامام خفر الدين) رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه يستخلف المنكر في الاشياء الستة) يعني في هذه الاشياء التي عدتها سوى الحد والمعان وهو قولهما والاول قول أبي حنيفة رحمه الله لهما ان هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجوز فيها الاستخلاف كالاموال بخلاف الحدود والمعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقر ولا يمكن أن يجعل باذلا لانه يجوز من لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي أن يقضى بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لم يصح ولا يجب وكذا يجب القصاص به فيمادون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لم يصح ولا يجب فتعين أن يكون مقتررا والاقرار مجزى في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحودود والمعان ألا ترى أنه لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على أنه كاذب في الانكار ولو لا ذلك لما تنكح لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه اليمين الكاذبة فيها اهلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك ومخافة لهواه وشخ نفسه وابتار الرجوع الى الحق اذ هو اول من التمادى على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولىك هم المقفلون فيكون اقرارا ضروريا ولا يخيصة رجه الله أنه بذل وابطاح وهذا الحق لا يجزى فيها البذل والابطاح فلا يقضى بها بالنكول كلقصاص في النفس والحودود والمعان وفي حله على البذل صيانة تعرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلة بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقره به فلان فادعى المكفول له على فلان دينافاستخلفه فنكح لا يجب على الكفيل شئ ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجده عيبا فباعه في النصف الاول فاستخلفه فنكح فقتضى عليه بالرد ثم اراد أن يرد النصف الآخر محتاج الى خصومة واستخلاف جديد اذا أنكر ولو كان اقرارا استخلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولان سلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تارة كالا واجبة به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تخلفه لنتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان أمر المال بين بخلاف الاشياء السبعة وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى كان له الشئ المدعى ظاهرا وأبطل المنكر بالتزاع والشرع أبطل نزاعه الى اليمين فاذا منع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعى انه محق وأن معنى البذل ترك المنع وان كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالصكفالة والحوالة وانما جاز القصاص به فيمادون النفس لان مادون النفس بملك به مسلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيدا ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتأكاه للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأي فائدة أعظم منه ولهذا تنكح عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريح وانما صار

(٣٨ - زيلعي رابع) (قوله ولا يخيصة رجه الله أنه بذل) أي النكول اه (قوله فلا يقضى فيها) الذي يحط الشارح فلا يقضى بها بالنكول اه (قوله وانما جاز) هذا جواب عن سؤال مقدر تدرى لو كان بذلا لملك المكاتب وأخوه لان فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه فأجاب بما ذكر من أنه من ضرورة التجارة اه (قوله عن قولهم) كذا يحط الشارح وصوابه عن قولهما اه

(قوله والمولى) لان المولى اذ ادعى الاستيلاء يثبت باقراره ولا يفتى الى انكارها اه (قوله واختار نحر الاسلام على البرزوى قولهما للفتوى) قال السكاكي وفي جامع قاضيان والوانع والفصول الفتوى على قولهما اه (قوله على ما ذكره في المختصر) لبيدكر فيه البرزوى وانما ذكر القاضى الامام نحر الدين ومراده قاضيان فانه ذكر ذلك في شرح الجامع اه وكتب على قوله المختصر هو من السكز اه (قوله فادعى العبد انه قد زنى الخ) ينبغي ان يقول العبد في دعواه انه قد اتى ما علق عليه عتق ولا يقول انه قد زنى كما لا يصير فاذ قامواه اه (قوله ثم اذا يحلف المنكر في النسب الخ) قال في الهداية وانما يستحلف في النسب المجرد عنده ما اذا كان يثبت باقراره قال الاتقاني يعنى يثبت الاستحلاف عند ابي يوسف ومحمد في النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ولكن يشترط ان يثبت النسب باقرار المقر اما اذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجزى الاستحلاف في النسب المجرد عندهما ايضا بيانه ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح اقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدقها الزوج في اقرارها بالولد او تشهد بولادة الولد (٢٩٨) فانه قال شيخ الاسلام المعروف بنحو اهرزاده في مبسوطه في باب الاستحلاف

في الادعاء الاصل في هذا
 بذلا في المعنى على معنى انه تلمذ منع وان المدعى يأخذ بمحققا فلا يتبع بالشيوخ ثم الدعوى في هذه
 المسائل تصور من احد الخصمين ايمهما كان الالحاد واللعان والاستيلاء فانه لا يتصور ان يكون المدعى
 فيها الا المقتوف والمولى واختار نحر الاسلام على البرزوى قولهما الفتوى على ما ذكره في المختصر
 واختيار المتأخرين من مشايخنا على ان القاضى ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا بحلفه اخذ
 بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه اخذ بقول ابي حنيفة رضى الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس
 الائمة في التوكيد بالخصوصة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالاخر قبل
 بغير رضاهم والافلا وذكر الصدر الشهد بدرجة الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا
 بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا يثبت له عليه يستحلف المولى
 حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عندهم هل تقبل بينة المدعى يتظر فان
 كان نسبيا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد
 وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى
 او الاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق حقه ونحو ذلك والفرق بينهم ان النسب لا يثبت بينهم
 الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة اما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كأنه هو المعتق
 وله الارث النساء الولاء ولو كان بواسطة ثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبير ولو كان بطريق الارث لما
 كان له كافي المال وكذا الوأعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابن أحدهما عن ابن واحد
 والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهما يجعل كأنهم أعتقوه ولو كان
 بطريق الارث لكان لابن الواحد النصف والعشرة النصف نصيب أبيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا

اللساب أن المدعى قبله
 النسب اذا أنكره هل
 يستحلف ان كان بحيث
 لو أقر به لا يصح اقراره عليه
 فانه لا يستحلف عندهم
 جميعا لان المين لا يفيد
 فان فائدة المين النكول
 حتى يجعل النكول بدلا
 أو اقرارا في قضى عليه
 فاذا كان لا يقضى عليه لو
 أقر فانه لا يستحلف عندهم
 جميعا وان كان المدعى
 قبله بحيث لو أقر به لزمه
 ما أقر به فاذا أنكره هل
 يستحلف على ذلك فالمسئلة
 على الاختلاف عند ابي
 حنيفة لا يستحلف وعند
 ابي يوسف ومحمد يستحلف

فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن المين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسائل الباب الى
 هنالفظ خواهرزاده وقال أيضا ثم جمع ما ذكرنا أنه لا عين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد النسب فاما اذا وقع في النسب والميراث
 والنفقة وأنكر المدعى قبله فانه يستحلف عند ابي حنيفة للمال لا للنسب يستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعى حق وعندهما
 يستحلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع في النسب والمال جميعا والمال مما يجزى فيه الاستحلاف عندهم جميعا
 فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للنسب عند ابي حنيفة وكان الجواب فيه عند ابي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل اذا
 أنكر السارق فانه يستحلف للمال بالله ماله قبل ذلك ضمان هذا المال وان كان لا يستحلف للقطع لان الدعوى وقع في الحد والمال جميعا
 فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا اه (قوله وكذا يكون الولاء للكبير) قال في المصباح والولاء للكبير بالضم
 أي لمن هو أقرب بالنسب وأقرب اه وفي المغرب وقولهم الولاء للكبير أي لا كبراً ولا ولاداً المعتق والمراد أقرب بهم نسبياً لا كبرهم سناً
 يقال هو كبر القوم أي أعتدهم في النسب وأقربهم الى الجدا الا كبر وفي الحد يث وهو أن يموت الرجل ويترك ابناً وابن ابناً فلولاء لابن
 دون ابن الابن اه

(قوله في المتن ويستخلف السارق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير في كتاب القضاة وصورته انية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال لا عين في حد الا (١) لو ادعى على رجل سرقة استخلفه فان أبي أن يخلف ضمنه السرقة قال القدوري في شرح كتاب الاستخلاف قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يستخلف في شيء من الحدود ولا في الزنا ولا في السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا ان طالب المسروق منه بضمان المال استخلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطععه وذلك لان الدعوى تتضمن أمرين الضمان واقطع والضمان يستوفى بالنكول فوجب اثبات أحدهما واسقاط الآخر وأصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن الاستخلاف شرع للنكول والنكول إما بذل أو اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولان الاستخلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتمل الدرثها فلا تكاف لاستخراجها فلا يشترع اليمين فيها الا في السرقة لان المقصود هو المال فيستخلف فيما ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى بها بشهادة رجل وامرأتين في المال دون القطع اه اتقاني (قوله في المتن والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) قال صدر الشريعة لانه يخلف في الطلاق اجماعا اه (قوله في المتن فان نكل ضمن نصف المهر) أي في قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير كره انية في كتاب القضاة وذلك لان المقصود من (٢٩٩) هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر

لا التزوج والاستخلاف لا يجزى في المال اه غاية (قوله وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق) يعني اذا كان مع النكاح دعوى المثل يجزى الاستخلاف بالانفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لان البذل يجزى في الاول دون الثاني اه اتقاني (قوله وكذا يستخلف في النسب الخ) يعني اذا ادعى في النسب حقا آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستخلف بالاتفاق وان كان لا يستخلف عند أبي حنيفة في دعوى النسب المجرد اه

كان نسباً يثبت باقراره والا فلا قال رحمه الله (ويستخلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان موجب فعله شبهة ان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظيره ما اذا ثبتت سرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة أو بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب به ادون القطع ويقول في الاستخلاف بالله ماله عليك هكذا المال وعن محمد رحمه الله ان القاضي يقول للادعي ماذا تريد فان قال أريد ان يقطع قال له ان الحدود لا يستخلف فيها فليس للثمينه فان قال أريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه الله (والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) أي يستخلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستخلاف يجزى في المال بالاتفاق لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق أو النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستخلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والخبر والنفقة والعنت بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسب الا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال رحمه الله (وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر أو يخلف وفي يادونه يقتص) أي يستخلف جاحد القصاص فان نكل في النفس حبس حتى يخلف أو يقر ولا يقتص منه وفي يادون النفس يقتص منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجب عليه الارش قيمه لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمالا لا يحتمل لاجل الترفع على ما بيننا فلا تجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا أقام على ذلك رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشيء لان

اتقاني (قوله كالارث) بان ادعى على شخص أنه أخوه لا يبيعه وان أباه مات وتروا ما لا في يد ادعى عليه فانه يستخلف على النسب بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب اه (قوله والخبر) بان القبط رجل صبيلا يعبر عن نفسه فادعت امرأته أنه أخوها تريد قصر يد المنة وأخذها بالحصانة وأنكر المنة ذلك فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب اه (قوله والنفقة) أي اذا قال المدعي وهو زمن أنه أخو المدعي عليه فافرض في النفقة وأنكر المدعي عليه أن يكون هذا أخاه فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب اه (قوله وامتناع الرجوع في الهبة) صورته ما اذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانكر الواهب فانه يستخلف فان نكل ثبت الامتناع ولم يثبت الاخوة اه اتقاني (قوله في المتن وجاحد القود) قال الاتقاني وهذا في دعوى القتل على واحد من غير أهل المحلة وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شيء آخر بعد ذلك فاما اذا كان دعوى القتل على أهل المحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجيء في باب القسامة من كتاب الدييات تمام البيان ثم اعلم أنه اذا ادعى القصاص في النفس أو في الطرف يخلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقتص في الطرف ولا يقضى بشيء في النفس ولكن يجب حتى يقر أو يخلف أو يموت جوعا وعندهما يقضى بالمال في النفس والطرف جميعا اه (قوله يستخلف جاحد القصاص) أي بالاجماع اه

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره) أى الأنة لا يباح لعدم الفائدة يعنى اذا قطع يدمن قال اقطع يدى لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرج ثوبى أو تلف ما لى لا يباح له لعدم الفائدة اه اتقانى (قوله فى المتن وقيل لخصه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أى اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه

قوله بعد ولو كان غير يبالغ
 اه (قوله وفيه) أى فى
 اعطاء التكفيل نظر للمدى
 وهذا هو وجه الاستحسان
 اه (قوله ولا فرق فى الظاهر)
 أى فى ظاهر الرواية اه
 (قوله والخطير) لان اعطاء
 التكفيل لما كان مستحقا
 عليه لا يقع التفرق بينهما
 اذا كان معروفا أو لم يكن
 أو كان المال خطيرا أو حقيرا
 كاليمين اه اتقانى (قوله
 فى المتن فان أبى لازمه) قال
 فى الفتاوى الصغرى فى
 مسائل العدوى المدعى اذا
 طلب من القاضى أن يأخذ
 من المدعى عليه كفيلا
 وأبى المدعى عليه اعطاء
 التكفيل فالقاضى يأمر
 المدعى بلازمته ثم قال
 وتفسير الملازمة (١)
 (قوله فى المتن ولو كان غير يبالغ
 الخ) قال الاتقانى وأما اذا
 كان المطلوب غير يبالغ
 على اعطاء التكفيل ولكن
 ان أعطى كفيلا بنفسه
 مختارا يقبل ذلك منه وان
 لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك
 لان التكفيل يعنى من
 السفر والذهاب **فرع**
 ذكر فى الوقفات الحسامية
 فى كتاب أدب القاضى فى
 الباب المعلى بهلامه الواو

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شئ وفى النسكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والى يدى العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شئ بخلاف الضمان فى السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنسكول لان المال فيه أصل ثم تعدى الى الحد فاذا قصر يبقى الأصل على حاله وهنا الأصل القصاص ثم تعدى الى المال اذا وجد شرطه ولا يى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الاطراف بسلكها مسائل الاموال حتى أبيع قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بأمره بخلاف النفس فانه لوقته بأمره يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى فاذا سلك بهم مسائل الاموال مجرى فيها البذل كالاموال الأنة لا يجوز قطعها بالفائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصار كقطع البذل لكة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حتى مستحق عليه يجبس فيه كفى القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعى لى بيته حاضرة وطلب اليمن لم يستخلف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستخلف ويجمع أبى حنيفة فى رواية ومع أبى يوسف فى أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة فى المصر وان كانت خارج المصر يخلف بالاجماع وان كانت فى مجلس الحكم لا يخلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله أن اليمين حقه بالحديث الذى روى بواوله غرض صحيح فى الاستخلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه فى الحال بأقراره أو تنكوله وفى البينة احتمال فلعلمها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولا يى حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة على ما روى بنا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان فى استخلافه مع حضور الشهود هتك المسلم اذا قام البينة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كى لا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما توفى حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضى ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره ويجوز الدعوى كاستخلافه بجرد الدعوى ويجب أن يكون التكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا الاستحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد إقامة البينة والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبى يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسى القاضى حتى اذا كان يجلس فى كل يوم يكفل الى اليوم الثانى وان كان يجلس فى كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق فى الظاهر بين الوجبة والخامل وبين الحفيرة من المال والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء التكفيل وكذا لو كان المدعى حقا لا يخفى الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لى بيته حاضرة وان قال لى لى بيته أو شهودى غيب لا يؤخذ منه كفى لعدم الفائدة فى التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستخلاف فى الحال فلامعنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبى لازمه) أى دارمعه (حيث سار) أى ان أبى أن يكفل لا يجبره القاضى على التكفيل بل بأمره بلازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غير بلازمه مقدار مجلس القاضى) أى الى

اذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغي أن يرضى خصمه بشئ ويصالحه ولا يجبل باليمين احترازا عن الزرع فى الحرام أن وهو اليمين الكاذبة وان أبى الخصم الآن بحلته فان كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك ونذكر هنا بهذا من مسائل ذكرها (١) هكذا فى الاصل وكتب فيه الناسخ هنا لم يكتب

الخصاف في أو آخر كتاب الحيل ان قال كل امرأه أتزوجها باليمين أو بالله تدا أو بالسند أو في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحث وقال ان ابتداء اليمين بالله محتمل ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما أحلفك بما أريد وقل أنت نعم كلفاً وقعت أنا كيف محتمل في ذلك وقد كتب اليمين في كتاب ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعناق والمشي وصداقة ما حلفك قال أم وينوي بنعم من النعم أي من الانعام فاذا أجابه بنعم ينوي نعماً من الانعام لم يكن عليه شيء وكذلك ان قال نسأوك طوالت وينوي نساءه انعوراً والعميان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات أو النصرانيات ويقصد اني صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك المماليك وجميع ما حلفك من نوع من تلك الانواع التي ذكرناها يقصد نيته الى ما شرحتك فيكون له نيته ولا يحث وقال ان كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحلف له أنه لم يفعل كذا وكذا أو أحضر المملوك قال يضع رأسه على رأس المملوك ويظهره ويقول هذا حر يعني ظهره حر ان كان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعق المملوك أنه لم يفعل كذا يعني لم يفعل ذلك الشيء بمكة أو في المسجد الحرام أو في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو في بلد من البلدان وينوي ذلك (١٠٣) فلا يحث ان كان مر فعل ذلك الشيء

في غير ذلك الموضوع الذي نوى وقصد وان حلف بطلاق امرأته قال يقول امرأتي طالق ثلاثاً وينوي عملاً من الاعمال مثل الخبز والغسل أو طاق من وثاق وينوي بقوله ثلاثاً ثلاث أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه في ذلك حث قال قلت رأيت سلطاناً بلغه عن رجل كلام فأراد أن يحلف الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه فما الوجه فيه قال الوجه فيه أن يقول الرجل الذي استحلف ما الذي بلغك عنى فاذا قال بلغني عنك انك قلت كذا وكذا وحكى الكلام فان شاء حلفه بالعناق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذي حكاها هذا

أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يراذ عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهراً وكذا اذا أخذ منه كفيلاً لا يؤخذ منه الامقدار مجلس الحياكم نأذ كرنا وله أن يطلب التوكيل بخصوصيته حتى لو غاب الاصيل بقيم البيته على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكفلاً فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعي دينان الدين يستوفي من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلاً بالمال فله أن يطالب كفيلاً بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعي متقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعي عليه وان كان المدعي عاقراً لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعناق الا اذا ألع الخصم) لمساروي ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمرو بن محلف بأبيسه فقال ان الله تعالى فيها كم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فلحلف بالله أو بصمت رواء البخاري ومسلم وأحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فلا يحلف الابائة أولي صمت وكانت قريش تحلف بأبائهم فقال لا تحلفوا بأبائكم رواء أحمد ومسلم والنسائي وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بالابائة ولا تحلفوا الا واثم صادقون رواء النسائي وهذا الحديث باطلاً فعنع الحلف بالطلاق والعناق وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحلفه بما اذا ألع الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعاً ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعي عليه تحليف الشاهد أو المدعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا أمرنا بأكرام الشهود والمدعي لا يجيب عليه اليمين لاسيما اذا أقام بيته قال رحمه الله (وتغلظ بكراً وصفاته) أي تؤكده اليمين بكراً وصفاته الله تعالى وذلك مثل قوله وانه الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا السال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يتبع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه اعلمه عتق بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

