

كتاب الدعوى

الْمُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ، وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ،

كتاب الدعوى

الدعوى مشتقة من الدعاء وهو الطلب. وفي الشرع: قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفيه، والبينة من البيان، وهو الكشف والإظهار؛ والبينة في الشرع تظهر صدق المدعي وتكشف الحق. والأصل في الباب قوله ﷺ: «لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»^(١). وفي رواية: «واليمين على من أنكر»^(٢). ويروى: أن حضرمياً وكندياً اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء، فقال للمدعي: «ألك بينة؟» قال لا، فقال: «لك يمينه ليس لك غير ذلك»^(٣) فبدأ بمعرفة المدعي والمدعى عليه، إذ هو الأصل في الباب ونبي عليه عامة مسائله.

قال: (المدعي من لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه من يجبر) وقيل المدعي من يضيف إلى نفسه ما ليس بثابت، والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت بظاهر اليد، فلو ادعى على رجل ديناً فادعى الوفاء أو البراءة صار مدعياً لدعواه ما ليس بثابت، وهو فراغ ذمته بعد اتفاقهما على الشغل، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كذي اليد؛ وقيل المدعي من يضيف ما عند غيره إلى نفسه، والمدعى عليه: ما يضيف ما عنده إلى نفسه، وجميع العبارات متقاربة، وينبغي أن يحقق ذلك ويعرف بالمعنى لا بالصورة، فإن المودع إذا ادعى إيصال الوديعة فإنه مدع صورة منكر معنى حتى لو ترك لا يترك، والفقيه إذا أمعن النظر وأنعم الفكر ظهر له ذلك بتوفيق الله، ولا يصح الدعوى إلا في مجلس القضاء على خصم حاضر.

اعلم أن الدعوى إذا صحت عند القاضي أوجبت على الخصم الحضور إلى مجلس القاضي، قال تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾^(٤) ذمهم على ترك الحضور وهو الإعراض عن الإجابة. وعن علي رضي الله عنه: «أن امرأة

(١) هو في الصحيحين بلفظ «لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى...». هذا لفظ مسلم برقم ١٧١١، والبخاري برقم ٤٥٥٢.

(٢) أخرج هذه الرواية البيهقي في سننه، ج ١٠/٢٥٢/١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٣٩، وهو عند البخاري بمعناه برقم ٢٤١٦ و٢٤١٧، و٢٦٦٧.

(٤) سورة النور، آية (٤٨).

وَلَا بَدْ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى بِشَيْءٍ مَعْلُومِ الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ، فَإِنْ كَانَ دَيْنًا ذَكَرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا كُلَّفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ إِحْضَارَهَا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا، وَإِنْ كَانَ عَقَارًا ذَكَرَ حُدُودَهُ الْأَرْبَعَةَ، وَأَسْمَاءَ أَصْحَابِهَا وَنَسَبَهُمْ إِلَى الْجَدِّ، وَذَكَرَ الْمَحَلَّةَ وَالْبَلَدَ، ثُمَّ يَذْكُرُ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ

الوليد بن عقبة جاءت إلى رسول الله ﷺ تستعدي على زوجها، فأعدها، فقالت: أبى أن يجيء، فأعطاه هدية من ثوبه فجاءت به^(١) ولأن الحكام يحضرون الناس بمجرد الدعوى من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير، فإذا حضر وادعى عليه وجب عليه الجواب بلا أو بنعم حتى لو سكت كان إنكاراً فيسمع البينة عليه دفعاً للضرر عن المدعي إلا أن يكون أخرس. قال: (ولا بد أن تكون الدعوى بشيء معلوم الجنس والقدر) لأن الدعوى للإلزام، والقضاء بالمجهول غير ممكن، وكذلك الشهادة بالمجهول لا تقبل (فإن كان ديناً ذكر أنه يطالبه به) لأن فائدة الدعوى إجبار القاضي المدعى عليه على إيفاء حق المدعي، وليس للقاضي ذلك إلا إذا طالبه به فامتنع، ولا بد من ذكر الوصف لأنه لا يعرف إلا به (وإن كان عيناً كلّف المدعى عليه إحضارها) ليشير إليها بالدعوى والشهود عند أداء الشهادة والمنكر عند اليمين، ولأن ذلك أبلغ في التعريف (فإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) لأنه إذا تعذر مشاهدة العين فالقيمة تقوم مقامها كما في الاستهلاك، إذ هي المقصود غالباً، ويذكر في القيمة شيئاً معيناً في قدره ووصفه وجنسه نفيّاً للجهالة لما بينا، وإن كان حيواناً يذكر الذكورة أو الأنوثة (وإن كان عقاراً ذكر حدوده الأربعة وأسماء أصحابها ونسبهم إلى الجد وذكر المحلة والبلد) لأن العقار لا يمكن إحضاره، فتعذر تعريفه بالإشارة فيعرف بالحدود ويبدأ بذكر البلدة لأنه أعم ثم بالمحلة التي فيها العقار ثم يبين الحدود، لأن التعريف يقع بذلك، ولا بد من ذكر أصحابها وأسماء آبائهم وأجدادهم لأنه أبلغ في التعريف، وفي ذكر الجد خلاف أبي يوسف، وقد تقدم، وإن كان الرجل مشهوراً لا يحتاج إلى ذكر النسب لوجود التعريف بدونه، وكذلك يجب على الشهود ذكر الحدود كما مر.

قال: (ثم يذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) لأنه إذا لم يكن في يده لا يكون خصماً والحق له فلا يستوفى إلا بطلبه، ولأنه يحتمل أنه في يده رهناً أو محبوساً بالثمن،

(١) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق، المختصر لابن منظور، ج ٢٦/٣٣٩ - ٣٤٠، ولم أقف على صحة هذا الخبر.

بِهِ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ اعْتَرَفَ أَوْ أَقَامَ الْمُدْعَى بَيِّنَةً قَضَى عَلَيْهِ، وَإِلَّا يُسْتَحْلَفُ، فَإِنْ حَلَفَ انْقَطَعَتِ الْخُصُومَةُ إِلَّا أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ، وَإِنْ نَكَلَ يَقْضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ، فَإِنْ قَضَى أَوَّلَ مَا نَكَلَ جَازًا، وَالْأُولَى أَنْ يَعْزِضَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ ثَلَاثًا،

فإذا طالبه زال الاحتمال، ولا يثبت كونه في يده إلا ببينة أو علم القاضي، ولا يثبت بتصادقهما نفيًا لتهمة المواضعة لجواز أنه في يد غيره بخلاف المنقول، لأن اليد فيه مشاهدة. قال: (وإن صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه) ليكشف وجه الحكم ولوجوب الجواب عليه (فإن اعترف أو أقام المدعى بينة قضى عليه). أما الاعتراف فلأنه لا تهمة فيه، قال تعالى: ﴿يَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةً﴾^(١)، أي شاهد، وأما البينة فلأنها مشتقة من البيان وهو الإظهار، فهي تظهر الحق وتكشف صدق الدعوى فيقضي بها، وعلى هذا إجماع المسلمين. قال: (ولا يستحلف) لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألك بينة؟» قال لا. قال: «فلك يمينه»^(٢) ولا بد من طلب المدعى واستحلافه لأنها حقه بالإضافة إليه (فإن حلف انقطعت الخصومة) لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لك غير ذلك»^(٣) فيما روينا من الحديث. قال: (إلا أن تقوم البينة) فتقبل، قال عليه الصلاة والسلام: «اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة»^(٤)، ولأن طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة في البلد ولم يحضرها، ولأن اليمين بدل عن البينة، وإذا قدر على الأصل بطل حكم الخلف. قال: (وإن نكل يقضي عليه بالنكول) لأن النكول اعتراف وإلا يحلف دفعاً للضرر عنه وقطعاً للخصومة، فكان نكوله إقراراً أو بدلاً فيقضي به (فإن قضى عليه أول ما نكل جاز) لأنه حجة كالإقرار (والأولى أن يعرض عليه اليمين ثلاثاً) ويخبره أن من مذهبه القضاء بالنكول لأنه فصل مجتهد فيه، فربما يخفى عليه حكمه، فإذا عرض عليه ثلاثاً وأبى قضى عليه، هكذا فعله أبو يوسف مع وكيل الخليفة وألزمه بالمال، وإن قال بعد النكول:

(١) سورة القيامة، الآية (١٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٣٩ - ٢٢٣.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٣٩ - ٢٢٤.