ولا يسمع به الا الساعة يعني ما تكلم به هذا الكلام الذي حكاها ولا يسمع به هذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اثم وان شاء نوى في الطلاق والعناق ما شرعناه وان شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالنكوة أو بالبصرة أو في اليمين أو في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم به هذا فيه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل فوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى في دار فلان أو في المسجد الجامع أو في شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقي يعلم في كتاب الحيل اه اتقاني رحمه الله ﴿ فرج آخر ﴾ قال الاتقاني رحمه الله ورأيت في محيط شمس الائمة الحلواني واستحلف الاخرس أن يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الاخرس برأسه أي نعم ولا يستحلف بالله ما لهدا عليك حق فيشير الاخرس برأسه أي نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة من النبي والاشياء بمنزلة العبارة من النطق في سائر الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم لا يكون عينا لانه يصير كأنه قال احلف وذلك لا يكون عينا فكذلك الاخرس ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون عينا لانه يصير كأنه قال على عهد الله ان كان لهذا اعلى كذا اه (قوله في اليمين وعناق) أي ورج اه غاية (قوله ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ) كذا في الخلاصة اه

(قوله ويختر عن عطف بعض الاسماء) أي فانه متى حلفه بالله تعالى الرحمن الرحيم يكون عينا واحدة فاذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان والمستحق عليه عين واحدة فيراعى القاضى هذا اه اتقانى (قوله في المتن ويستخلف اليهودى بالله الخ) قال أبو حنيفة أهل الذمة وأهل الاسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمرأة فيما ادعى أو ادعى عليهم سواء أماً الذي فانه لا يفارق المسلم في أحكام المعاملات لانهم محمولون على أحد كما من الاما استثنى بعقد الامان وأما العبد فلانه من يصح اقراره بخلافه أن يستخلف وكذلك الصبي التاجر على أصلنا اذا اذن في التجارة جاز في صير كالعبد المأذون والمكاتب في يده نفسه فهو في باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال في باب التصرف بحر ياجرى واحدا الى هنا لفظ القدورى وقال في شرح الطحاوى ويستخلف النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى ويستخلف (٣٠٣) اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ولا يستخلف المجوسى بالله الذى خلق النار وعند محمد بن عيسى الذى

ينقص عنه الا أنه يحتمل ويختر عن عطف بعض الاسماء على البعض كإلا يشكر وعليه اليمين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه عين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغاظ جاز وقيل لا يغاظ على المعروف بالصلاح ويغاظ على غيره وقيل يغاظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غاظ عليه فحلف من غير تغليب ونكل عن التغليب لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الخلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا بزمان ومكان) أى لا يؤكده عليه اليمين بزمان ولا مكان وقال الشافعى رحمه الله ان كانت اليمين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم يبلغ مائتى مثقال تغلظ بالمكان فيخلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان فى المدينة وعند الصخرة ان كان فى بيت المقدس وفى الجوامع فى غيرها فان لم يكن فى المساجد ويكون ذلك فى يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حر جاع على القاضى حيث يكاف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعى فى اليمين فلا يشرع ولانه أحد ما تقطع به الخصومة فلا يختص بهم ما كالبينة قال رحمه الله (ويستخلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسى بالله الذى خلق النار والثوبى بالله) لقوله عليه الصلاة والسلام لان صور بالاعور اليهودى أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حكمكم الزنا فى كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعتمدون نبوة نبيهم قيو كد عليهم بذ كالمثل على نبيهم والمجوسى يعتمدون تعظيم النار قيو كد عليه بذ كخالقها والثوبى وهو الذى يعبد غير الله تعالى يعتمدون الله خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى وان سألهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يخلف أحدا لا بالله تعالى خالصا حترار عن اشراك غيره فى التعظيم مع الله تعالى وذ كر الخصاص أنه لا يخلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذ كر النار فى اليمين تعظيمها لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا والمذكور فى الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يخلفون فى بيوت عبادتهم) لان فيه تعظيمها والقاضى ممنوع من حضورها مع ما عليه من المرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويخلف على الحاصل أى

النار وعند محمد بن عيسى الذى خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسيحاوى فى شرح الطحاوى وقال فى الاجناس قال فى البحر قال أبو حنيفة ان لم يتمه القاضى اقتصر على قوله بالله الذى لا اله الا هو وإن اتهمه حلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم العيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعسلم من السر ما يعلم من العلانية الذى يعلم خائفة الاعين وما تخفى الصدور فى حق المسلمين وأما فى حق اليهودى يخلف بالله الذى أنزل التوراة على موسى وفى حق النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذى خلق النار ويخلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يخلف فى كنيسة اليهود ولا بيعة النصرانى ولا بيت نارا للمجوس وانما يستخلفه عند القاضى ونقله عن أدب

القاضى والاصل أن فائدة اليمين النكول الذى هو اقراراً وبذوال الكافر يصح منه الاقرار بالبذل فيتموجه عليه بالله اليمين كفى المسلم اه اتقانى (قوله فى المتن على موسى) أى لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمته اه اتقانى (قوله على عيسى) أى لان النصرانى يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمته وان اختلفوا فيما بينهم أنها بن الله والمسبح هو الله وثالث ثلاثة فيستع من الاقدام على اليمين الكاذبة اه اتقانى (قوله صوريا) بالقصر اسم أبهى اه غاية (قوله أنشدك) أى أسألك اه (قوله بذ كخالقها) كذا بخط الشارح وفى بعض الشروح بذ كخالقها اه (فروع) قال فى شرح الاقطع وأما الصائفة فان كانوا يؤمنون بأدريس عليه السلام استخافوا بالذى أنزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استخافوا بالذى خلق الكواكب اه اتقانى

(قوله بالله ما يشككنا كحاق قائم) قال الاتقاني وهذا على مذهبه ما لان الاستحلاف (٣٠٣) لايجري في النكاح عند أبي حنيفة اه

(قوله الآن قيد في جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة الاخيرة اه) قوله فان أنكر السبب (أى بان قال ما استقرضت ما غصبت اه) (قوله وان أنكر الحكم) أى بان قال ليس له على هذا المال ولا شيء منسه اه (قول ثم الاتحاق بدار الحرب) أى والسبب بعد ذلك اه (قوله في المتن وان ادعى شفعة الخ) قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف روى أن رجلا ادعى على رجل عنده سهم عمل ابن جاد بن أبي حنيفة أنه اشترى دارا في جوارره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعى عليه الشراء فأراد اسمعيل أن يستحلقة بالله ما اشترى فقال قد يشترى الانسان ويسقط الشفعة شفعته فأراد استحلافه بالله ماله عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعى ان هذا يعتقد ان شفعة الجوارر غير واجبة فان استحلفته تأول ذلك فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعى من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع من اليمين اه اتقاني (قوله في المتن والمشتري أو الزوج لا يراهما)

بالله ما يشككنا كحاق قائم ويصح قائم وما يجب عليه رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بيعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برفع كالأقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيجاءه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرورا لرفع لا يقبل منه فيحتمل بهذا الطريق ان لا ضرر فيه على المدعى لان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب لا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقابلنا وشو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال نضر الاسلام يفتى الى رأى القاضى وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برفع و ليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعى فان كان سببا لا يرتفع برفع فانه يحلف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامه والعبد الكافر لان الرقي يتكرر عليهم ما بالارتداد ونقض العهد ثم الاتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام أو الواسيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعى مثل أن يدعى شفعة بالجوارر والمدعى عليه لا يراه او مثل أن تدعى المبتوتة النفقة والزوج لا يراه فانه يحلف حينئذ على السبب بالإجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعى اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى قال رحمه الله (وان ادعى شفعة بالجوارر أو نفقة المبتوتة والمشتري أو الزوج لا يراه ما يحلف على السبب) لما ذكرنا فاصله أن التحليف على الحاصل هو الاصل عندهم الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعى أو كان سببا لا يتكرر حينئذ يحلف على السبب وعند أبي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض حينئذ يحلف على الحاصل نائبا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبد فادعاه آخر) أى يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر أنه لا يحلف على البنات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيحلفه بذلك ضرر وهو محقق ظاهر افلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البنات لو وهب له أو اشتراه) يعنى يحلف على البنات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرة ولو لم يعلم أنه ملك للملك له لما باشر السبب ظاهر فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفتحص ظاهر افيطلق له الخلف على البنات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البنات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجرى فيه النيابة فلا يحلف على البنات والمشتري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البنات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودى بالله ما قتلتهم ولا علمتم له فانما حلفهم على البنات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الخوافى هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري أن العبد أتى وفجوز ذلك فأراد المشتري تحليف البائع فانه يحلفه على البنات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البنات ولانه انما يكون الخلف على فعل الغير على العلم اذا قال المتكسر لا علم لي بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البنات ألا ترى أن المودع اذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البنات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

أى كما اذا كان الزوج أو المشتري شافعي المذهب اه (قوله ومباشرة) خرج بهذا الارث فانه سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار المالك ومباشرة اه (قوله اذا ادعى قبض الموكل الثمن) أى وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل اه

(قوله في المتن ولو افتدى المنكر الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير كرهافي كتاب القضاء قال الاتقاني وصورته انه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدى بيمينه بعشرة دراهم قال جاز وليس للمدعي أن يستخلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك ان صالحه من يمينه على عشرة دراهم أما جواز الافتداء فلما الخ (١) وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمثل المدعي أو أقل من المدعي والصلح إنما يكون على أقل من المدعي في الغالب لان الصلح ينهى عن الخطيئة وكلاهما مشروع وهي مسألة الصلح على الانكار فيجوز (٣٠٤) عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله اه (قوله وقيل كان

على البتات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات بخلاف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم بخلاف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الخلاف على البتات أكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو افتدى المنكر بيمينه أو صالحه منها على شيء صحيح ولم يخلف بعده) لما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى بيمينه ولم يخلف فقيل ألا تخلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب عيشه الكاذبة وقيل كان له على مقداد بن الأسود مائة آلاف درهم أقرضها إياه فقضاه منها أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يخلف ولان الافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال علي كرم الله وجهه أياك وما يقع عند الناس في نكارة وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذها على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالمصاص وجاز أن يكون له مقدوا واحد جهتان كمن أقر بجزية عبد ثم اشتراها يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكفى الصلح عن الانكار فانه يدل حقه في حق المدعي ولا فداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستخافه بعد ذلك أبدا بخلاف ما إذا اشترى بيمينه بمال حيث لا يجوز لان الشراء عقد تخليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم

على مقداد) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم فادعى أنه أوفأها لعثمان رضي الله عنهما اه (قوله وان كان عندك اعتذاره) تمامه فليس كل سامع نكرا تستطيع أن توسعه عدرا اه (قوله واليمين ليست بمال) ذكره قاضي خان والمرغباني والحبوب اه معراج

باب الخلاف

(قوله في المتن اختلاف في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه اه هداية (قوله في المتن وان برهننا فثبتت الزيادة) يعني ادعى المشتري أنه اشترى هذه العين بعشرة وادعى البائع أنه باعها بمائة وعشروا قام كل واحد بيمينه على دعواه أو ادعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وادعى البائع أنه باع الكرين بعشرة وأقام كل واحد منهما يمينه على ما ادعى فادعى المشتري الزيادة أو المبيع (قوله ولو اختلفا في الثمن أو المبيع جميعا) أي في قدرهما اه (قوله واليمين المبينة كسبها بقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى واليمين أقوى منها اذ هي متعديتها حتى يوجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وان برهننا فثبتت الزيادة) أي اذا أقام كل واحد منهما يمينه كانت اليمين المثبتة للزيادة أولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدرها اتفاقا عليه ولا في الزيادة فيجب كاه ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فيبينة البائع أولى في الثمن ويمينه المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما اليمين فيبينة البائع أولى لانها تثبت لطق له فيه والاخرى تنفيه واليمين للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تخالفا) أي ان عجزا عن إقامة اليمين ولم يرض أحدهما بما قاله صاحبه بعدما قيل لكل واحد منهما ما أن تأمن أن ترضي بما قاله صاحبه

باب الخلاف

قال رحمه الله (اختلاف في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن) أي لمن أقام اليمين لانه توردد عواها باليمينه اذ اليمين مبينة كسبها بقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى واليمين أقوى منها اذ هي متعديتها حتى يوجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وان برهننا فثبتت الزيادة) أي اذا أقام كل واحد منهما يمينه كانت اليمين المثبتة للزيادة أولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدرها اتفاقا عليه ولا في الزيادة فيجب كاه ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فيبينة البائع أولى في الثمن ويمينه المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما اليمين فيبينة البائع أولى لانها تثبت لطق له فيه والاخرى تنفيه واليمين للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تخالفا) أي ان عجزا عن إقامة اليمين ولم يرض أحدهما بما قاله صاحبه بعدما قيل لكل واحد منهما ما أن تأمن أن ترضي بما قاله صاحبه

ما ادعى فاليمين المثبتة للزيادة أولى اه غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما اه (قوله واليمين المبينة كسبها بقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى واليمين أقوى منها اذ هي متعديتها حتى يوجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وان برهننا فثبتت الزيادة) أي اذا أقام كل واحد منهما يمينه كانت اليمين المثبتة للزيادة أولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدرها اتفاقا عليه ولا في الزيادة فيجب كاه ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فيبينة البائع أولى في الثمن ويمينه المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما اليمين فيبينة البائع أولى لانها تثبت لطق له فيه والاخرى تنفيه واليمين للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تخالفا) أي ان عجزا عن إقامة اليمين ولم يرض أحدهما بما قاله صاحبه بعدما قيل لكل واحد منهما ما أن تأمن أن ترضي بما قاله صاحبه

(١) هكذا في أصل الحاشية وسبق مثل ذلك مرارا وعلله هنا كتنفي عما في الشارح من الحديث اه كتبه مصححه

(قوله والافسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والافسخنا في صورة الاختلاف في المبيع يقال البائع اما أن تعلم ما ادعاه المشتري والافسخنا في صورة ما اذا اختلفا فيهما ما قال لكل واحد منهما ما ذكره اه (قوله في التزويد بين المشتري) هذا اذا اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع يدعى بين البائع يدل عليه ما سيذكر في الاختلاف في الاجارة اه (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب اه (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقاني وجهه قول زفر هو قول أبي يوسف أولا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولان المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يجبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبه المبيع أولى اه غايه وكتب ما نصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري ان كان ابتداء بالخصومة وادعى على البائع ابتداء بيمين البائع وان كان البائع ابتداء بالدعوى ابتداء بيمين المشتري اه غايه (قوله لاستواءهم في فائدة النكول) أي لان كل واحد منهما اذا انكسر لا يلزم تسليم شيء في الحال اه غايه (قوله في المبتن وفسخ القاضي الخ) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي يعالما ثمن فيفسد فينتقض العقد فيما بينهما وانما (٣٥٥) يتقض القاضي فيما بينهما اذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي

والافسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فاعلمهما
 يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علمتا ذلك قال رحمه الله (وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد
 وزفر رحمه الله وأبي يوسف آخره ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما
 انكار اذ هو المطالب بالثمن أو لا فينكر عند المطالبة فيكون باذنا بالانكار وعند تكوله يطالب بالثمن كما نكل
 من غير تأخر فيتمجلى به فائدة اليمين وهو الاقرار أو البذل عند النكول وينكول البائع متأخر الفائدة لان
 تسليم المبيع متأخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فائدة أولى
 وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فأنقول ما قاله
 البائع خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكتب بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل
 يقرع بينهما في البداية هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع ثمنًا بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بايهم ماشاء
 لاستوائهما في فائدة النكول قال رحمه الله (وفسخ القاضي بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام
 اذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراذوا لانهم الماسحلقا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما ما غيبى بيع بثمن مجهول
 أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل يفسخ بنفس التحالف
 والصحيح الاول بدليل ما ذكره في المدسوط أن وطه الجارية بالمبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي المبيع
 بينهما ولو كان يفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري
 بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بالثمن ويحلف
 المشتري بالله ما اشتراه بالثمن ولقد اشتراه بألف بضم الالينات الى التقي تأكيذا والاصح الاقتصار على التقي

(٣٩ - زيلعي رابع) تهذيب أدب القاضي وان حلفا لم يتقض القاضي البيع بينهما حتى يطلب ذلك أو يطلب أحدهما لان
 الفسخ حق لهما بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تحالفا وتراذوا اه (قوله في المتن بطلب أحدهما) يعني اذا اختلف الحاك
 كل واحد منهما تحالفا ففسخ البيع بينهما اه وكتب على قوله بطلب أحدهما ما نصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اه (قوله أو بيمين
 مجهول فاسد) أي والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ اه غايه (قوله وقيل يفسخ بنفس التحالف) لم تعرض الشارح رحمه الله لتعليل
 اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وان لم يطلبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف
 البيوع الفاسدة لانها وقعت فاسدة ابتداء اه (قوله وصفة اليمين الخ) قال الاتقاني وأما صفة التحالف فقد ذكر في الاصل أن كل
 واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه
 (قوله والاصح الاقتصار الخ) قال الاتقاني وما ذكر في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالتقي فلو جعنا بين الامرين لتضمنت
 الالينات والتقي وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الامرين تأكيذا للتقي وليس عمنع أن يكون اليمين موضوعا للتقي
 ويضم اليها الالينات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا
 عن الحديث الذي رواه زفر وانما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشك قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

فسكت ضلي الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكك ولم يتقدم بيانه اه (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أي وضعت لاعني الاثبات اه (قوله في المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال في شرح أدب القاضي اذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت أو لم تكن فانهم ما يتعاقبان يحلف البائع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشتري على دعوى البائع فان نكل لزمه دعواه وهو البيع بألف درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه آنفا وأصل ذلك أن النكول في معنى البذل وبذل الاعراض صحيح فاذا كان الناكل باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اه اتفاقا (قوله لانه) أي النكول اه (قوله نحو أن يشتري الرجل من آخر مئاة زق الخ) هذا الفرع من ذكر كور في متن الكنز في البيع الفاسد ويراجع الحاشية التي في خيار الرؤية تتلاقح الكمال عند قوله وللشترى لوفى (٣٠٦) الرؤية اه (قوله فكذا في مقدار المقبوض) يعني القول فيه القابض

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قبلناه ولا علمناه فأنلا والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النبي اشعارا بان الخلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع والمشتري لان كلامهم منسكرا لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ويدعي زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف في أحدهما فأحدهما يدعي زيادة البذل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البذل على صاحبه عند تسليمه البذل والآخر ينكره فصار متعينا ومنكرين فتمت قبل بيته كل واحد منهما لكونه متعينا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرًا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البذلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والساعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقربا به أو باذلا فليزمه اذا اتصل به القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضا به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانقراده وهذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافهما في البذل مقصودا أو أما اذا كان في ضمن شيء آخر نحو أن يشتري الرجل من آخر مئاة زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقي وقال المشتري هو زقك فالقول قول المشتري سواء سمى الشكل رطل مئاة أو لم يسم فعمل هذا اختلاف في المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذا في مقدار المقبوض وان كان في ضمنه اختلاف في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادة الثمن ويدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق قال رحمه الله (وان اختلفا في الاجل أو شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد اقالة السلم لم يتعاقبا) والقول لانسكركم مع عينه أما الاختلاف في الاجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبهه الاختلاف في الحط والابراء ولهذا لا يحتل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لاغير لكونه دينيا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له ألا ترى أن الثمن وجودا وبدونه وكذا

هذا الفرع ذكره في المتن في خيار العيب حيث قال والقول في مقدار المقبوض للقابض فليراجع ما قاله الشارح اه (قوله في المتن أو في قبض بعض الثمن) ذكر البعض ليس بقيد اذا الحكم فيما اذا اختلفا في قبض كل الثمن كذلك يكون العيب على البائع لا غير اه (قوله والابراء) يعني اذا اختلفا في حط بعض الثمن أو ابراء كل الثمن لم يتعاقبا كذلك اذا اختلفا في الاجل وشرط الخيار اه (قوله ولهذا لا يحتل العقد بانعدامه) أي بانعدام الاجل وشرط الخيار اه (قوله بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) أعني في جودته أو رده اه غايه (قوله وجنسه) أي بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير اه غايه (قوله لكونه دينيا في الذمة الخ) والتحقيق هنا أن يقال ان التحالف شرع بالنص اذا وقع الاختلاف