(٤) لم يرد بهذا اللفظ مرفوعاً، وإنما أخرج البخاري تعليقاً في صحيحه كتاب الشهادات، باب ٢٧، من قول طاوس وإبراهيم وشريح: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. وبنحو هذا اللفظ أخرج البيهقي في سننه، ج ١٠/١٨٢، من قول شريح.

وَيَثْبُتُ التَّكْوُلُ بِقَوْلِهِ: لَا أَخْلِفُ، وَبِالسُّكُوتِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِهِ خَرَسٌ أَوْ طَرَشٌ، وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي (ف)،

أنا أحلف إن كان قبل القضاء حلفه لكونه مختلفاً فيه، وإن كان بعد القضاء لم يحلفه لأن التكلول بمنزلة الإقرار، ولو أقر ثم قال أحلف لا يسمع منه كذا هذا (ويثبت التكلول بقوله لا أحلف) لأنه صريح فيه (وبالسكوت) لأن لا دلالة عليه وإلا يحلف (إلا أن يكون به خرس أو طرش) فيعذر. قال: (ولا ترد اليمين على المدعي) لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي، واليمين على المدعي عليه»^(١) جعل جنس اليمين على المدعي عليه لأنه ذكره بالألف واللام وذلك ينفي ردها على المدعي، ولأنه قسم والقسمه تنافي الشركة، فلا يكون للمدعي يمين، ويلزم من هذا عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين، لأن ما روينا ينفي أن يكون للمدعي يمين معتبرة، فيبقى القضاء بشاهد فرد، وأنه خلاف الإجماع، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث الحضرمي: «ألك بينة؟» قال لا، قال: «لك يمينه ليس لك غير ذلك»^(٢) ينفي الجواز أيضاً لأنه غير المشار إليه في الحديث. وما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين»^(٣) فمردود^(٤) لوجوه؛ أحدها: أنه مخالف للكتاب لأنه تعالى أوجب الحق للمدعي بشهادة رجلين، ونقله عند عدمهما إلى شهادة رجل وامرأتين،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٤٥٥٢، ومسلم في صحيحه برقم ١٧١١.

(٢) حديث الحضرمي أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٣٩.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٧١٢ - ٣، والترمذي في سننه برقم ١٣٤٤، وابن ماجه في سننه برقم ٢٣٦٨، وابن عبد البر في التمهيد ج ٢/ ١٣٤ و ١٤٠ و ١٥٠.

(٤) قوله «مردود» ليس بحق ولا مقبول، والأوجه التي ذكر لرّد هذا الحديث ضعيفة لا تقوم بها حجة. وذكر الحديث بصيغة التضعيف «رؤي» خطأ، فهو حديث صحيح أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٧١٢، وهذا الحديث الصحيح غير معارض ولا مخالف للقرآن حيث أوجب الله تعالى الشهادة برجلين أو برجل وامرأتين، فإن لم يكن غير شاهد فيقبل مع يمينه حفظاً للحقوق، فلا مخالفة فيه للقرآن، وإنما هو زيادة بيان حكم لم يرد في القرآن، كما ثبت عن رسول الله ﷺ تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، كما ثبت تحريم الجمع بين الأختين، فالسنة النبوية جاءت بأحكام زائدة على القرآن، وهذه الزيادة لا تعني المخالفة للقرآن كما زعم المصنف هنا.

وهذا الحديث رواه العدول الثقات فهو حجة، من رده فقد ردّ حقاً والعياذ بالله تعالى من ردّ الأحاديث الثابتة عن رسول الله ﷺ. أنظر التمهيد للحافظ ابن عبد البر، ج ٢/ ١٣٤ - ١٥٧، قال رحمه الله، ص ١٥٥، ج ٢: واليمين مع الشاهد زيادة حكم على لسان رسول الله ﷺ، كنهيه عن نكاح المرأة على عمتها وعلى خالتها مع قوله تعالى «وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» [سورة النساء، آية ٢٤]. وقد ذكر رحمه الله تعالى شواهد على أن رسول الله ﷺ قد جاء في سننه بأحكام زائدة على القرآن مثل هذا الحديث وغيره.

وَأِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ فِي الْمِضْرٍ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ لَمْ يُسْتَحْلَفْ (سم ف) وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَإِنْ كَانَ غَرِيبًا يُلَازِمُهُ مِقْدَارَ مَجْلِسِ الْقَاضِي،

فالنقل إلى غيره خلاف الكتاب، أو نقول الزيادة عليه خلاف الكتاب. الثاني: أنه ورد في حادثة عامة مختلفة بين السلف، فلو كان ثابتاً لارتفع الخلاف، فلما لم يرتفع دلّ على عدم ثبوته. الثالث: أنه خبر آحاد، وقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي»^(١) مشهور قريب من التواتر فلا يعارضه، لأن خبر الآحاد إذا ورد معارضاً للخبر المشهور يرّد. الرابع: ردّه أئمة الحديث كحیی ابن معین وغيره. الخامس: ما روي عن معمر قال: سمعت الزهري يقول: القضاء بالشاهد واليمين بدعة، وأول من قضى به معاوية. قال: (وإن قال: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ فِي الْمِضْرٍ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ لَمْ يُسْتَحْلَفْ) عند أبي حنيفة، وقالوا: يستحلف، لأن اليمين حقه فلا يبطل إلا بإقامة البينة لا بالقدرة عليها، واعترافه بالبينة لا يكون اعترافاً بسقوط اليمين، وله قوله عليه الصلاة والسلام: «ألك بينة؟» قال لا، قال: «فلك يمينه»^(٢) رتب اليمين على عدم البينة فلا يجب مع وجودها، ولأننا أجمعنا على أنه لو قامت البينة سقطت اليمين، حتى لو قال المدعي عليه: أنا أحلف لا يلتفت إليه، وإذا كانت اليمين لا يثبت حكمها مع البينة، فإذا اعترف بالبينة وأنه قادر على إقامتها فقد اعترف أنه لا يمين على المدعي عليه. قال: (ويأخذ منه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام) ويحبه القاضي إلى ذلك استحساناً لاحتمال أنه يغيب قبل إقامة البينة، وكذا لو أقام البينة قبل القضاء لاحتمال أنه يغيب قبل القضاء فيتعذر القضاء فيكفله مدة إحضار الشهود على ما يروى عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة ثلاثة أيام، ألا ترى أنه بمجرد الدعوى عند القاضي يعديه^(٣) إحياء للحقوق كذا هذا، ويكتفي بالكفيل أن يكون معروفاً ليحصل التوثق، ولا يشترط كونه ملياً أو تاجراً، فإن امتنع أن يعطيه كفيلاً أمره القاضي بالملازمة على الوجه الذي ذكرنا في أدب القاضي (وإن كان غريباً يلازمه مقدار مجلس القاضي) لأن ملازمته أكثر من ذلك تضره وتمنعه من سفره من غير حجة، بخلاف المقيم إذ لا ضرر عليه في ذلك، وهذا إذا كان حقاً لا يسقط بالشبهة؛ أما الحدود والقصاص في النفس فلا يأخذ منه كفيلاً، وقالوا: يأخذ منه كفيلاً في

(١) تقدّم تخريجه، وهو عند مسلم برقم ١٧١٢.

(٢) تقدّم تخريجه وهو عند مسلم برقم ١٧١١.

(٣) قوله: يعديه، أي يطلبه للقضاء عند القاضي.

وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ (سَم) وَالرَّجْعَةِ وَالْفَيْءِ فِي الْإِيلَاءِ وَالرَّقِّ وَالْأَسْتِيلَادِ
وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَالْحُدُودِ، وَيُسْتَحْلَفُ فِي الْقَصَاصِ، فَإِنْ نَكَلَ اقْتَصَّ مِنْهُ
(سَم) فِي الْأَطْرَافِ، وَفِي النَّفُوسِ يُخْبَسُ حَتَّى يَخْلِفَ (سَم) أَوْ يُقَرَّ، وَإِنْ
ادَّعَتْ عَلَيْهِ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ اسْتَحْلَفَ، فَإِنْ نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ.....