في الثمن أو الثمن اذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما الى رأس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا يمكن مستحقهما عند الاختلاف في الثمن أو الثمن لانهما اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو الثمنين فيبقى البيع بغير ثمن أو مثن وهو فاسد فيجب الرد والمشاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبق صحيحا وبدونه كالعقد البيع بدونه في الابد فلا يمكن أن يفسخ مع بقائه على الصحة وعمرة التحالف الفسخ فلا تحالفا في موضع لا يؤدي الى الفسخ ويعمل أيضا لخيار الشرط فنقول نوع خيار الاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الامام الاسيبغاني في بيع شرط الطحاوي والاصل في هذا أن العاقدين متى اختلفا في المملوك بالعقد يتعاقبان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتعاقبا أو نقول متى اختلفا في كلمة العقد تحالفا ومتى لم يتعاقبا في كلمة العقد لم يتعاقبا والاصل بالشرط وليس في كلمة العقد والتمن والمثل مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد

اه اتقاني وكتب مانصه قال الاتقاني ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو إما أن يختلف في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلف في أصله فالقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا والبيئة في المشتريين جميعا بيئته المشتري لأنه يثبت الزيادة وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشتري أنه لم يرض والبيئة بيئته أيضا لأنه يثبت الزيادة وان اختلفا في المضى والقدر فالقول قول المشتري في المضى وفي القدر قول البائع فيجعل شهر المبيع والبيئة بيئته المشتري وهذا إذا كان المبيع عيناً فما إذا كان ديناً يعني السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والترادف عند علماء المالكية لأنهم اختلفوا في الماويل بالشرط وعند زفر بخالفان ويترادفان لأن السلم لا يصح إلا به فالاختلاف كالاختلاف في صفة السلم (٣٠٧) اه (قوله وافرقت بين الاجل في السلم الخ)

ثم الاختلاف في أجل السلم لا يخلو إما أن اختلفا في أصله أو في قدره وفي مضيه أو فيهما جميعاً أما إذا اختلفا في أصله فإنه ينظر ان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياساً واستحساناً ويجوز السلم وان كان مدعى الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله أيضاً استحساناً ويجوز السلم وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول رب السلم وفسد المسلم وهو القياس ولو اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه والبيئة أيضاً بيئته ولو اختلفا في قدره ومضيه فالقول في القدر قول رب السلم والقول في المضى قول المسلم اليه ولو أقاما البيئتين فالبيئتين بيئته المسلم اليه على إثبات الزيادة وأنه لم يرض اه غاية قال في الجمع والمسلم اليه في دعوى التأجيل مصدق

مستحقهما مختلف فإن الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان وصف الثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعي بخالفان في الاجل إذا اختلفا في أصله أو قدره لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان الموجب أنقص من الحال في المالية ولأن النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلم وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كأنه قال إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفاً وقد بينا أن الاجل ليس بوصف للثمن انذلو كان وصفه ذهب عند ذهابه إذا الشيء لا يبقى بدون وصفه وافرقت بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه جعل هناك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا المنكسر والفرق أنه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لأنه لا يتعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه لأن الاجل أجزي عن العقد ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بأنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر بأنه باعه بألف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفاً للثمن لما قبل وكذا إذا اختلفا في أصل البيع أو في مكان ايقام السلم فيه لا يتحالفان لأن أحدهما انفرد في انكار أصل البيع والاختلاف في مكان الايقام وقدمت بيانه في البيوع وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمدكور هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان وينسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وترادفاً مطلقاً من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم تحالفاً وان كانت السلعة قائمة لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب إذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فإذا كان يجزى التحالف بينهما مع امكان المعرفة فالقول أن يجزى عند عدم الامكان ولأن كل واحد منهما يدعى عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه إذا بيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن الشاهدين في البيع إذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحدهما البيئتين واختلفا في جنس الثمن وفي التحالف قائمة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير تكمول المشتري أو سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم تكموله ولا بي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وترادفاً بشرط أن تكون السلعة قائمة وما روياه من المطلق محمول

كرب السلم اه (قوله تقبل شهادتهما) أي ويقضى بالبيع بألف حالة اه غاية (قوله وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع) أي بعد قبض المشتري إذ قبل قبضه ينسخ العقد به لانه اه كما كتب مانصه قال في الجمع أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على قيمته وجعل القول للمشتري اه قال الاتقاني وأجمعوا على أن السلعة إذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اه قوله أو في الثمن أي لو اختلفا في قدر الثمن اه شرحه (قوله وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه) أي يدعى أو هبة لأن خروج المبيع عن ملك المشتري هلاك حكماً والهالك لا يمنع التحالف عند محمد بخلافهما اه (قوله بشرط أن تكون السلعة قائمة) أي لأن الواو والعال والاحوال شروط اه

عليه ولفظ التراضي يدل عليه لان التراضي يكون في القائم دون الهالك ولانه يحتمل المطلق على المقيد اذا
كان الراوي لهما عن النبي صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع وبحال تركه الراوي عن النبي صلى الله عليه
وسلم القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث يترك
كل واحد منهما على حاله فيعمل به ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهذا
الحديثان هنا برويهما ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بما قبله لما ذكرنا والتخالف بعد
القبض على خلاف القياس على ما بيننا فلا يلحق به غيره فلا تعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في
معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بيننا
ولانه بالتخالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز
الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعى الا تحرفان
العقد لا يمتثل باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وان
البيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمس مائة بالخط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفتا في القدر
مع اتحاد الجنس لان المتدعي أحدهما لا يثبت له العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع
يدعى عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا
دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بقرينة فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفق على ثمن وهذا اتفاق على ألف
وهو يكفي للثمن ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ به بالتخالف ولو كان مختلفا لم يصح
كالتواصي أحدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما
مبيع فكان البيع قائما بقاء العقد عليه ولهذا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد
الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والواقعة وانسلم في التخالف هنا فائدة لان المقصود في
الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عن ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع
للمشتري بقيمة كما يسلم له بالثمن اذ لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كما أقر
بألف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعثني
هذه الجارية فانكر وقال ما بعثتها وانما تزوجتها فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم مالك
اليمين خلاف حكم الزوجة وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في
الفسخ فائدة لان ما يعثر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أي فائدة كانت واما
اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمسئور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين
صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدروري فيها لا يتخالفان الا أن رضى
البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المتوسط وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحلي ولا يثني له وقال قاضيخان وذكري
الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وقال أبو يوسف رحمه الله يتخالفان
في الحلي ويفسخ العقد فيه ولا يتخالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد
رحمه الله يتخالفان عليه ما يفسخ العقد فيهما ويرد الحلي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع
التخالف عند هلاك البعض اولى أن لا يمنع ولا يبيح ف رحمه الله ان امتناع التخالف الهالك
قيمة تدبر قدره ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن التخالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس
ورد الشارع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجمعها فلا تسمى السلعة بعد فوات جزء منها ولانه
لا يمكن التخالف في القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتها والقيمة
تعرف بالحزروالظن فيؤدى الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن رضى البائع أن يترك حصة
الهالك فينتدبكون الثمن كله عقابا له الحلي ويخرج الهالك عن العقد فيكون كان العقد وقع على هذا

(قوله ثم هلك أحدهما عند
المشتري) أى قبل نقد
الثمن اه

فيتم الفان

فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيئا وأيهما انكسر
لزمه دعوى الآخر ولو غلط المدسوس يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل
الاستثناء قوله لم يتحالفوا لفظ الجامع الصغير يدل على أنهم لا يتحالفان وان لا يتحالف المشتري وحده لان
المستثنى منه عين المشتري لانه المذكور قوله وقال في النهاية وتكلموا أن هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف
قال مشايخ بلجرحهم الله ينصرف الى عين المشتري ومعناه ان البائع يأخذ الحى منهما صلحا عما يتبعه
قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال في
الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله ويكفون القول قول المشتري مع
عينه الآن يأخذ البائع الحى ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يتحالف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف
بجوهر زاده هذا لا يقوى لان الاخذة ملق بمشقة البائع ولو كان أخذ الحى بطريق الصلح لكان معلنا
بمشقتهما قال الراجى عفوره ليس في هذا الاخذة فائدة أيضا ولا يحتملها فلا يصر اليه لان ترك حصة
الهالك من الثمن من غير بدل يوجب له من الحكمة ثم قال وعمامة المشايخ على أن الاستثناء منصرف الى
التحالف وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله الآن يشاء
البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثناء التحالف
دون عين المشتري فكان صرف الاستثناء الى المذكور أولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى عين
المشتري على معنى أن البائع اذا رضى أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ لا يتحالف المشتري
لان البائع اذا عرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الاول في عدم الفائدة ثم قال وقال
الامام الكيسانى رحمه الله يأخذ البائع في حق الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يتحالف لان
الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى
الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة
في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا ينكر ثمن الهالك كله وانما يترك الزائد على ما يقربه المشتري
ومعنى قوله لا يأخذ شيئا أى لا يأخذ من الزيادة التى يتبعها شيئا وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء
منصرفا الى عين المشتري ومن أصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من
التحالف وهو الهالك قلزال بخروجه من أن يكون مبيعا فصار كأن المبيع هو الحى وحده أو برضاهما
أقربه المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا فى ثمن الحى فيتحالفان فإيهما انكسر لزمه
دعوى الآخر ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ظاهر لان الهالك عنده لا يؤثر فصار كأنهما حيان
واختلفوا فى تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله فقال بعضهم يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون
الهالك لان التحالف لفسخ وفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشتري
القائم بألف يكون صادقا لان من اشتري شيئين بألفى درهم ثم حلف أنه ما اشتري أحدهما بألف كان
صادقا فلم يمنع عن الحلف فلم يقد التحالف فإدبته والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بألفين فان
نكسرت دعوى الآخر وان حلف يحلف البائع بالله ما بأحدهما بألف فان نكسرت دعوى المشتري وان
حلف ففسخ العقد بينهما فى القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذى يقربه
المشتري فإنه تقسم على قيمتهما يوم القبض فما أصاب الحى سقط وما أصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا
فى قيمة الهالك فان أقام أحدهما بينة تقبل بينته وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الزيادة وان
لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري
يدعى زيادة السقوط بدعوى قلبه قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر فى
الأصل فى رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بغير وهلك الآخر عند المشتري سقط عنه ثمن ما
رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا فى قيمة الهالك وأقام أحدهما

(قوله لان المستثنى منه
عدم التحالف) أى لان
قوله الآن يرضى البائع
مستثنى من عدم التحالف
اه (قوله وأن لا يتحلف)
كذا هو بخط الشارح اه
(قوله وتكلموا أن هذا
الاستثناء) أى وهو قوله
الآن يشاء البائع اه (قوله
وصار تقدير ما قال فى
الكتاب) أى الجامع الصغير
اه (قوله ولا يأخذ شيئا آخر)
أى لامن قيمة الهالك ولا من
ثمنه اه (قوله كان صادقا)
أى وكذا لو حلف البائع
بالله ما بعث القائم بحصته
من الثمن الذى يدعيه
المشتري كان صادقا اه

بينته تقبل بينته وان أقام البينة فيبينة البائع أولى لانها أكثر ابيات وان لم يكن لهما بينة كان القول
قول البائع مع عينه لانهم اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بدعواه ان قيمة
الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضا وهذا الفقه وهو ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه
على أحد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فينبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول
له وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر في حقهما او البائع مدع
ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا ويرى بحت بالزيادة الظاهرة وعند أبي حنيفة رحمه الله ان البائع اذا رضى
ان يترك حصة الهالك من الثمن يتخالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف رحمه الله هذا
اذ هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتخالفان بالاتفاق وكذا الورثة أحدهما يعيب لان الكل يعود الى
ملكه فلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع فعلم بهذا أن التعليل بان السلعة اسم لجمعها غير سديد
وأما الاختلاف في بدل الكتابة فالمدكر هو قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا يتخالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي رضي الله عنه لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الآخر
لان المولى يدعى بدلا زائدا والعبد ينكره والعبد يدعى استحقا القعتق على المولى عند أداء ما يقر به والمولى
ينكره فيتخالفان كما اذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدي اليه ولا يبي حنيفة
رحمه الله أن البديل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف والبديل حال وقد سلم ذلك العبد ولا يدعى
على مولا مشيا وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتخالفان فيكون القول قول العبد
لكونه منكر او انما يصير مقابلا بالعقد عند الاداء وقبله لا يقابله أصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل
القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند الاستيفاء
وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاستباح وهو مبتدئ على التصنيق
والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون في معناه
فلا يتخالفان بوضعه ان البيع لازم من الجانبين فالصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا انكسر أحدهما
لزمه دعوى الآخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا انكسر لا يلزمه شيء امكنه من الفسخ بالتعجز
والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معارضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه فلا
يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمتكسر وهو العبد
وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان أقام البينة كانت بينة المولى أولى لانها ثبتت
الزيادة لأنه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرته لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب
قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على انه ان أدى خمسمائة يعتق ولا يمنع أن
يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرته كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرته لا ترتفع بعد النزول
ويجب عليه البديل وأما اذا اختلف في رأس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب السلم ليس ببيع
بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه الاقالة بل بسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى
يتخالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان
المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى رأس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه
الصلاة والسلام بحالها وتراذوا التحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة
لان الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بساير أسباب الفسخ الا ترى أنهم لو اقالوا نقضت الاقالة
لا تنتقض وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رد عليه يعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل
التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع
حيث تنتقض هذه النواقض والفقه فيسه أن المسلم فيه سقط بالاقالة فلما نقضت الاقالة لكان حكم
انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فأمكن عوده الى ملك

(قوله فينبني الامر عليها)
أى لتلا يلزم الاقدام على
القسم بجهاالة امر (قوله لان
الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الامر) أى لجاز أن
يكون الحال في الواقع على
خلاف ما ظهر عندهما
بهزل أو تلجئة أو غير ذلك
اه

المشتري قال رجه الله (وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) معناه اذا اختلفا بعد ما تقابل قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهم ايتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود المبيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما امتدح ومنكر فيستدعى الى الاقالة كما يستدعى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استملك المبيع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وعند محمد رجه الله يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال رجه الله (وان اختلفا في المهر قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه نورد عواهبها وهي كاسمها مينة قال رجه الله (وان برهننا فللمرأة) أي اذا أقام البينة كانت بينة المرأة أولى لانها تثبت الزيادة والبيّنات للآثبات فكانت أولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مشل ما يدعى الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مشل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الخط وهو خلاف الظاهر والبيّنات للآثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا لانه بان كان أقل مما ادّعت به المرأة أو أكثر مما ادّعه الزوج فالصحيح أنهم ما يتهاوران لانهم استويا في الآثبات لان بينهما تثبت الزيادة وبينته تثبت الخط فلا تكون احدهما أولى من الاخرى قال رجه الله (وان عجزا) أي عن إقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان عين كل واحد منهما ينتفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيسبق العقد بالتسمية وذلك غير مفسد لان نكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال رجه الله (بل يحكم مهر المثل فقبض بقوله لو كان كما قال أو أقل ويقولها لو كان كما قالت أو أكثر ولو بينهما) أي بين ما قالت هي وبين ما قاله هو لانه لما انتفى بيمينها التسمية احتج الى تحكيم مهر المثل فيقبض بقوله من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد له واحد منهما بان كان أقل مما ادّعت أو أكثر مما أقر به هو قضى بذلك وهذا تخريج الكرخي رجه الله وتخرج الرارزي خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أو لا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع عينه وان لم يشهد له واحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدأ بعين الزوج لتجمل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح وعند أبي يوسف رجه الله لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع عينه إلا أن يأتي بشئ مستسكرو وقد بيناه في النكاح قال رجه الله (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما امتدح على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهم ما يحتملان الفسخ وهما مقدمة معاوضة فان قيل قيام العقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصار كأنها قائمة ثم ان كان الاختلاف في الاجرة يدئ بين المستأجر وان وقع في المنفعة يدئ بين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الاخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقامها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر أولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى في الاجرة وبينة المستأجر أولى في المنفعة لان البينة للآثبات فما كان أكثر آثباتا كان أولى قال رجه الله (وبعد لا والقول قول المستأجر) أي ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستأجر مع عينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهرا لان هلاك العقود عليه تمتع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك امتنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيبين أنه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لانه هو المنكر قال رجه الله (والبعض معتبر بالكل) معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كالأستوفى في الكل

(قوله فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري) أي واخذ المشتري بقاء العقد وأخذه القيمة ثم اختلفا في الثمن اه (قوله ثم ان كان الاختلاف في الاجرة) أي بأن قال المؤجر أجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة اه (قوله لا يمنع عنده) أي التحالف اه

ويجوز التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيئا وهذا بالاجماع فأبو يوسف رحمه الله من
على أصله في هلاله بعض المبيع فإن التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذلكنا وهما خالفاً لأصلهما
في المبيع والفرق لحد رجسه الله ما بيناه في استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد فلو تحالفا
لا يبقى العقد فلم يمكن إيجاب شيء والفرق لا يوجب حنيفة رحمه الله أن العقد في الاجارة يعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنافع فمصدر كل جزء من المنافع كالعقد عليه عقد امبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر
التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك
بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده في الكل لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل
ضرورة كد لا يؤدى الى تفریق الصفقة على البائع على ما بينا قال رحمه الله (وان اختلف الزوجان في متاع
البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لان الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين أن يكون النكاح
تماماً بينهما أو لم يكن فأنما وما يصلح للرجل العمامة والقباء والغنيسوة والطيبان والسلاح والمنطقة
والكتب والقوس والدرع الخدي فيكون القول فيها قوله مع عينه ما بينا وما يصلح للمرأة الحجار والدرع
والاساور وخواتم النساء والحلى والخنخال وأمثال ذلك فان القول فيها قوله مع عينه ما زاد كذا الا اذا كان
الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها التعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح
للرجال لا يكون القول قوله في ذلك قال رحمه الله (وله فيما يصلح لهما) أي اذا اختلفا فيما يصلح لهما كان
القول قوله لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد في الخلاف ما يختص بالمرأة
لان ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتم ارضان فترجح بالاستعمال من جهتها والذي يصلح لهما الفرس
والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود قال رحمه الله (فان مات أحدهما للحى) أي اذا
مات أحد الزوجين واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر كان المتاع للحى ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو
المشكلى وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته
مقامه فيه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وخالفه أبو يوسف في المشكلى فقال يدفع الى المرأة من المشكلى
ما يجزئ به مثلها والباقي للزوج مع عينه ولو ورثته بعد موته وقال محمد مشكلى ما قال أبو حنيفة ان ما يصلح
لأحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا أن قوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت
أحدهما فخالصه أنهم اتفقوا أن ما يصلح لأحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه
واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه الله جعله للزوج في حال حياتهما والباقي منهما بعد موت أحدهما
ومحمد رحمه الله جعله للزوج في الحالتين وأبو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجزئ به مثلها في الحالتين
لانها تأتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهد لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض
في الباقي فيعتبر ولهما في الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير
الحكم في المشكلى بالموت كما لا يتغير في غير المشكلى ولا يوجب حنيفة رحمه الله أن يد الباقي منهما أسبق الى
المتاع لان الوارث ثبتت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا بل
أولى لان اليدر جنانا مطلقا حتى يرجح به في غيره هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقي منهما يد
نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله المشكلى بينهما نصفان
والباقي مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لانهما
استويا في سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في أيديهما ولا معتبر بالشبهة في
الخصومات ألا ترى ان أسكفا وعطارا لو اختلفا في آلة الاسا كفة أو آلة العطارين وهى في أيديهما قضى
بهما بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لأحدهما لانه قد يتخذة لنفسه أو يبيع فلا يصلح من جوار وقال الحسن
البصرى المتاع كله للمرأة وليس الرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المرأة هى الساكنة فيه ولهذا تسمى
قعيدته ويد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره وفي الدعوى يقدم صاحب اليد وقال

(قوله الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء) أى أو كان صانعها اه

(قوله ونحر الاسلام) ليس كذات بل الذي ذكره نحر الاسلام أنه لنحره كذا نقله لم يكتب المحقق

فصل أي فيمن لا يكون خصما **ب** لما ذكر أحكام من يكون خصما (٣١٣) شرع فيمن لا يكون خصما وقدم الاول

لان الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة فخر الكلام الى ذكر من لا يكون خصما فذكر به انه اتقاني (قوله في المتن وبرهن عليه) فان لم يكن له بيعة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة الاعلى قول ابن أبي ليلى لانه منهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسع مع غير حجة (قوله في المتن) دفع الخصومة المتدى) قال الاتقاني هذه مسألة القدوري ثم قال هذا الذي ذكره القدوري اذا كان العين قائما ما اذ اهلك فلا تندفع الخصومة دعوى هذه الاشياء الا ترى الى ما ذكر في الجامع في باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك في يده عبد فادعى انسان عليه ضمان العبد واقام ذوا البيعة انه كان ودعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لانه يدعى الدين في ذمته ويجوز ان يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا له وقد نص الشارح على حكم هلاك العين فربما من هذه القولة في الشرح بقوله فصار نظير ما لو ادعاه بعد هلاكها يعني فانه لا تندفع الخصومة فيه بالاتفاق فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على

ابن أبي ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان لان المرأة في يد الزوج فبقي البيت أيضا يكون في يده وان كان البيت لها - ألا ترى أنه صاحب البيت وأن البيت يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب يده فكذا هذا وهذه هي المسبقة وقد ذكرنا الاقوال السبعة بحمد الله تعالى قال رحمه الله (ولو احدثهما مملوك كالفحل في الحياة والحي في الموت) أي لو كان أحد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحرة في حال حياتهما وللحي منهما بعد موت أحدهما أيهما كان لان يد الحرة أقوى لانها يملك ولا كذلك يد المملوك وأما اذا مات أحدهما فلا يد للميت فقلت يد الحرة عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدرا الاسلام وشمس الأئمة الحلواني ونحر الاسلام وقاضيان. وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للحرة منهما ثم قال وفي بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كالحرة لانها يملكها مادام معتبر في الخصومات ولهذا لو اختلفت الحرة والمكاتب في شيء وهو في أيديهما يقضى به بينهما الاستواء في اليد ولو كان في يد المالك وأقاما البيعة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحرة فان يده بنفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحرة يملك حقيقة ويد المملوك ليست يدهم فكأن يد الحرة أقوى فترجحت به في حق متاع البيت ألا ترى أنها ترجح بالصلاحية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها لا ترجح بالصلاحية فكذا لا ترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه أقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التخصيف باختلاف العطار والاسكاف في آله أحدهما فيما تقدم والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قال المدعي عليه هذا الشيء أو دعيه أو أجره أو طرنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه وبرهن عليه دفع الخصومة المدعي) لانه أثبت بيئته أن العين وصلت اليه من جهة الغائب وأن يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا أقر المدعي بذلك أو أثبت ذوا اليد اقراره بالشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو أقام البيعة لانه يظهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البيعة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية السابقة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل بطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاه بعد هلاكها أو ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن أبي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البيعة لان كلامه اقرار منه بالملك للغائب والقرار موجب للحق بنفسه تلوه عن المهمة فالحق بالبيعة فيثبت ما أقر به بمجرد الاقرار ألا ترى أن من أقر بعين لغائب ثم أقر به الحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو أقر لغيره بشئ ففرض صدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو أقر بشئ للشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخفى ان يكون صادقا وكذا بان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فقراره على نفسه صحيح فيثبت به أن يده يحفظ لا يده خصومة فلنا ان بيئته أثبت أمر من الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت

(٤٠ - زيلعي رابع) المتفق اه (قوله دون هذه الاشياء) أي الابداع والاجارة والاعارة اه (قوله وكذا لو أقر بشئ للشخص) أي عند القاضي كما سيأتي في صفحة هذه القولة في الشرح اه (قوله قلنا) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اه

(قوله وقال أبو يوسف آخر الخ) وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة ومحمد إذا أقام البيئنة أن فلاناً أودعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تندفع الخصومة أه اتقاني (قوله وان كان معروفاً بالجيل) أي بالتزوير اه غاية (قوله رجع الى هذا القول) أي أبو يوسف اه (قوله لان الخصومة توجهت) (٣١٤) الذي يحط الشارح لانها توجهت اه (قوله وعند أبي حنيفة تندفع

الخصومة الخ) قال الاتقاني فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذى البدن من جهة غير المدعى فثبت أن يده يد غيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو أقر المدعى بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البيئنة ما لم يذكر اسم الغائب ونسبه لان ذاليد خصم باعتبار اليد وهو ملك نقل الخصومة الى غيره أما لا يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعى ومتى صار الغائب معروفاً بالاسم والنسب كان نقلاً واذالم يصير معروفاً لا يمكن المدعى من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعى وان قال الشهود أودعها رجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذواليد اعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هذه شهادة للجهول ولعل المودع هو المدعى فعلى اعتبار كون المدعى هو المودع

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كلو كيل بنقل المرأة أو الامسة اذا أقامت بيئنة على الطلاق أو العتاق تقبل في حق قصير يد الوكيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدعى أقر بذلك أو أثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذى اليد اثبات يد حافظه لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى حاله غير علة على غيره ولان دفعها بالبيئنة يؤدي الى اواء الحقوق لان أحدا لا يجزئ عنه وقوله وخروجه من أن يكون خصماً في ضمن ثبوت الملك لغيره الخ فلما ثبت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بوجوبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتاً من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يندفع الخصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من العكة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عند حيا حيث لا تندفع الخصومة عنه وان أقام بيئنة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعى بعد هلاك العين يدعى عليه القيمة وهي في ذمته ألا ترى أن القاضي يقضى بها على مودع الغاصب فلا يتبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذاليد صار خصماً للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البيئنة أن العين لغيره ألا ترى أن دعوى الفعل تجوز على غير ذى اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصماً له باعتبار يده فاذا أثبت بالبيئنة أن يده حافظة وليست بخصومة اندفعت الخصومة عنه وقال أبو يوسف رحمه الله آخر ان كان المدعى عليه صالحاً فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفاً بالجيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بيئنة أن العين للغائب لان الحتمال من الناس يأخذ مال غيره غصباً ويدفعه سر الى غريب يريد أن يغيب من البلدة ويواعد أن يردّه اليه على رؤس الاشهاد لم يمكنه الا الشهادة على أن هذا الشيء أودعه غيره عند ما يدعيه صاحبها فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن يتطرق في أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجوع الى هذا القول بعدم ما لى القضاء وابتلى بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعى يمكنه أن يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشئ من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذى اليد بالاجماع لانهم ما أطالوا المدعى على رجل معروف يمكن تحضيمه ولعل المدعى هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعى هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك أو الاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا اعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا أحاله على معروف يمكن الوصول اليه كما لا يتضرر المدعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل أت عرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا اتعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحتمل فاذالم يمكن معروفاً الا بوجهه عند الشهود لا يمكن المدعى من اتباعه فيتضرر بالدفاع عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه لان ذاليد أثبت بيئنته أن العين

لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذواليد أخذها لا أعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذواليد فصار مكذباً بهم في بعض شهادتهم فان قال ذواليد اعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أودعها رجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدعى أنه أقر أن رجلاً دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبيئنة كالثابت بمعاناة ولو أقر المدعى عند القاضي أن رجلاً دفعه اليه لا أعرفه

أخذهما من غير المدعى وان يده يحفظ اذ الشهود يعترفون المودع بوجهه ويقولون انه غير هذا المدعى
 ومقصود ذي اليد اثبات بدخاظة وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البيعة كافية لهذا المقصود وحصول
 الضرر للمدعى بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه أو الى شهوده حيث لم يعينوا له
 خصمه فأضر وابه ونحن لانسلم انه بعينه لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه
 أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يحفظ وذلك يحصل عنه ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي
 أن يكون قول أبي يوسف على هذا التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة الخمسة كتاب الدعوى لان فيها
 خمس صور من دعوى الوديعة والعمارة وغيرهما وفيها اختلاف خمسة من الأئمة وقد بيناه بحمد الله
 تعالى قال رحمه الله (وان قال ابتعته من الغائب أو قال المدعى غصبته أو سرق مني وقال ذواليد أو دعني
 فلان وبرهن عليه لا) أي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وان أقام المدعى عليه بيعة أنه أودعه فلا تالان
 ذاليد في المسئلة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يملك فيكون معترفا بأنه خصم وفي
 المسئلة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذواليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه
 وفيه لا يمكنه الخروج عن ابالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير
 ذي اليد ولا تندفع الخصومة بان تقام يده حقيقة بخلاف دعوى المالك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو أقام
 الخراج البيعة فحضى له به ثم جاء المقر له الغائب وأقام بيعة على ذلك تقبل بيعة لان الغائب لم يصرم مقضيا
 عليه وانما قضى على ذي اليد خاصة وفي المسئلة الثالثة قول المدعى سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في
 المعنى استحسانا وانما وجهه بالبناء للفعل لاجل الستر عليه كيلا يقطع قصار كانه قال له سرقته مني
 وقال محمدا تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كالموقوف غصب مني على البناء
 للفعل ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما
 يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يجتز عن كشفه ولو ادعى انه اشتراه من ذي اليد وقبضها
 ونقد الثمن وأقام ذواليد البيعة أن فلانا أودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذي اليد فعلا لان
 المدعى عقد استوفى أحكامه فصار كالدعوى فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع
 قال رحمه الله (وان قال المدعى ابتعته من فلان وقال ذواليد أودعته فلان ذلك سقطت الخصومة)
 لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذواليد
 خصما وللمدعى أخذه من يده الا أن يقيم البيعة ان فلانا وكه بقبضه فمأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو
 صدقه ذواليد في شراؤه منه لا يأمره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهي
 مجيبة ولو قال ذواليد أودعته وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا بيعة لان وصول الدار الى يده
 اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى وكذا لو أثبت
 بالبيعة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف المسئلة الأولى وهي مسئلة
 الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وبقرار المدعى
 ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده وانظرا أنه وصل اليه من جهته ولو قال ذواليد
 ان فلانا أودعني العين فقال المدعى كان أودعك اياها ثم وهبها منك أو باعك اياها وانكر ذواليد استخلف
 بالله ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعله خصما لان نكوله كقراره بذلك وقد بينا ان اقراره
 بالشراء اعتراف منه بأنه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج لاقامة البيعة بالوديعة لاقرار المدعى
 بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

بوجهه ونسبه تندفع
 الخصومة فكذا هذا وهذا
 لان الشهادة حصلت
 بالعلم وهو اقرار المدعى
 فتقبل امكن المقر له مجهول
 وجهالة المقر له لا تمنع صحة
 الاقرار فاما جهالة المشهود
 له تمنع قبول الشهادة ولو لم
 يكن لذى اليد بيعة على
 الايداع عنده حتى قضى
 القاضي به للمدعى ثم وجد
 ذواليد بيعة على الايداع
 لا تجمع والقضاء للمدعى
 ماض وهذا بخلاف ما اذا
 أقام الخراج بيعة على
 السراج أو على المالك المطلق
 على ذي اليد وقضى به
 القاضي ثم أقام ذواليد
 البيعة على السراج حيث
 يبطل القضاء للخراج لانه
 ظهر به بطلان القضاء (قوله
 فيها) أي في دعوى الفعل
 اه (قوله سقطت الخ) ولو
 طلب المدعى عينه على
 ما ادعى من الايداع بخلاف
 على البيئات اه كما في (قوله
 لا تندفع الخصومة الا بيعة)
 أي لان الوكالة لا تثبت
 بقوله اه

باب ما يدعيه الرجلان
 لما ذكر فيما تقدم دعوى
 الواحد شرع في دعوى
 الاثنين لان المثني بعد الواحد
 اه غايه (قوله وعن الشافعي
 انهما تهما تان) أي ويجب
 القسمة بينهما على قوله
 اه غايه

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله (وهنا على ما في يد آخر قضى لهما) يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد

(قوله وعنه أنه يقرع بينهما) قال الاتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي ويتوقف على الصلح على قول كذا في وجيزهم اه (قوله فتعين التماز) أي لان القاضي يتقن بكذب (٣١٦) احدي البيئتين فممكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اه غاية (قوله كما في دعوى

منهما انهما ملكه ولم يذ كر اسبب الملك ولا تاريخه فضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما يتمازان وعنه أنه يقرع بينهما لان احدي الطائفتين كاذبة يتقن لاستحالة أن يملك شخصان عينا واحدا كل واحد منهما كما هاتين التماز لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح أو المصير الى القرعة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أفرع بين رجلين تنازعا في أمة وأقام كل واحد منهما بينة أنه قال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بهما المخرجت فرعته ولان القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضى لاعدلها بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل أقوى في الحجة فلا يراجعه الضعيف وقال الاوزاعي يقضى لمن كان شهوده أكثر عددا لان طمأنينة القلب الحاصلة به أريح ولنا ما روى عن أبي موسى أن رجلين اتعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود وعن أبي موسى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائي وأحمد وغيرهم ولانهم استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كما لو وصى لهما بأى وصى لكل واحد منهما بالثلث فإنه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التماز ولان البيئات من حجج الشرع فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن هنا لان الايدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فبعث كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو السيد فيحكم بالنصف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود اعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أفرع بينهما ان صح فهو محمول على أنه كان في وقت كان القمار مباحا ثم تنسخ بانتساح القمار ألا ترى أن القرعة لتعيين الاستحقاق لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطبيب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق ألا ترى أن للامام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأه مسقطا وهي لمن صدقت أو سبقت بينته) يعني لو أقام اثنتان بينة على ان هذه المرأة زوجته تمازت البيئتان لتعذر القضاء بهما اذا النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما فيجب اعتبار قولها ان أحدهما ازوجها أو أسبقهما نكاحا اذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الآن بغير الاخر البيئته أنه تزوجهما قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر بهما فصار تطر ما لو اتى رجل نكاح امرأه فأقام بينة فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيما بعد مملكونها أقوى لاتصال القضاء بهما وهو المراد بقوله أو سبقت بينة أحدهما لانها لما سبقت وحكم بها تآكدت فلا تنقض بغير المؤكدة الا اذا ثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فيثبت تكون أولى لان الثابت بالبينة كالثابت عينا فاصوله أنه ما اذا تنازعا في امرأه وأقاما البيئتين فأن تنازعا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يثبت تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل نصفه بيده ان شاء) أي لو أقام كل واحد من اثنتين بينة على الشراء من ذى اليد بالتاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانها استويا في السبب وجب على القاضي أن يقضى بينهما التعداد القضاة بلكه لكل واحد منهما على ما يفتخر كل

النكاح) يعني لو شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امرأه اه (قوله ولانهم استويا الخ) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجا ادعيا نتاج دابة وأقاما البيئتين جميعا وكذلك اذا ادعيا الشراء من واحد وأقاما جميعا البيئتين والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اه اتقاني (قوله في المتن أو سبقت بينته) لو قال كالأولى اه تأمل (قوله وهي زوجة لمن صدقته منهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في آخرباب اختلاف الاوقات في الدعوى من شرح الكافي ولو اتى رجلان عبداني أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد أنا لأحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان أيديهما دليل الملك على العبد لانه ليس له بدافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعيا امرأة في أيديهما فأقرت لأحدهما حيث يقضى بها لان المرأة ليست في يد أحد لانها في نفسها فيعتبر اقرارها بالزوجية اه اتقاني (قوله لتعذر القضاء بلكه لكل واحد منهما) أي فان اختارا لاخذ

رجع كل منهما على البائع بنصف الثمن ان كان نقده الثمن وان لم ينقده أدى كل واحد منهما نصف الثمن وان اختار واحد الرسم الدار كلها للبائع ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن ان كان نقده وان لم يكن نقده فلا شيء لو أحدهما على البائع اه غاية

(قوله لتغير شرط عقده عليه) فلعلم رغبته في تلك الكل اه هداية (٣١٧) (قوله فلا يكون له أخذة بعد الانفساخ)

أي الابتعاد ولم يوجد اه
(قوله في المتن وان أرخا
فلسابق) أي لاننا لما حكمنا
للسبع للاول ملكه الاول
فيكون البائع بعد ذلك
بأنعمالك غيره فلا يصح اه
اتفقنا (قوله كان صاحب
التاريخ أولى) في الهداية
لثبوت ملكه في ذلك الوقت
واحتل الآخر أن يكون
قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك اه (قوله في المتن
والا فلندي القبض) قال
شيخ الاسلام علاء الدين
الاسيحاوي في شرح الكافي
للعاكم الشهيد وان لم
يوقت واحد منهما وقتا
وكانت الدار في يد أحد
المتعين فقبضها قضيت
بالمذني في يديه لان القبض
دلالة السبق في حقه لان
القبض انما يكون صحيا
اذا تقدم عقد فكان أولى
ورد البائع الثمن على الآخر
(قوله ولا تاريخ معهما) أي
لانهم اذا لم يؤرخا صار
كلهم وقعا معا والشراء
أقوى من الهبة اه (قوله
ومثنا للملك بنفسه) أي
والملك في الهبة يتوقف
على القبض اه (قوله
حيث لا يكون الشراء فيه
أولى) أي بل يكون بينهما
نصفين اقول الشارح رحمه
الله قريبا أي وهما في ذلك
سواء اه قوله بل يكون بينهما

واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضولين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل
وأجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما
وان لم يمكن ذلك حقيقة أو يحتمل على أن البيع لكل واحد منهما صادر من وكيله وذلك يمكن في وقت
واحد قال رحمه الله (وبناء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أي لو قضى القاضى بينهما وأبى
أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه
فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه يفتنه استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى
القاضى به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له أخذ بعد الانفساخ بخلاف
ما لو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه لانه أثبت بينته انه اشترى
الملك وانما يرجع الى النصف بالزوجة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد
الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فلا يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له أن يأخذ الا
النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للزوجة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله (وان
أرخا فللسابق) لانهم لما ادعى الشراء من ذي اليد اتفقا على أنه مالك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه
في وقت لا ينافيه فيه أحدهما فاندفع به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر
غير الذي يدعى الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ السابق لان كل واحد منهما فيه
خصم عن بائعه في اثبات الملك له وملك بائعهما الاتارح في نفسه فصار كأن البائعين حضرا أو ثبتا للملك
لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو أرخت احدهما ولم تؤرخ الأخرى كان صاحب التاريخ
أولى لانهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراهما معا حدث والحادث
يضاف الى أقرب الاوقات الا اذا أثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ أولى بخلاف ما اذا
اختلف بائعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعى الملك ولم يدعى الشراء من ذي اليد حيث لا يكون
صاحب التاريخ أولى عنه أي حنيفة ومحمد رحمه الله على ما بيننا فرقه من قريب ان شاء الله قال
رحمه الله (والا فلندي القبض) أي ان لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لان
تمكثه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح أحدهما
بالقبض فلا ينقض قبضه المعين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضا بقاء
الاحتمال فيه الا اذا أثبت شراء قبل شراء ذي اليد حينئذ يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا
بخلاف ما اذا اختلف بائعهما ولا أحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لانهم ما يحتاجان الى
اثبات الملك بائعهما أو لا فاذا اجتمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج
أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبائع لثبوته بتصادقهما فكان المنظر رالیه سبب
الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض أقوى لنا كده بالقبض قال رحمه الله (والشراء أحق من
الهبة) معناه اذا ادعى أحدهما شراهما من شخص وادعى الآخر هبة وقبض من ذلك الشخص بعينه وأقاما
البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثنا للملك بنفسه
بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى لانهم اعند
اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصما عن ملكه حاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما
اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهم ما الى اثبات سبب الملك
لانفسهما وفيه يقدم الأقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لا قدمهما تاريخا
لثبوت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق

نصفين كذا قال الاتقاني اه (قوله لثبوت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد) وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان
فان كان المؤرخ هو المشتري فلا اشكال لان الشراء من غير تاريخ أولى بفتح التاريخ أولى وان كان أرخ الهبة فالهبة أولى لان الشراء متأخر

معنى فيعتبر بمالو كان متأخر حقيقة بأن أرخ صاحب الشراء منذ ستة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشراء حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بحدوثها (قوله ولا ترجع للصدقة بالزوم) جواب عن سؤال مقدريان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض (٣١٨) سواء حتى يكون العين بين المتعين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لانها

ثبت الملك الا لازم من الهبة لانها ثبتت ملكا غير لازم فاجاب عنه بما قال وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المسأل حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجيح انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا ترجع الصدقة اه اتقاني (قوله وهذا فيما لا يحتمل) أي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والذابة صحيح هذا بالاتفاق اه اتقاني (قوله واختاروا فيما لا يحتمل القسمة) قال الاتقاني قوله وكذلك فيما لا يحتمل القسمة عند البعض أي الهبة والصدقة سواء أيضا عند البعض فيما لا يحتمل القسمة كالأردن ونحوها ويقضى بينهما انصفين وهو قولهما لان الشروع طارئ وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشئ وهو قول أبي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشائع اه وكتب مانصه قال الامام الاستيعابي في شرح الطحاوي وان كان مما يحتمل القسمة كالأردن ونحوها فلا يقضى لهما بشئ عند أبي حنيفة وعندهما يقضى بينهما ما

التاريخ على ما بينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما بيننا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستواءهما في وجه الشروع ولا ترجح للصدقة بالزوم لان أثر الزوم يظهر في نافي الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما يمنع حصول المقصود وبها وهو الاجر للقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما اذا كانت لذى الرحم المحرم أو عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغنى وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشروع لا يضره واختلفوا فيما لا يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصارت قائمة بالبينتين على الارتهاق وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز شراء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشروع طارئ اذ كل واحد منهما ما أثبت قبض الكل ثم حصل الشروع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أنه لا يجوز بالاجماع لاننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم تؤت البيعتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما اذا وقتنا فصاحب الوقت الاقدم أولى وان لم يوقتوا مع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بيننا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعني اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأته أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستواء البيعتين في القوة لان كل واحد منهما معاودة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بيننا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصدقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين يمكن فيصا واليه اذا بينت من حجج الشرع والعمل بهما ما يمكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز ويجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخر لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كالأبصار الى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقع معا وهما سواء في افادتهما لان العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لانه أقوى الأثرى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا أناسوا بينا بينهما الماذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن اثباته الا بجملة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والاخر عبة وقبضا من صاحب اليد وأما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت فساكت البينة المثبتة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بائع انهاء والبيع أولى لكونه عقدا ضمان ثبت الملك

نصفين ولو كان في يد أحدهما اقضى له بالاجماع الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله فهما سواء) هذا اذا لم يورثا وأرخا وتاريخهما للعال على سواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى كافي دعوى الهبة مع الشراء اه غايه (قوله والعمل بهما ما يمكن واجب) حسنا للظن بالشهود اه اتقاني (قوله لم يشهد به أحد) أي لانه يجعل الشراء مقدما على النكاح ولم يشهد بتقدمه أحد كما هو فرض المسئلة اه كافي (قوله والرهن لا يثبت) أي بل يثبتا اليد والمالك أقوى من اليد اه (قوله بخلاف الهبة بشرط العوض) أي فانما أولى من الرهن اه اتقاني

للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة قال رحمه الله (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق) أي لو أقام الخارجان البيئته على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخاً أولى فبهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وإنما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وإنما كان أسبقها تاريخاً فبها أولى لأنه أثبت ما ذكره في وقت لا ينازعه فيه أحد وجعل الكرخي هذا القول متفقاً عليه لأن دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لأن ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقاً للملك على ذي اليد فيكون تملكاً من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كالأدعي التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمه الله وأولاه وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخر وفي قول محمد آخر وهو قول أبي يوسف وأولاهو بينهما لأنه لا عبرة بالتاريخ في دعوى الملك المطلق لأنه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالتاريخ والمقصود من اثبات التاريخ إثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لترجح بيئته على بيئته الخصم فإثبات زيادة الاستحقاق لا تصور في دعوى أولية الملك فكان التقدم والتأخر فيسه سواء ولو أترخت احدهما دون الأخرى فهم سواء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المبهم أولى لأن البيئته على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل على ما بيننا ألا ترى أنه يستحق به الاولاد والاكتساب وملك الاصل أولى من التاريخ ولا يبي يوسف رحمه الله أن المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يقين بملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار تطير ما لو ادعى الشراء من واحد ولا يبي حنيفة رحمه الله أن المبهم محتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ فاذا أترخ دل على سبق ملكه فترجح به على الآخر وان لم يؤرخ واحد منهما فهم سواء على ما ذكرناه في أول الباب وكذا اذا أترخت تاريخاً واحداً لعدم المبرح وأما الثانية فلانهم الما ادعى الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له من أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يراجه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما إذا كان كل واحد منهما يدعى الشراء من شخص آخر غير الذي يدعى منه صاحبه الشراء على ما يجي من قسريب ان شاء الله تعالى ولو لم يؤرخا فهم سواء وان أترخت احدهما دون الأخرى فالمؤرخ أولى لما بيننا وان كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو أترخ الآخر ما لم يثبت انه أقدم تاريخاً فحاصله أن هذه المسئلة مثل المسئلة المتقدمة وهي اذا ادعى الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرناه من الاحكام حتى لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء والآخر المهر أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بيننا والجامع بينهما أن المدعين في المسئلة اتفقا يدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحداً قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخاً استتوي) يعني لو أقام كل واحد منهما بيئته على الشراء من رجل غير الذي يدعى الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لأن كل واحد منهما يثبت الملك لباثعه وملك باثعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البائعان وادعى الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخاً دون الآخر فهم سواء لأنه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما إذا كان المملك لهما واحداً حيث يكون أقدمهما تاريخاً أولى لأن ملك باثعهما يثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أترخ أحدهما كان المؤرخ أولى به لما ذكرنا من قبيل ولو ادعى شخص هبة وقبض من رجل وادعى آخر شراء من غيره وادعى

(قوله لملكهم) هو بالافراد في خط الشارح (٣٢٠) اه (قوله ثم رجع عنه) قال القدوري في التبريد ذكر ابن سماعة عن محمد انه

نالت ميرا منهم غيرهما وادعى رابع صدقة وقبض من غيرهم واقاموا البيعة قضى بينهم ارباعا سواء كان معهم تاريخ او مع بعضهم ارم لم يكن لصادقنا منهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى عند المدعى كذا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملانهم مؤرخ وتاريخ ذي اليد اسبق او برهننا على النتائج وسبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد احق) يعني في المسائل الثلاثة اما في الاولى فالمدعى كقول أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بيعة ذي اليد في الملك المطلق أصلا لان البيعة في الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوي فيهما التقديم والتأخر فصارا كأنهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لانهم بائنتان الحدوث وفيه الاقدم أولى مالم يدع المتأخر التلقي من جهة المتقدم وجه قوله ما أن البيعة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبيعة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بيئته ثبتت غير الظاهر وبيعة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبيانات الاثبات فكانت بيعة الخارج أولى مالم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بل احتمال وفيما اذا أرخت بيعة ذي اليد وحدها بخلاف أبي يوسف فإنه يقول بيعة ذي اليد أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يراحم اليقين فصار كما اذا أرخت احدهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بيعة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تضمن هنا الاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد حديث يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها الا اذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما لما بينا أن بيعة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو أرخت احدهما دون الاخرى والمسئلة بمجالها كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكمية فيكون بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله هو للأورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجع بالتيقن واما الثانية وهي ما اذا أقام البيعة على النتائج أو على سبب آخر لا يتكرر فلأن بينهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستوي في الاثبات وترجحت بيعة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة بالتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما المتحد التاريخان أو اختلافهما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى والقياس أن يكون الخارج أولى لانهما استويا في اثبات أولية الملك وترجع الخارج باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبان تهازت البيعتان ويترك في بد ذي اليد على وجه القضاء لان أحدهما كاذب ييقن لاستحالة نتائج رابعة من دابتهين فصار نظيرا الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد ببيعة بعدما أقام الخارج بيعة أنها ناقته تجبها وأقام ذو اليد البيعة أنها ناقته تجبها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فبائنتها يندفع الخارج وبيعة صاحب اليد مقبولة للدفع الا ترى أنهم ما أروا في دعوى الشراء وبيعة ذي اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله لما بينهما من معنى الدفع فكنا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون بيعة الخارج أولى وان ادعى ذو اليد النتائج لان بيعة الخارج في هذه الصور أكثر اثباتا لانها تثبت الفعل

رجع عن هذا بعد عود من الرقة سنة ثلاث ومائتين ومائة وقال الخارج أولى اه اتفاقا (قوله وفيه الاقدم) أي سواء كان البيع واحدا أو اثنين اه (قوله ولو كان المدعى الخ) الخ الحاصل أن الخلاف متحد فيما اذا كان المدعى في أيديهما ووقتا وتاريخ أحدهما سبق وفيما اذا كان في يد أحدهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق (قوله والمسئلة بمجالها) يعني به قوله ولو كان المدعى في أيديهما اه كما في (قوله وهي ما اذا أقام) أي الخارج وذو اليد اه وكتب ما نصسه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي واذا كانت الدابة في يدي رجل فادعى رجل أنها دابته نتجها عنده وأقام البيعة على ذلك وأقام الذي في يديه البيعة أنها دابته نتجها عنده فانه يقضى به للذي هي في يديه أخذ هذا بالسنن والقياس أن لا يقضى لواحدة منهما لانهم متعارضان في الاثبات ونيس أحدهما بأولى من الآخر لكننا نرد القياس بالسنة وهو ما روي محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقه في يدي رجل وأقام البيعة أنها ناقته

تجبها عنده وأقام الذي هي في يديه أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه (قوله لا على وجه القضاء) يعني بخلاف ذو اليد بالخارج على ما سيجي قريبا اه (قوله فيكون مساويا للخارج فيها) أي في دعوى النتائج اه على

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذي ذكره الشارح من الرداعياين ووجهه على (٣٢١) عيسى لو كان عيسى شارحا لكلام محمد أما إذا

كان ما قاله عيسى مذهبا له
لا محمد كيف برده عليه
بذهب محمد أه قارئ
الهداية (قوله يصار إلى
التخليف) أي تخليف ذي
اليد للخارج عند عيسى
وعندنا لا يخلف لأنه يقضى
بهم الذي اليد قضاء استحقاق
اه (قوله وسبب ملك
لا يتكرر) يعني إذا أقام
البيضة على نسج ثوب فيما
لا يتكرر نسجه كغزل
القطن كان ذو اليد أولى
لأن ما لا يتكرر في معنى
النسج وهو لا يتكرر وكذلك
حلب اللبن فإذا أقام كل
واحد منهما البيضة أن هذا
اللبن حلب في ملكه وكذلك
اتخاذ الجبن بأن أقام كل
واحد منهما البيضة أن الجبن
له صنعته في ملكه وكذا
اتخاذ البسود والمرعى أنه
صنعه في ملكه وكذا
الصوف إذا أقام رجل
البيضة أنه صوفه جزء من
نعمته وأقام ذو اليد البيضة على
مثل ذلك كان ذو اليد أولى
اه اتقاني (قوله وذلك
مثل حلب اللبن) أي كما إذا
قال حلب هذا اللبن في
ملكي اه فرشتا (قوله
واتخاذ الجبن والبسود الخ)
قال الاتقاني وكذلك
الغرس وزراعة الجبوب
فتكرر فانه يغرس في موضع
ثم يقطع ويغرس ثانيا وكذلك
الجبوب تزرع ثم تقربل

على ذي اليد وهو العصب وأشباهه انه غير ثابت أصلا وأولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذا البيضة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لأن محمد إذا ذكر في خارجين أقام كل واحد منهما البيضة على النتائج أنه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هولمتا ترنا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما والسواقط في يد الآخر وأقام كل منهما البيضة على النتائج يقضى بها والسواقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك في بكل واحد منهما ما في يده وغيره ما قاله تظهر في التخليف لانهما إذا اتها ترا يصار إلى التخليف ولو أقام الخارج البيضة انه اشترا من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البيضة أنه اشترا من فلان آخر وأنه ولد عنده كان ذو اليد أولى لأن كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بائعه كما انه خصم في اثبات الملك له ولو حضر البائعان وأقاما البيضة على النتائج كان صاحب اليد أولى فكذا من أقام مقامهما ولو أقام أحدهما على الملك والآخر على النتائج كان صاحب النتائج أولى أيهما كان لأنه ثبتت أولية الملك وبعد لا يملك غيره إلا بالتلقي من جهته وكذلك لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيضة على النتائج يقضى له الآن بعد هذا واليد لأن الثالث لم يصرم مقضيا عليه فجاز له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البيضة على النتائج تقبل بيته ويقض القضاء لأن الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئا لأن ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لأن النتاج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه كما يحتمل أن يكون له من الأصل بل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فأمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بيضة الخارج على بيضة ذي اليد فإذا لم يصرم مقضيا عليه في حق النتائج تقبل بيته كما تقبل بيضة الاجنبي لأنه بمنزلة نص تركه بخلاف ما إذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتقال الذي ذكرنا آنفا فصار الأصل أن من صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها والاقضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في الملك إذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن والبسود وحز الصوف والمرعى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الحز والبسود والغرس وزراعة الخنطة والحبوب لأن ثوب الخبز والصوف والشعر إذا بلاية تقض ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لأن البناء والغرس والزراعة تأتي قيم التكرار وان أشكل عليهم يسئل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكوان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكفي والاحوط الاثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لأنه الأصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به إلا ما هو في معناه من كل وجه بشرط أن يبين في الدعوى نصا أن ذلك السبب وبجهد في ملكه حتى إذا قال كل واحد منهما ما وذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو نسجت هذه الدابة عند ذي كان الخارج أولى لأن الانسان ينسج لغريمه وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وأن الدابة ولدت في ملكه فبقى دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى ولا تقبل بيضة ذي اليد حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا جنبي اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذته هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلبتها لبنته ملكي كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبنته في ملكي كان ذو اليد

(٤١ - زي لمي رابع) فتزرع مرة أخرى اه (قوله اذا بلا) كذا بخط الشارح وصوابه اذا بلى قال في المصباح بلى الثوب يبلى من باب تعب بلى بالكسر اه قال الكاكي والخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاقيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج اه

أولى وعلى هذا الوأ قام الخراج البينة أن فلانا القاضى قضى له بها بالبينة وأقام ذوالبيد أنها نتجت في ملكه كان ذوالبيد أولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخراج أولى لان القضاء قد صرح ظاهره ويحتمل أنه اشتراه من ذى البيد فلا يتقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين وأما الثالثة وعى ما إذا أقام الخراج البينة على الملك وأقام ذوالبيد البينة على الشراء منه فلان الخراج أثبت الملك لنفسه بينته وأثبت ذوالبيد التالى منه فلو كان له بحكم التالى منه وإقراره بأنه في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما إذا أقره بالملك صريحاً أذعى بعد ذلك أنه اشتراه منه في زمان يمكن الشراء منه لانه لا تنافي إذا التوفيق يمكن قال رحمه الله (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تارخ سقاً وتترك المدار في يدي اليد) أى لو أقام كل واحد من الخراج وذى اليد أو الخراجين أو ذوى الايدي البينة على الشراء من صاحبه ولا تارخ لهما تارخ البينتان ويترك المدعى في يدي البيد على وجه القضاء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان كانت في يد أحدهما يقضى بالبينتين وتكون للخراج لا مكان العمل بما يجعل ذى اليد مشترياً من الخراج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما أن الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على اقرار الآخر وقبه التهاثر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولأنه يلزم من القضاء ما القضاء لذى اليد مجرد السبب من غير أن يترتب عليه حكمة وهو الملك وذلك باطل لانه يؤدي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الاحكامه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعاً كطلاق الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعاً يخرج من أن يكون سبباً لان سببته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم لذى اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضاء له مجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصاً ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان كان أحدهما أكثر جمع بالزيادة وان اختلفا جنساً رد كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأق القضاء عندهما لعدم الوجوب وعند محمد رحمه الله تأتي لوجوبه عنده ولو شهدا الفر يقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيقى أما عندهما فظاهر على ما بينا وأما عند محمد رحمه الله فلان البيعين وان كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكرا لتاريخ ولا دلالة حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً بخلاف ما اذا لم يذكرا قبض المبيع لانه يمكن هنالك أن يجعل شراء ذى اليد متقدماً لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط أنه يقضى لهم ما عندهم فيجعل القبض المعين آخر القبضين ويجعل ذوالبيد آخر المشتريين كأن الخراج اشترى وقبض ثم باعها من ذى اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضاً فان كان وقت الخراج أسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخراج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخراج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي أن يقضى بها لذى اليد عنده أيضاً فيجعل الخراج كأنه قبضها ثم باعها من باعها وهو ذوالبيد تصحها للعقد وان أثبتا قبضاً يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين لان الخراج باعها من باعها بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بها للخراج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا لان صاحب اليد قبض وقد أثبت شراءه سابقاً فيجعل كأنه اشترى أولاً كما شهد به شهوده ثم باعها من باعها وهو الخراج فيحمل على انه لم يسلم اليه ان لم يشهدوا بالقبض أو سلم اليه ثم عاد اليه بسبب آخر ان شهدوا بالقبض قال رحمه الله (ولا يرجح زيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثره شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثره العلة

(قوله وإقراره) أى وإقرار ذى اليد بالملك للخراج اه
 (قوله وذكر في المحيط) أى وفي الكافي هذا بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما اه قوله هذا أى ما في الهداية اه
 (قوله وان وقتت البينتان في العقار) قيد بالعقار ليظهر غرر الخلاف كما ذكر والله أعلم اه

(قوله في المتن ادعى رجل) لفظ رجل ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله وهذا بطريق المنازعة) قال شيخ الاسلام نحو اهر زاده في مبسوطه اذا كانت الدار في يد رجل ثالث ان لم يقم له ما بينة فانه يحلف ذواليد فاذا حلف ترك الدار في يده لانه لما حلف انقطع دعوها فكانهما لم يدعيا وان اقاما البيعة فيينة كل منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج وبينه الخارج مسموعة على ذي اليد واذا سمعت بيعة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند أي حنيفة على طريق المنازعة ارباعا اصله من سهمين فاجتذت الى النصف فدعى الجميع يدعى الجميع ومدعى النصف لا يدعى الاسمما فقد تفر دمدعى الجميع يدعوى سهم واحد فيكون له بلا منازعة فيبقى سهم واحد استوت منازعتهم ما فيه فيكون بينهما فينكسر فيضعف فيصير اربعة وان شئت قلت اننا نحتاج الى حساب له نصف والنصفه نصف صحيح وأقل ذلك اربعة أسهم اه (قوله ولها نظائر) أي شئ نظائر هار رجل أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بنصف ماله وأجازت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة ارباعا عند أي حنيفة فرضى (٣٣٣) الله عنه وعندهما اثنان بطريق العول اه

(قوله وأضداد) يعني به الخلف على العكس كدبر قتل رجل خطأ وآخر عدا وله وليان فعفا أحد وليي العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليي الخطا والذي لم يعف من وليي العمد عنده اثنان على طريق العول وعندهما ارباعا على طريق المنازعة اه وكتب مانصه قال في شرح الاقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرع من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة فقهنا صاحب النصف يدعى النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهم ما فيه فيقتضى بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف

لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها بان كان أحدهما متواترا والآخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجمل فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلاهما ورثنا فلا دل ولا ربهما والباقي للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهم في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم مدعى الكل ثلاثة ارباع ومدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وقال تقسم الدار بينهما اثنان فالثلثان مدعى الكل والثلث مدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما اثنان على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضداد بينهما مختصرا فنقول ان جنس القسمة على اربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بعمادون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسله والسعيانية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة ففوضلى باع عبد الغيره من رجل وفوضلى آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فأختار المشتريان الاخذ فيكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولين اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احدها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كلاهما وهي مسألة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند أي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبد مذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحداهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا

الزيع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم يسهمه فجميع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام فلهنا صاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى النصف فيحتاج الى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعى سهمين وصاحب النصف يدعى سهمين فيقسم بينهما على ذلك اه اتقاني (قوله الميراث) كافي امرأته ماتت وترك زوجا وأختا لاب وأم وأختا لاب للزوج والنصف وللأخت لاب وأم والنصف وللأخت لاب السدس تكية للثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة اه اتقاني (قوله والديون) اذا اجتمعت وضائق التركة عنها اه كرجل مات وترك ألفا لرجل عليه ألف درهم ولاخر عليه خمسمائة فالالف بينهم اثنان على طريق العول لان حقهم كان في الذمة ثم انتقل الى العين اه اتقاني (قوله اذا اجتمعت وزادت على الثلث) أي بان أوصى لرجل بثلاث ماله ولاخر بربع ماله ولاخر بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الى الثلث اه (قوله والعبد) أي اذا أوصى بان يعتمق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اه (قوله فأجاز المولى البيعين) يخير المشتريان فان اختار الرذولا كلام اه (قوله وليس له مال غيره) أي وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اه (قوله على الخلاف الذي ذكرنا) أي في أخذ المولى ثلث الثمن والاخبي ثلثيه اه

(قوله كان بينهما على الخلاف) أي عنده أثلاثا وعندهما أرباعا وان فدا المولى بقديه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريك العاقب وعشرة آلاف لولي الخطأ اه (قوله في المتن ولو كانت في أيديهما) سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها الأعلى وجه القضاء وهذا لفظ القدوري وذلك لأن الدار في أيديهما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف (٣٣٤) ثم دعوى مدعى النصف تنصرف إلى النصف الذي في يده دون النصف الآخر

لأنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصبا في أملاك النصف الذي في يده وأمر المسلمين بحب حملها على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مدعى الكل والنصف الذي في يده مدعى الجميع سلم له الأعلى طريق القضاء لأنه لا منازع له فيه فإن لم تقم لهما بينة فإنه يحلف مدعى النصف لمدعى الجميع ولا يحلف مدعى الجميع لمدعى النصف لا يدعى لنفسه شيئا مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى النصف الذي في يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف فإن حلف انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين فبعد الحلف كذلك اه اتفاق (قوله في المتن وإن أشكل) أي أن لم يظهر سن الدابة اه قرشتا (قوله وإن خالف سن الدابة التاريخي) أي في دعوى الخارجين اه (قوله

والثانية إذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقسمان عنسه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عبدا ولقتول عبدا وليان فعفا أحدهما فدفعت بينهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الخاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولها وأجنبيها عبدا أو سكر واحد منهما أو وليان فعفا أحدولي كل واحد منهما على التعاقب فاتفقوا في ثلاثة أرباع قيمتها فقس بين السالكين فيعطي الربع لشريك العاقب في النصف الآخر بينه وبين شريك العاقب أو لأثلاثا ثلثا لشريك العاقب أو لثلاث لشريك العاقب آخر النصف الآخر بينهما أرباعا ثم الأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثابت في العين على وجه الشروع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة طلق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والأصل عندهما أن الحقين متى تبا على الشروع في وقت واحد كانت القسمة على العول وإن تبا على التمييز وفي وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الأصول وتعام تفرعها مذكور في شرح الزيادات لقاضيخان قال رحمه الله (ولو كانت في أيديهما فمضى للثاني) أي لو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئلة بمجالها كانت كلها لمدعى الكل لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده لم تكون يده مدعى محقة لأن حمل أمور المسلمين على العجزة واجب ولولا ذلك لكان ظالمًا بالأمسالة فاقترضت دعواه على ما في يده ولا يدعى شيئا مما في يد صاحبه ومدعى الكل يدعى ما في يده نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد في يده فبترك في يده الأعلى وجه القضاء واستوت منازعتهم ما في يده صاحبه فكانت بينته أولى لأنه خارج فيه فيعضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك الأعلى وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال رحمه الله (ولو برهننا على نتائج دابة وأرتقاض لمن وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنهما فترجحت بينته بذلك وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها لافرق 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 النتائج من غير تباريح حيث يحكمهم الذي اليدان كانت في يد أحدهما أو لهما ان كانت في أيديهما أو في يد ثالث قال رحمه الله (وان أشكل ذلك فلهما) أي ان أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين يقضى لهما بالان أحدهما ليس بأولى بهما من الآخر وهذا إذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث وكذا إذا كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما قضى بها لصاحب اليد لأنه لما أشكل الأمر سقط التاريخان فصار كأنهم لم يؤرخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البيئتان لأنه ظهر كذب الفريقين فبترك في يد من كانت في يده والأصح أنهم لا يبط لأن بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضى بها الذي اليدان اعتبارا ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لأن في اعتبارهما اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كأنهم ما ذكر التاريخ من غير تباريح وفيه صاحب اليد أولى ان كانت في يد أحدهما والافهسي بينهما كما إذا أشكل في موافقة سن أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد والأول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ

والأول ذكره الحاكم) أي وهو المراد بقوله سابقا بطلت البيئتان اه قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضى بها لصاحب اليد ثم قال الحاكم الصحيح أن تبطل البيئتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين لأنه لم يثبت الوقت فصارا كأنهم لم يوقتا وفي رواية أبي الليث الخوارزمي إذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبيئتان باطلة لأنه ظهر كذبهما إلى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقدم مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فان كان على غير الوقتين او كانت مشكلة فاني افضى بينهما نصفين ثم قال هكذا ذكر محمد ثم قال
 قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم جوابا لاحدى المسئلتين وهي قوله او كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة فيحصل ان يكون من الذابة
 موافقا للوقت كل واحد ومخالفا للوقتين بكذا بحد الفريقتين وقد استوفى في الدعوى والخجة فيقتضى بينهما نصفين فاما متى كان على
 غير الوقتين فانه لا يقضى لهما بشئ لان القاضي يتيقن بكذا شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع
 ايضا ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روي ابو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل قال اذا كان سن الذابة مشكلا يقضى
 بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ ويترك في يد ذي اليد قضا متركة فكأنهم عالم بقبول البيعة ومنهم من يقول بان الالف
 في قوله او كانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب فكأنه قال وان كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني
 يجوز ان يكون موافقا للوقتين ويجوز ان يكون مخالفا فاما متى كان مخالفا للوقتين (٣٢٥) يقين فانه لا يقضى لهما بشئ ويترك

في يد ذي اليد كما في حالة
 الانفراد اذا خالف سن
 الذابة الوقت يقين فيحصل
 ما ذكر محمد على أحد هذين
 التأويلين كذا قال شيخ
 الاسلام خواهر زاده في
 مبسوطه اه اتقاني (قوله)
 لان الوديعه تصير غصبا
 بالجود أي فصار دعوى
 الوديعه والغصب سواء اه
 (قوله فانه يختص بالملك)
 أي فصار كالتنازع في الدار
 أحدهما سا كنه او الآخر
 أخذ بملقة الباب أن
 الساكن أولى وكذلك اذا
 تنازعا في بيع وعليه حمل
 لاحدهما كان صاحب
 الحمل أولى لان ههنا ظاهرة
 وتصرفا اه اتقاني (قوله)
 حتى جازت الشهادة (له) أي
 اصحاب السدا اه (قوله)
 وكذا لو كان أحدهما الخ
 قال الامام الاستيعابي في

وليس بشئ قال رحمه الله (ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعه استويا) معناه اذا
 كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البيعة أحدهما بالغصب والآخر بالوديعه استوت دعواهما
 حتى يقضى بهما بينهما نصفان لان الوديعه تصير غصبا بالجود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع
 الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جود على ما بينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله
 (والراكب واللابس أحق من أخذ اللجام والركم) معناه اذا تنازعا في دابة أحدهما راكبا والآخر متعلقا
 بلجامها أو تنازعا في قبض أحدهما بالابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس أولى من المتعلق
 باللجام والركم لان تصرفهما أظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحب يد والمتعلق خارج فكأننا أولى بخلاف
 ما اذا أقاما البيعة حيث تكون بيعة الخارج أولى لانها حجة مطلقا وبيعة الخارج أكثر ثباتا على ما بينا وأما
 التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمسك من التصرف على انه كان في يده واليد دليل
 الملك حتى جازت الشهادة بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجع وكذا لو كان أحدهما راكبا على
 السرج والآخر يديقه قاله كان الراكب أولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا
 كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما الاستواء في التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها
 والآخر متعلقا بلجامها قالوا ينبغي أن يقضى بهما ان يمسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبيا الا المالك
 بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم
 الاستواء بينهما لانظر في القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس الأتري أنه يصير
 بهما خاصا بالثبوت يده عليه ولا يصير غصبا بالعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما
 بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا في حيث لا يحكم لهما بها الاحتمال أنهم في يد غيره ما وهنا علم أنه
 ليس في يد غيره ما قال رحمه الله (وصاحب الحمل والجذوع والاتصال أحق من الغير) يعني الأول أن
 يتنازعا في دابة وعيها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف في المعتاد فكانت
 في يده كما اذا اتى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبا والآخر مسك بسكانها وأخر يجذف فيها وأخر
 يدها فهي بينهم الا من يدها فانه لا شئ له فيها فانه لا يده فيها لان الباقي هم المتصرفون فيها التصرف
 المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما الاستواء ولا يرجح بكثرته ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع

شرح الطحاوي ولو كانا جبارا كبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضى بالذابة بينهما بالاجماع وروي عن أبي يوسف أنه
 قال يقضى بالذابة للراكب في السرج الى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر المعلى
 رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر يديقه فادعيا الذابة فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان
 فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس أن الذابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما
 راكبا في السرج والآخر يديقه فالراكب أولى من الوديقة فذلك على رواية النوادر اه اتقاني (قوله دليل على تقدم يده) أي ولان
 العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون يديقا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعلق بالذنب) أي فانه قد
 يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجلوس ليس يدها به) وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اه اتقاني (قوله والآخر مسك
 بسكانها) قال في المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

(قوله الهراذى) الهراذى جمع الهردية تصبغات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب لكن صحح في الديوان الهاء والخاء جميعا وقال في الصحاح الحردى القصب ينطى معرب ولا يقال الهردى وروايت في نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى الحراذى بالخاء وقال صاحب الجهرة في باب الخاء والبدال والراء ما الذى يسميه البصريون الحردى من القصب فهو ينطى معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضا الحردى واحد حردى القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والخاء جميعا والرواية في الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالخاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبجى في شرح الكافى واذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان ابا حنيفة قال اذا كان لاحدهما عليه جذوع وليس للاخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه في يد (٣٣٦) صاحب الجذوع يعنى به اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان

الحائط ما بين الاله وصار كائنين تنازعا في دابة أحدهما انا كبها والاخر أخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانها في يده وللاخر بها نوع تعلق كذا حنا فان كان له عليه هراذى أو بوارى لم يستحق بها شيئا وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعماله لانه يخى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهراذى لكنه لا يؤمر برفع الهراذى والبوارى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللاخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان في يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوت عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفي الحائط والآخر في الطرف الاخر في الحائط لاحدهما الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مربية بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التبريع اقل على سبق البدن وضع الخشب على الجدار لانه اذا وضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا فنى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتبريع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانه ثبوت اليد لا يكون مطلقا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملو كالغيره فلم يكن هذا من ضروراته ٨١ اتقاني

بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثاني أن يكون حائط عليه هراذى لرجل ولاخر عليه جذوع أو متصل بينهما فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهراذى لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهراذى متعلق والبناء بيني الجذوع قاعدة لا لوضع الهراذى فصارت نظيرة دابة تنازعا فيها ولا حدهما عليها حل والآخر كوزة ملقى أو مخللة معلقة فانها تكون لصاحب الحامل دون صاحب الكوزة والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في ابن جداره ولبن جداره في ابن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مراكب على ساج الآخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بانهم ما واحد في وقت واحد فترجع به وكان الكرخى رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بجناطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير من بعضه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شئ واحد والمروى عن أبي يوسف رحمه الله أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بجناطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا رحمه الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مراكب في الآخر وأما اذا تقب وأدخل فلا يكون مراكب عابرة به ولا باتصال الملازمة من غير تربيع لعدم المدخلة فلا يدل على أنه ما بنيامعا ولا بوضع الهراذى ولا البوارى لان الحائط لا يبنى لاجله عاقمة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر أصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حائط واحد هراذى ولا شئ للاخر فهو بينهما اذا علم أنه في أيديهما ولا يرجح صاحب الهراذى لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التبريع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البناء للتسقيف وهو بالجذوع ودون الهراذى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل محتمل أنه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان في يده والقول قول صاحب اليد فصارت نظيرة الحبل على الدابة ولان الحائط بيني الجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح أن يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما استواءهما في أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا أن يبلغ ثلاثا لأن الحائط تبنى التسقيف وذلك لا يحصل بحدود الثلاث غالباً فصارت الثلاث كالتصايب له ولو كان عليه جذوع

ثبوت عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفي الحائط والآخر في الطرف الاخر في الحائط لاحدهما الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مربية بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التبريع اقل على سبق البدن وضع الخشب على الجدار لانه اذا وضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا فنى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتبريع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانه ثبوت اليد لا يكون مطلقا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملو كالغيره فلم يكن هذا من ضروراته ٨١ اتقاني

(قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه) قال الاتقاني رحمه الله ثم اختلف أصحابنا (٣٢٧) المتأخرون على الزاوية التي لكل واحد منهما ما

تحت خشبته في حكم ما بين
الخشب قال بعضهم هو
بينهما نصفان لانه لا يد
لاحدهما ما فيه فلم يكن
أحدهما بأولى من الآخر
كرجلين تنازعا في دار وفي
يد أحدهما بيت منها وفي يد
الآخر بيتان أن السابق
بينهما نصفين كذلك ما بين
الخشب ومنهم من يقول
ذلك بينهما على قدر خشب
كل واحد منهما لأن صاحب
الخشب الكثير مستعمل
للخائط أكثر من استعمال
الآخر فاعتبر مستعملا لما
بلى الجذوع وهو المراد بقوله
وقيل على قدر خشبها حتى
يكون لصاحب الجذوع
خمسان ولصاحب الجذوع
الثلاثة ثلاثة الأجزاء اه
(قوله ثم من أصحابنا) أي
القائلين بهذا القول
اختلفوا بعد ذلك اه قوله
القائلين بهذا القول الخ
أعنى القول بأن لكل واحد
منهما ما تحت خشبته اه
(قوله والتصرف أقوى
في الدلالة على الملك) أي
كما لو تنازع الدابة راكب
عليها ومعلق بالعامها اه
(قوله وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال الخ)
وكون صاحب الاتصال
أولى من صاحب الجذوع
هو الذي جزم به الاتقاني
ولم يحك قول الآخر غيره وقد

لاحدهما ما ثلاثة وللاخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحسانا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والقياس
وهو مروى عن أبي حنيفة أن يكون بينهما نصفين لأن الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان
فيه كما إذا كان لهما حمل على دابة لأحداهما ثمن وللآخر من أو منوان فأنهما بينهما نصفان ووجه
الاستحسان أن مادون الثلاث حجة ناقصة إذ لا يبنى الخائط لأجل الواحد أو الاثنين عادة والحجة الناقصة
لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذوع الواحد والأثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانه لا يحكمنا بالخائط
لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لئلا يستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما إذا ثبت الخائط له
باليد حيث يؤمر بالقلع لأن اليد حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق
بما ثبت ملكه باليد بخلاف ما إذا تنازعا في دابة ولاحداهما عليها حمل وللآخر كوزمعلق أو نحوه حيث
يؤمر بالقلع وإن كان استحقاقه باليد ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير
ابتداء ثم إذا وانما يمكن مؤقتا من جهة المالك فإذا أظهر الاستحقاق أمر بالازالة وأما وضع الخشب
فيمكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه يملك ذلك الموضع
أم لا فذكر في كتاب الاقرار أن الخائط كله لصاحب الاجزاء ولصاحب القليل ما تحت جذعه برده
حق الوضع لأن الخائط لا يبنى لأجل جذع واحد أو جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له
بالمالك كمسئلة الدابة إذا كان لأحداهما عليها حمل وللآخر كوزمعلق على ما بيننا وذكر في كتاب الدعوى
أن الخائط بينهما على قدر الاجزاء لأن موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار
الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا
من قال يحكم بين الخشب بينهما على قدر الخشب وأكثروا على أنه لا يملك صاحب الخشبة
أو الخشبتين الاموضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال يقسم جميع
الخائط بينهما على قدر خشبهما باعتبار القدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار أصح
وقال قاضي بخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى وإن كان
لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع أولى لأن له تصرفا في الخائط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال أولى لأن الخائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بأكمله ثم
يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما بيننا وصح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لأن التربيع يكون
حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصارت نظير سبق
التاريخ إلا أنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بيننا ولا فرق في هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من
الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الايدي في الخائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع
واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الخائط سوى هذا فأولاهم
صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لأحداهما جذع
واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه قيل هما فيه سواء لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذوع
أولى لان الخائط قديني بمذوع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لأحداهما عليه هراي أو واري
ولا شيء للآخر فهو بينهما والهراي لا تعتبر ولا الواري وفي فتاوى قاضي بخان ان كان لأحداهما عليه
جذوع واحد ولا شيء عليه هراي أو واري أو لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذوع قال رحمه الله (نوب
في يده وطره في يده آخر نصف) يعني لو تنازع الشخصان في نوب في يدها أحدهما وطره في يده الآخر كان
بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابتة في النوب لأن أحدهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب

تقلت عبارته أول المقالة عند قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها اه (قوله ولا فرق في هذا الى قوله على ما ذكره الطحاوي) الخ أنه
المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها لفظه صح اه

(قوله لانه اذا كان يعبر عن نفسه) أي يتكلم ويعقل ما يقول اه اتقاني (قوله فلا يعتبر من الصبي) أي كقراره بالدين كالطلاق والعتاق اه (قوله بخلاف الاقرار بالدين) أي لانه مما لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق اه (قوله فكانت غير ثابتة حكماً) أي فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لان يده ليست يد غيره فتكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكم انتصح الدعوى منه اه (قوله وان كان لا تثبت) الذي بخط الشارح وان كان ألا تثبت عليه (٣٣٨) يد غيره اه (قوله في المتن فالساحة نصفان) بالخاء وهي عرصه في الدار أو بين

يديها اه قارئ الهداية من خطه وكتب على قوله فالساحة نصفان مانصه وذلك لانهما استويا في استعمال الساحة في المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانها لم تكن في يد أحدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اه اتقاني وكتب أيضاً مانصه قال في شرح الطحاوي ولو كان العلو في يد أحدهما والسفل في يد الآخر والسااحة في أيديهم ما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعي الجميع تترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والسااحة لصاحب السفل واصحاب العلو حتى المرور في رواية وفي رواية أخرى السااحة بينهما نصفان وان أقام البينة يقضى بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والسااحة للذي قضى له بالسفل على الرواية التي

الترجيح لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كل ما تنازعنا في دابه ونهنا عليها جل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يمتد بتفاوت الجمل حتى اذا كان لاحدهما من وللا خرمائة من كنت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد أحدهما الهداية وبالساق في يد الآخر لان الهداية ليست بثوب اذهي غير متسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يراحم الآخر قال رحمه الله (صبي يعبر فقال أنا حرق القبول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يده فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره الا بينة كالبالغ قال رحمه الله (ولو قال أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده) أما الاول فلأنه أقر أنه لا يذله حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به هنا لاننا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحربة لانه لما صار في يد المدعي بقى كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحربة اذا تناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الأدمى الحربة لانه ولد آدم وحواء عليهم ما السلام وهم احقران فوجب أن لا يقبل دعوى الرق الا بينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كالقبط حيث لا يقبل قول الملقط أنه عبده وان كان في يده لا نأقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد لدليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم أن اللقبط اذا أقر بالرق بعد أن كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملقط من كل وجه لانه أمين فيه والأمين يده فائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكماً وأما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلأنه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يدعي نفسه حقيقة أو حكماً وهذا لان الاصل في الأدمى وان كان لا يثبت عليه يد غيره كراماله حتى لا يكون مهانا كالقماش واليهاء لم يكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين اما بالصغر حقيقة أو بالرق حكماً فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحربة لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال رحمه الله (عشرة آيات في دار في يده ويبت في يد آخر فالساحة نصفان) لان السااحة محتاج اليها الملاك لاستعمالها في أنواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما في ذلك سواء فتصنف بينهما فصار نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعنا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر ارضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقى الارض فعند كثرة الاراضي تكفى الحاجة اليه فيتمه بدر بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالسااحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرو في الطريق قال رحمه الله (ادعى كل أرضاً أنها في يده ولين أحدهما فيم أوبى أو حفر فهي في يده كالمرو من أنها في يده) لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما أنها في يده فلا بد من اقامة البينة أنها في يده أو من التصرف فيها كالتأمين أو البناء أو الحفر لان التمكّن من هذه الاشياء دليل على أنها في يده ثم ان ادعيا أنها في أيديهم ما لم

قال السااحة لصاحب السفل وعلى الرواية التي قال يكون بينهما يقضى بما في يد الآخر وبما في يد الآخر اه اتقاني يقض (قوله في المتن ادعى كل أرضاً أنها في يده ولين الخ) قال في الهداية وان كان أحدهما قدينا في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده وصوره المسئلة في أصل الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في أرض صحراء ادها جاران كل واحد منهما يدعى أنها في يده وأحدهما لبن فيها بساوهو فيها أو حفر فيها أو بنى فيها بناء قال هي في يد الذي أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالمرو كسب على الدواب والبس في الثياب كذا ذكره في الاسلام اه اتقاني

(قوله فنكل أحدهما) يقضى عليه بكلها المعالف بعضها الذي كان في يده وبعضها الذي كان في يده صاحبه لتكوله ولو كانت الدار في يده ثالث ثم تزعم من يده لأن تكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ كي (قوله ويرى كل منهم ما عن دعوى صاحبه) أي ويوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال اهـ قارئ الهداية (قوله ما لم يقيم البيعة على الملك) فكل شيء في أيديهم ما سوى العقار إذا طلبا القسمة فإن القاضي يقسمه من المشايخ من قال ما ذكره هنا قول أي حنيفة أما على قوله ما في العقار أيضا يقسم وإن لم يقيم البيعة على الملك وجعل هذه المسئلة فرعا للمسئلة ذكرها في القسمة إذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم (٣٣٩) فإنه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البيعة

يقض به بالبيعة لاحتمال أنهما في يد غيرهما وإن ادعيا أنهما في يد أحدهما فكذلك لأنه يمكن أنهما تواضعا على ذلك لكن ليس للمقرآن ينازعه في السيد لا قراره أنهما في يد صاحبه وإقراره في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا أنهما ليست في يد صاحبه فنكل أحدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما ما فيها الذي في يد صاحبه لصحة إقراره في حق نفسه وإن حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها ويرى كل منهما عن دعوى صاحبه وإن أقام أحدهما البيعة أنما في يده قضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وكذا إن بين أحدهما أو بين أو عرس أو فعل شيئا آخر مما يدل على أنهما في يده وإن أقاما البيعة على اليد قضى به لهما فإن طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيم البيعة على الملك قبل هذا قول أي حنيفة وعندهما تقسم بناء على أن الورثة إذا كانت دار في أيديهم قسمها بقولهم إنهما ميراث عندهما وعند أي حنيفة رحمه الله أنه لا يقسمها حتى يقيموا البيعة أنه مات وتركها ميراثا بينهم والله أعلم بالصواب

باب دعوى النسب

قال رحمه الله (ولدت مبيعة لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فأدعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري معه أو بعده) وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري وهو القياس لأن أقدمه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه إذ هو اعتراف منه بجواز ولأن المسلم لا يباشر الباطل ظاهر أفاضل في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل إذ التناقض يبطل الدعوى فصار كالأودع أو البائع أو ادعى هو اعترافها أو تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان أن مبنى النسب على الخفاء فيعني فيه التناقض فتقبل دعوته إذا اتقن بالعسوق في ملكه بالولادة لأقل من ستة أشهر لأنه بمنزلة إقامة البيعة بل فوقها وهذا لأن الإنسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له أو قد يظن أن العلوق من غيره ثم يعلم أنه منه فبذم في التناقض كالزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب كاللعان والاختلاف في البيعة أن الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكل كاتب يقيم البيعة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فأن يثبت ما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليهما لأن الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتناق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتناق والتدبير بعد البيع لأنه فعل نفسه فلا يفتني عليه فلا يعذر ولأنه يثبت كذبه في الكلام الأول لاحتمال كذبه في الثاني فلا يفتني البيع بالاحتمال حتى لو أقام البيعة بالاعتناق أو التدبير تقبل بيئته لتيقننا كذبه بنبوت الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لأن شرط صحة دعواه نبوت ولاية الدعوة من وقت العسوق إلى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد وإذا صححت الدعوى من البائع استندت إلى وقت العلوق لتكونها دعوة استيلاء فظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطان البيع ولأن المشتري

على الميراث وعندهما يقسم من غير إقامة البيعة فإن كانت مشتراة فإن اشتريتاها من فلان وطلبا القسمة فإنه يقسمها بينهم عند الكل في ظاهر الرواية فإن لم يقيموا البيعة فعند أي حنيفة إذا كان لا يقسم في الميراث بدون البيعة وهذا العقار يحتل أن يكون موروثا بينهما ويحتل أن يكون غير موروث لا يقسم احتياطا وعندهما يقسم بدون البيعة فهنا أولى ومنهم من قال ما ذكره هنا قول الكل فلا يقسم لأن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتسكيل المنفعة وقسمة بحق البدل لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج إلى الحفظ فلم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان في أيديهما شيء سوى العقار يقسم من غير إقامة البيعة لأن ما سوى العقار محتاج إلى الحفظ والصيانة اهـ اتقاني رحمه الله (قوله قبل

هذا) أي قال بعض المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية

باب دعوى النسب

قال الاتقاني لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقد قدم الأول لكونه أهم لكثرة وتوعه اهـ ثم قال الاتقاني والدعوة إلى الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسرة هذا أكثر كلام العرب فأما عدى الراء فيفتنون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رأيت في أمالي ثعلب وكذا ذكر الجوهري أيضا اهـ (قوله طلقها ثلاثا قبل الخلع) أي أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الطلاق عليهم من غير عملها اهـ عمادي

(قوله أو بعده) وانما ذكر الضمير بتأويل الادعاء ومجذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه اه من خط الشارح (قوله حيث لا تصح دعوته في الام) قال الاتفاقى ثم اذا مات (٣٣٣) الولد تعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت ابتداء للبت ولا عليه واذا لم يثبت

النسب لم يثبت الاستيلاء لانه فرع النسب وكانت الام بجهاها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكفاي اعنى الولد أو دبره أو قتل عبده فأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم يصدق على ذلك لانه بطلت محلبة الدعوى بالهلاك إذ النسب ليس بأمر مقصود بعد الولادة وكذلك العتق والتسدير تصرف لازم لا يمحتمل القسح فتعذر تصحيح الدعوة في الولد واذا لم يصح في حق الولد لم يصح في حق الام لانها تابعة الا اذا صدقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالامر الظاهر ولو لم يقتل الولد ولكنه قطع يده فأخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البائع فانه يصدق على الدعوة ويرد البائع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانتفى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق في حقها وكذلك لو كان القطع في الام وكذلك لو كان رجس ففأعني الولد فدفعه المشتري وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع فدعوته جائزة ويرد الثمن على المشتري ويرجع الجاني

لم يدفع الثمن اليه الا لئلا يسله المبيع فاذا لم يسله لم يرجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع أو بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه أو بعده لان دعوة البائع أسبق لانها تستند الى حالة العلق لكونها دعوة استيلاء لوجود العلق في ملكه ودعوة المشتري دعوة نحر براد العلق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بتبوتيه من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان ادعاه المشتري معه أو بعده عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري أو لا ثبت نسبه منه لوجود المحجوز لادعوه وهو الملك ألا ترى أنه يجوز اعتاقه واعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضا لحاجته الى النسب والى الحرية وثبت لها أمومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب بتبوتيه من المشتري ولان النسب لا يمحتمل الا بطلان فيبطل به حق استحقاق النسب البائع ضرورة قال رحمه الله (وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد) يعنى اذا ماتت الام فادعى البائع الولد وقد جاءت به لافل من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا ماتت الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل في الباب والام تبع له فيه ألا ترى أنها تضاف اليه فيثبت نسبه أو لا فيعتق فمتبوعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وقال عليه الصلاة والسلام من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبره رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوة الولد دون الام وهي تدخل تبعاً فكان الثابت أقوى والادنى يتبع الأقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتمد بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا ماتت الام دون الام حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعده وموته ولم تعذر بعده موتها فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند أبي حنيفة رحمه الله لانه تبين أنه باع أم ولده ويبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان ما ليتها غير منقومة عنده كالحرق ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان ما ليتها منقومة عندهما فضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فاذا رد الولد ونهى يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد ثلاثا ليجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسل له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده ويبع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله قال رحمه الله (وعتقهما كوتهما) أى اعتاق المشتري الام والولد كوتهم ما حتى لو أعتق المشتري الام دون الولد فادعى البائع أنه ابنه صححت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا أن الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تنتفع الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق ما زما لانه لا يمحتمل النقص بعد تبوتيه كالتنسب فصار اعتاقه كدعوته أنه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاد وهو كالتنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاه المشتري ولان البائع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاء وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاتفاق لانه لا يمحتمل النقص لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو امتناع التملك فصار كالاتيلاء ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمتنع

على المشتري بالقيمة التي أعطاها ولا يكون للعيشين أرش على الجاني وقال أبو يوسف ومحمد على الجاني ما قصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيسترد سلامة الجاني وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان محقق عندهما فيجب بالضمان وكذلك لو فاعين الام اه (قوله ثم ان قام هذا المانع) أى وهو الاعتاق والتدبير اه

فثبتت

(قوله فكذا العتق) قال في شرح الكفاي ولو كاتب الام أو باعها أو وهبها أو رهنها أو آجرها أو وزجها أبطلت جميع ذلك ووردتها الى البائع لان هذه التصرفات مما يحتمل النقص بعد صحتها فلأن ينقض عند ظهور عدم الصحة أصلاً أو لى اه اتقانى (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقانى أى لا يلزم من عدم صحة الاستيلاء عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كفاي ولد المغرور فانه حر باقمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الاسواق اه (قوله وصححه) قال الاتقانى وقد ذهب (٣٣١) صاحب الهداية في هذا الى ما ذهب اليه

شمس الأئمة السرخسي
وسماه الصحيح ولكن هذا
على خلاف ما نص عليه
محمد في الجامع الصغير وغيره
وقدمه آتفا اه (قوله
ولا تصير الامة أم وولده) أى
لان تصادقهما أن الولد
من البائع لا يثبت كون
العقوق في ملكه لان البائع
لا يدعى ذلك وكيف يدعى
والولد لا يبق في البطن أكثر
من سنتين فكان حادثاً بعد
زوال ملك البائع واذا لم يثبت
العقوق في ملك البائع
تكون دعواه هنا دعوة
تحرير وغير المالك ليس
بأهله اه (قوله فلا ينفذ
الافى الملك) أى فلم يعتق
الولد اه (قوله ثم اعلم أن
الدعوة هنا الخ) قال الاتقانى
رجه الله ثم اعلم أن الدعوة
على ثلاثة أوجه دعوة
استيلاء ودعوة ملك ودعوة
شبهة أمد دعوة الاستيلاء
فانم دعوة فوه تفنذ في
الملك وغير الملك بشرط أن
يكون أصل العقوق في
ملكه لان الحرمة تستند
الى وقت العقوق وتوجب
هذه الدعوة فسخ ماجرى

فثبت نسبه من البائع ولا نصير أمه أم وولده لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي أن يبطل
اعتاق المشتري لان نسب الولد ثبت مستنداً الى وقت العتق فليس أنه باع أم وولده فلم يملكها المشتري فيبطل
الاعتاق كولو ولدت الميمنة وولدين في بطن واحد فاعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه
ثبت نسبه آمنه وبطل عتق المشتري لانهم يملكه ضرورة أنهم ما خلقا من ماء واحد ولهذا تبطل سائر
تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت
النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المتكوجة ولا تصير أم وولده
له بخلاف التوأمين لانهم ما خلقا من ماء واحد فثبت لاحدهما من الاحكام ثبت الآخر ضرورة ثم اذا لم
يبطل عتق المشتري في الام قبل البيع بردين الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرتد ما يخص الجارية بالاجماع
هناؤذ كرا نرقى لابي حنيفة رجه الله في الميسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البائع فيها يرتجع
الثمن عنده وهنارتد ما يخص الولد فقط والفسر في أن في الاعتاق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم
ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقى البيع صحيحاً فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل
الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبراً في حقه اذ لم يكن مكذباً بامر عا ف يرتجع الثمن وفي
الاعتاق يرتجعه الولد ثم جعل هنا للولد بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البائع بسبيل
من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من
الثمن اذا استملكه البائع وقد استملكه هنا بالدعوة ولو كونه مستخر جامن العقد ومن المشايخ من قال يرتد
البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رجه الله كفاي فصل الموت لان أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن
بالعقد فهو أخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو مخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع
الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتماقه بل يرتجعه الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما
بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة
فعتبر برفقته عند ذلك قال رحمه الله (وان ولدت لا أكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع الا أن تصدقه
المشتري) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلدا لا أكثر من ستة ننتين من وقت البيع فكذلك أنه
لا تصح دعواه لعدم العقوق في ملكه بيقين وهو الصحيح الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحتمل على
الاستيلاء بالنكاح لثبته نسبا أن العقوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة أم وولده
لان العقوق حدث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير
فلا ينفذ الا في الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير والثاني أن تلدا لا أكثر من ستة أشهر من وقت البيع
ولا قل من سنتين منه فحكه أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضاً لاحتمال العقوق بعد البيع فلم يوجد الصحيح
فيه يقين فلم يصح الا أن يصدق المشتري حينئذ يثبت نسبه ان تصادقهما فيه وتصير الامة أم وولده تبعاً للولد
ويبطل البيع لاستناد العقوق الى ما قبل البيع لامكانه فيثبتين أنه باع أم وولده وهذا لان هذه الدعوة دعوة
استيلاء فستند ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالأب يدعى

من العقود اذا كان محلاً للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة الملك أن لا يكون أصل العقوق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير
الملك لان الحرية تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ماجرى في العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة الملك
كدعوة الاب والجارية ابنة وانما تصح بشرط أن يكون ملك الابن فاعلم في الجارية والولد من وقت العقوق الى وقت الدعوة لان حق التملك
ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لانه لا ملك الاب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعوته لحق ثبت له في مال
الابن مقتضى الدعوة سابقاً عليه ثم يستند الى وقت العقوق كفاي حقيقة الاستيلاء يثبت له الملك في مال ابنة سابقاً على الاستيلاء فيصحبها

فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلق الى وقت الدعوة لينبت له الحق في ماله فكيف الدعوة ثم اعلم أن البائع أو المشتري اذا ادعى ولد الجارية البيعة فلا يخلو امانا ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لستة أشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع أو جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم وكل وجه من الوجة الثلاثة على أربعة أوجه امانا ان ادعى البائع وحده أو المشتري أوهما جميعا معا أو على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فاتعاه البائع وكذبه المشتري صححت دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري ان كان نقدا وقال زفر لا تصح دعوة البائع اذا كذبه المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال ملك المشتري فلا يصدق عليه من غير تصديقه ولان اقدمه على البيع اعتراف بان الولد عبد نصار متاقتضا في دعونه ودعوى المناقض مردودة الأثرى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح وكذا لو ادعاه بعدما ادعاه المشتري أو أعتقه المشتري أو جاءت به استة أشهر فصاعدا وجه الاستحسان أن علق الولد في ملك المدعي يبين بمنزلة البيعة العادلة حكما في حق ثبات النسب وحرمة الولد من الاصل وصيرورة الجارية أم ولده استدل لا بالاب ادعى جارية ولدا منه صح دعوته وان كذبه الابن اذا علم العلق في ملك الابن فهذا أولى لان الاب له شبهة ملك في مال الابن وللبائع حقيقة ملك والتناقض معقول لمكان الخفاء في النسب وانما صح دعوة الاستبدال برد البيع لانها تستند الى وقت العلق فيظهر أنه باع أم الولد ولا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيصيح بخلاف ما اذا أعتق المشتري أو ادعاه حيث لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الاعتاق والنسب حق لا يزول لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعى البائع أنه كان أعتقها أو غيرها لانه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لاحقيقة ولا حكما وفيما نحن فيه العلق في ملكه يبين صار كالبيعة حكما وان لم توجد البيعة حقيقة ولا يلزم ما اذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا لعدم البيعة لاحقيقة ولا حكما فاعتبر ذلك اقرارا محض على الغير فلم يعتبر هذا اذا ادعى البائع لا غير فان ادعى المشتري وحده صححت دعونه لان دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ولا على الولد كالأعتق والمشتري يصح منه التحرير فيصح منه دعوة التحرير فان ادعى جميعا ان خرج الكلامان معا فدعوة البائع أولى لانه سابق معنى فيعتبر كالأعتق سابقا حقيقة ولو كان سابقا حقيقة بأن ادعى أو لا ثم ادعى المشتري صح دعوة البائع (٣٣٣) ولم يصح دعوة المشتري فكذا هذا وانما قلنا انه سابق لانه من وقت العلق

جارية ابنه وحكم كل قسم بشرطه مذكور في موضعه وصوره كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة امانا أن تدل لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أولا اكثر من سنتين أو ما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بمحمد الله

ودعوة التحرير بقرعة تصير على الحال وان سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فان

كان السابق هو البائع فلماذا كنا وان كان هو المشتري فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله اذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه أربعة فان ادعاه البائع لا غير فانه لا تصح دعوته الا بتصديق المشتري لان علق الولد لم يثبت في ملكه صارت دعوته ودعوة اجنبي آخر سواء الآن الفرق بين البائع والاجنبي أن المشتري اذا صدق الاجنبي يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبدا ولا تصير الجارية أم ولده لانه لم يثبت علق الولد في ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولده وينتقض البيع لوصول العلق في ملكه وان ادعاه المشتري صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفرد فيما لا يحتمل العلق في ملكه ففيما يحتمل العلق أولى ويجب أن يكون دعوة استيلا حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلق في ملكه يمكن وان ادعى معا أو سبق دعوة أحدهما صح دعوة المشتري لان البائع في هذه الحالة كلاجنبي فاما اذا جاءت بالولد اكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا يصح الا بتصديق المشتري لانه لو ادعى فيما اذا جاءت به استة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلق في ملكه وهذا أولى أن لا يصح بدون تصديقه لانه لا يحتمل العلق في ملكه أصلا وان صدقه المشتري صححت الدعوة وثبت النسب كما في الاجنبي الا أنه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولده ويبقى الولد عبدا للمشتري وهو ثابت النسب من البائع وان ادعى معا أو سبق أحدهما صاحبه صح دعوة المشتري لان البائع كلاجنبي وهذا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين أو لا اكثر من سنتين فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا تصح دعونه الا أن يصدق المشتري لعدم ثبوت العلق في ملكه وان ادعاه المشتري صح لان أكثر ما في الباب أن علق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان سبق أحدهما صاحبه في الدعوى ان سبق المشتري صححت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعى معا فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما لانه ان كان لاقل من ستة أشهر لم يثبت النسب من المشتري ويثبت من البائع وان كان لستة أشهر أو لا اكثر من سنتين ثبت من المشتري ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعي يثبت منه لانه

لما وقع الشك كان الاثبات أولى لمصنفه من الاحتياط هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في منسوطه اه (قوله في المتن ومن ادعى نسب أحد التوأمين) قال في المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد ويقال هما توأمين كما يقال هما توأمين وقولهم هو توأم وهما زوج خطأ اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا كان الولد الخ) من هنا الى قوله والمسال محله عند قول المصنف في المتن على وقبل اقرار بدين محض ومن نسخة الشارح اه (قوله هذا اذا كان أصل العلووق الخ) قال شيخ الاسلام علاه (٣٣٣) الدين الاسيحي في شرح الكفا في الحكم

الشهيد واذا اولدت أمة
الرجل ودين في بطن
واحد ولم يكن أصل الجبل
عنده فباع أحدهما وأعتقه
المشترى ثم اتعاه البائع فهما
ابناء ولا يفتقض البيع
ولا يعتق المشتري أما اثبات
النسب فلأنه لما ثبت نسب
أحدهما ثبت نسب الثاني
ضرورة أن أحدهما لا يقبل
الفصل عن الآخر وأما
عدم انتقاض البيع فلأنه
حدث في المحل ما يمنع
الانتقاض وهو الحرية لأنه
تعدا اثبات الحرية بطريق
التبعية فلا يفتقض البيع
فه اه اتقاني (قوله لانهما
لا يفتقران) فكان قوله هذا
ابن مجاز عن قوله هذا
حر واعتاق أحد التوأمين
ينفصل عن عتق الآخر
فيقتصر هذا العتق على
محل ولا يشترط وصار كأن
البائع أعتقه ما في عتق من
في ملكه فحسب وهذا
بخلاف ما لو اشترى أحد
التوأمين واشترى أبو المشتري
الآخر ثم ادعى أحدهما
نسبه حيث يعتق كلاهما
وهذه دعوة محض رقيقين

تعالى فاحفظه قال رحمه الله (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لما بينا وانما يعرف أنهما
توأمين اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة شهور وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليس بتوأمين لان أقل
مدة الحمل ستة أشهر فاذا أنت وولدك جاءت بولد آخر لاق من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهم من ماء واحد
اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبل بالاول لان فهم الرحم مسدود
لا يفتقح وهي حبل في الانحروج الولد قال رحمه الله (وان باع أحدهما فاعتقه المشتري بطل عتق المشتري)
معناه اذ باع أحد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل
عتق المشتري فيه لان دعوة البائع صححت في الذي لم يبعه لمصادفته العلووق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه
ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه لانهم من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهم محتررا
الاصل اذ يستحيل أن يكون أحدهما محررا والآخر رقيقا وهما من ماء واحد فيكون انتقاض العتق بما
هو فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يطل فيه اعتاق المشتري
بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الاجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز على ما بينا
وجهه وهما ثبتت الحرية في الذي لم يبعه ثم تعدى الى الآخر ضمنا وتبعيا وكم من شيء ثبت ضمنا وان لم
يثبت مقصودا هذا اذا كان أصل العلووق في ملكه وأما اذا لم يكن العلووق في ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة
أو اشترى أمهما وهي حبل بهما أو باعها فجاءت بهما الاكثر من سنتين فثبت نسبهما أيضا لانهم لا يفتقران
فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد أعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة
دعوة محض لعدم العلووق في الملك فلا يمكن الامتناع الا نشاء فلها شرط لزول العتق عليه أن يكون في
ملكه بخلاف المسئلة الأولى وهو ما اذا كان العلووق في ملكه حيث يعتقان جميعا لانهم ادعوا استنيلاد
فثبتت ومن ضرورته عتقه ما بطريق أنهم محررا للاصل فثبتين أنه باع محررا قال رحمه الله (صبي عند
رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابني وان جحد أن يكون ابني) معناه اذا كان صبي عند رجل
فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابني أبدا وان جحد فلان
الغائب أن يكون الصبي ابني ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده واشترطه في الكتاب وقع
اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لأنه أقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان
اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تصح دعوة المقر بعد جحد المقر له أن يكون
ابنه لان اقراره بطل بجحد المقر له فصار كأن لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان
الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذا اقرار بما لا يحتمل النقص ملحق بالاقرار بما يحتمل النقص ولهذا يؤثر
فيه الهزل والاكرام حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقص فصار كما اذا أقر المشتري على
البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فان الولد يتحول اليه فكذا
هذا ولان اقراره بالنسب نفي للنسب عن نفسه أو انكاره لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به
بعده بأن قال ليس هو ابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا يصح كذاب الملاعن نفسه بعد نفي القسب عنه

أن يقتصر على محل ولا يشترط أن أحدهما ثمان كان أبنا المشتري أو ابن المشتري فان كان أبنا المشتري فالابن ملك أحاه فيعتق عليه وان كان
المدعى هو الابن فالابن ملك حافده فيعتق عليه كذا ذكره القمراشي نزهة الشيخ السلمي من خط قارئ الهداية اه (قوله في المتن وان جحد)
أى الغائب اه (قوله ان يكون الصبي ابني) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصبي يكون في يدي
الرجل قال هو ابن عبيد الغائب ثم يقول هو ابني قال لا يكون ابني أبدا وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابني كان ابن المولى الى
هنا لفظ أصل الجامع (قوله واشترطه في الكتاب) أي بقوله عند رجل اه (قوله لان اقراره) أي بأن هذا ابن فلان اه

(قوله ولاي حنيفة أن النسب الخ) قال الاتقاني وجهه قول أبي حنيفة أن الاقرار بالنسب من الغير اقرار بما لا يمكن النقص فلا يصح دعواه المقر بعد ذلك وانما قلنا انه لا يمكن النقص لان في زعم المقر انه ثابت النسب من الغير والنسب اذا ثبت لا ينتقض بالمخود والتكذيب ولهذا الوعاذ المقر له الى تصديقه جاز وثبت (٣٣٤) النسب منه وصار كذا لم يصدق ولم يكذب به (قوله وادعيها معا) وبه صرح

بجلاف ما اذا صدقه لانه يدعي نسباً ثابتاً من غيره وبجلاف ما اذا لم يصدق ولم يكذب به لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملا عن لانه ثبت نسبه من غير الملا عن تعلق حقه به بتكذيب نفسه ولاي حنيفة رحمه الله أن النسب بما لا يمكن النقص بعد ثبوته والاقرار به لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذب به المولى فانه يبقى في حق المقر حر ولا يرتد باقراره حتى لو ملكه يوماً ما عتق عليه لاقراره بذلك وكن شهيداً على رجل بنسب صغير فرقت شهادته لتبعية ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا التعلق به حق الولد فلا يرتد باقراره فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب اقراره شيطان ثبوت النسب من الغير وباطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسألة الولاة لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاة وان سلم فالنسب ألزم من الولاة فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا اذا ارتدت معتقة والعياذ بالله ولطقت بدار الحرب وسبيت وأعتقها المولى الثاني كان الولاة والنسب لا يقبله كما هو في ولد الملا عنسة فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبد له ثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فحين يبيع عبد الأصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقاً عنده وعندهما بشرط أن لا يرتد المقر له النسب بان يسكت أو يقربها ميتاً أو غائب لا يعرف قال رحمه الله (ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني) أي لو كان الصبي في أيديهم ما فدعوا النصراني أنه ابنه والمسلم أنه عبده وادعيها معا كان حر ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المال اذ لا مثل الوحدة اية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى ولا يقال ينبغي أن يكون عبداً للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنالان النظر له فيما قلنا وأفرقاته في الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما في دعوى البتة فيرجح المسلم بالاسلام وهو أوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه قال رحمه الله (وان كان صبي في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيرهما وزعمت أنه ابنهما من غيره فهو ابنيهما) لان كل واحد منهما أقدر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقراره ماله ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يرجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفرائض بينهما دليل ظاهر على أنه منهما كمن في يد رجلين يقول كل واحد منهما ما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شيء كان الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشارك لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر بالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه قال رحمه الله (ولدت مشتراة فاستحققت غرم الاب قيمة الولد وهو حر) يعني لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحققت روى ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله

في الفوائد الظهريه وفيه اشارة الى أن دعواه المسلم لو سبقت يكون عبداً للمسلم اه من خط قارئ الهداية (قوله لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم اه (قوله) حيث يكون المسلم فيه أولى) وهذا عندنا وقال زفر يستويان وقال الشافعي يحكم القائف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله في المتن وان كان صبي في يد زوجين الخ) قال التمر تاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح ثبت النسب منه فلو قالت ابني منك من نكاح وقال من زنا لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابني منك من نكاح ثبت لما قلنا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وان كان يعبر) أي وانس (قوله في المتن ولدت مشتراة الخ) قال في الهداية ومن اشترى جارية فولدت ولدا

عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتها عنه فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولدا ثم استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم يخاصم ان جاء والولد حي وان جاء والولد قدامت فلا شيء على المشتري فان جاء وقدمت الولد وترك عشرة آلاف درهم فلا شيء على الاب وان قتل الولد فأخذ الوالد يتيه فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير (قوله وكذا اذا تزوجها على أنها حرة الخ) قال الاتقاني

والمغرور من يستولد امرأه معتمدا على ملك يمين أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على أنها أمة وولدها حرا باجماع الصحابة ثم قال الاتقاني ثم اعلم أن ولد المغرور وانما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتباً أو مأذونا له في التزويج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً للمجد وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب اهـ (قوله ولاولاء للمستحق عليه) أي على الولد اهـ (قوله في المتن فان مات الولد لم يضمن الاب) أي وهو المشتري اهـ (قوله لومات الولد قبل الخصومة الخ) قال الاتقاني ثم (٣٣٥) ان جاء المستحق بعد مات الولد وترك

عشره آلاف ورثه أبو علي
مرآته علق حرا في حق
المستولد ولا يغرم الاب قيمة
الولد لانه لم يمنع الولد والميراث
ليس يبطل عن الولد حتى
يكون منعه كنع الولد ولو
قتل الاب الولد يغرم قيمته
للمستحق لانه منعه منه وكذا
لو قتله غيره وأخذ منه
يضمن قيمته لان سلامة
البطل كسلامة الولد
ومنعه كمنعه وان لم يأخذ
الدية من القاتل لا يضمن
شيء لانه لم يمنع الولد أصلا
لاحقيقة ولا حكمة كذا ذكر
نفر الذين قاضيان وغيره
في شروح الجامع الصغير
وقال أبو بكر الرازي في
شرح مختصر الطحاوي
ويغرم الواطئ العقر
للمستحق لانه وطئ ملك
الغير بشبهة ولا يرجع
بالعقر على الغار لان الوطء
في هذا اجزائة جزء أنفقه منها
وتناوله لنفسه فلا يرجع
به على غيره كالمقطع يدها لم
يرجع به على غيره وقال
شيخ الاسلام علاء الدين
الاسيحاوي في شرح الكافي
قال واذا أبت الأمة فأنت
رجلا فأخبرته أنها حرة
وتزوجها على ذلك بنكاح

عنه في الشراء بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير فكان اجماعا لان النظر من الجانبين
واجب اذا المغرور معذور لانه في الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب
الأخر النظر فوجب الجمع بينهما مما يمكن مراعاة لطفهما وذلك بأن يجعل الولد حرا في حق الاب
ورقيا في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه
يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول
الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا
يؤخذ من تركه لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دون الولد والمستحق عليه لانه علق حرا
الاصل وانما قدرنا الزجر ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضوعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر
وان كان في النكاح فان القاضي يقضى بها بولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها لانه ظهر له
انها للمستحق وقرعها يتبعها الا اذا ثبت الزوج أنه مغرور بان يقيم البينة أنه تزوجها على أنها حرة فيثبت به
حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لومات الولد قبل الخصومة
لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان الولد المغصوب أمانة
عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملائم حقيقة وكذا لو ترك ما لالان
الارث ليس يبطل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل
وقبض الاب من دية قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه
وان لم يقبض شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيه ما يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه
بقدره باعتبار البعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع يتحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا أنفقه
الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمه على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمان الجارية
وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع بمال من العقر بوطئها لان البائع صار كقيد بما شرط عليه من البطل
لان البائع مبيع على مساواة البطلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سأل البائع
وجب أن يكون المبيع سائلا للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كقيد بسبب تلك البطل فصار كأنه قال
للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد دعوى باطل فاناضنا لك بما ضمنك ولان البائع التزم
سلامتها عن العيب اذا المعاضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت
عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد
لمساويتها ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها كخضعها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا
وكذا اذا تزوج رجل على أنها حرة ثم استحق رجوع الاب على المزوج بقيمة الولد اذا استتلا دعوى على
التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستتلا دينا على التزويج وشرط
الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالعقود انا كقيد بما خلق بسبب هذا العقد أو يقال مالزمنه من
الضمان انما لزمه بالاستتلا والاستتلا حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف
الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولدا ثم أقام مولاه بالبينة أنها أمة فقطضى به له فانه يقضى بالولد أيضا للمولى الجارية الا أن يقيم الزوج البينة أنه
تزوجها على أنها حرة فان أقام البينة على ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون
هذا اغترابا منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فاما اذا شرط ذلك عند العقد بصير الزوج مغرورا فيكون ولده حرا ولا سبيل عليه وجعلت
على أبيه قيمته يوم قضى به له دينيا في ماله دون مال الولد اهـ

الوادر قبعا ولا يرجع على الخبير بشئ لان الاخبار بسبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمرأة وانما
 يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد أمرين بالشرط أو بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البائع
 وعند الشافعي رحمه الله يرجع لانه ضمان لزمه بقوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع
 البضع فلورجع به سلم له المستوفى مجانا والوظف في ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب
 والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد وعند الشافعي رحمه الله يرجع لان الغرور قد تحقق له منه
 بايجابه الملك له فيها واخباره أنهم يملكو كنه قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من أخبرنا ان هذا
 الطريق آمن فسلكها فآخذ المصوص ما لم يرجع على الخبير بشئ بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب
 السلامة أو الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوج لانه
 موضوع للاستيلاء وطلب النسل قال عليه الصلاة والسلام تناكروا نكرا وكوا نكرا وكوا نكرا وكوا نكرا
 ما هو المقصود به يرجع بذلك على من غرمه والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا
 المقصود يتحقق بدون الاستيلاء ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني ثم استحققت يرجع المشتري
 الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقية الولد ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه
 بقية الولد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال يرجع عليه بقية الولد أيضا لان البائع الاول ضمن للثاني
 سلامة الوالد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كافي الثمن والزبد بالعيب ولا ي
 حنيفة رحمه الله أن البائع الاول ضمن للمشتري سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان

(قوله لانه ضمان لزمه بقوت
 السلامة) أي المستحقة
 في العقد كما يرجع بقيمة
 الولد اه (فرع) قال
 الاتحافى وقد دخن كتاب
 الدعوى في الجامع الصغير
 بقوله واذا قالت المرأة أنا أم
 ولدهذا الرجل وأرادت
 استخلاف الرجل ليس
 له من ذلك في قول أبي حنيفة
 خاصة لان أمومية الولد
 تابعة للنسب ولا يرى
 اليمين في
 النسب
 اه

السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البائع الثاني

لمباشرة باختياره فينتطع به تسبب الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول

ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لباعه

الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري

الاول استحقه سليما ولم يوجد

والله أعلم

بالصواب



تم الجزء الرابع ويليها الجزء الخامس وأوله كتاب الاقرار