حدّ القذف وفي السرقة إن ادّعى المال. قال: (ولا يستحلف في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرقّ والاستيلاد والنسب والولاء والحدود) وقالوا: يستحلف فيها إلا الحدود واللعان، وهذا بناء على أن النكول بذل عنده، والبذل لا يجري في هذه الأشياء إقرار عندهما، والإقرار يجري فيها. لهما أن الناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة ظاهراً، فيصير معترفاً بالمدّعي دلالة، إلا أنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندري بالشبهات، واللعان في معنى الحدود. وله أنا لو اعتبرناه إقراراً يكون كاذباً في إنكاره والكذب حرام، ولو جعلناه بذلاً وإباحة لا يكون كاذباً فيجعل باذلاً صيانة له عن الحرام، والمقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول، فكلّ موضع لا يقضى فيه بالنكول لا يستحلف، ويستحلف في السرقة إن ادّعى المال فيحلف بالله ماله عليه هذا المال ولا شيء منه، فإن نكل ضمنه المال لثبوته مع الشبهة، ولا يقطع لأن الحدّ لا يثبت مع الشبهة، ودعوى الاستيلاد أن تدّعي الأمة أنها أم ولد سيدها، وهذا ابنها منه والمولى ينكر، أما لو ادّعى المولى لا يلتفت إلى إنكارها، لأن الاستيلاد والنسب يثبت بمجرد قوله، واختار الفقيه أبو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى، ثم عندهما كلّ نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والزوجية والمملوكية يستحلف عليه، وكل نسب لو أقربه لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخ والعم لا يستحلف إلا إذا ادّعى بسببه مالا أو حقاً كدعوى الإرث وعدم الرجوع في الهبة ونحوه. قال: (ويستحلف في القصاص) بالإجماع (فإن نكل اقتصّ منه في الأطراف وفي النفوس يحبس حتى يحلف أو يقرّ) وقالوا: يلزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة العدم فلا يثبت به القصاص، فيجب المال سيما إذا ادّعى الوليّ العمد والآخر الخطأ. ولأبي حنيفة أن الأطراف تجري مجرى الأموال فيجري فيها البذل حتى لو قال لغيره أقطع يدي فقطعها لا شيء عليه، وهذا دليل البذل، إلا أنه لا يباح له القطع، لأنه لا فائدة له فيه، والبذل هنا مفيد لانقطاع الخصومة، ولا كذلك النفس فلا يجري فيها البذل، وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين مستحقة عليه يحبس بها كما في القسامة. قال: (وإن ادّعت عليه طلاقاً قبل الدخول استحلف) لأنه دعوى مال (فإن نكل قضى عليه بنصف المهر) لما مرّ، وكذا إذا

بِنِصْفِ الْمَهْرِ وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى لَا غَيْرُ، وَتُغْلَظُ بِأَوْصَافِهِ إِنْ شَاءَ الْقَاضِي، وَيُخْتِاطُ مِنَ التَّكْرَارِ، وَلَا تُغْلَظُ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ، وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى

أَدْعَتِ الصَّدَاقَ فِي النِّكَاحِ يَسْتَحْلَفُ لِأَنَّهَا دَعْوَى مَالٍ، وَثَبَتَ الْمَالُ بِالنُّكُولِ دُونَ النِّكَاحِ وَقَدْ مَرَّ (وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى لَا غَيْرَ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ»^(١) (وَتُغْلَظُ بِأَوْصَافِهِ إِنْ شَاءَ الْقَاضِي) وَقِيلَ يَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ حَالِ الْحَالِفِ وَصِلَاحِهِ وَخَوْفِهِ وَقَلَّةِ مَبَالَاتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَقِيلَ يَخْتَلَفُ بِكَثْرَةِ الْمَالِ وَقِلَّتِهِ، وَبِنَبْغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَعْظِ الْحَالِفَ قَبْلَ الْحَلْفِ، وَيَعْظُمُ عِنْدَهُ حَرَمَةُ الْيَمِينِ، وَيَتْلُو عَلَيْهِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿إِنْ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(٢) الْآيَةَ، وَيَذَكِّرُ لَهُ قَوْلَهُ ﷺ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ صَبَرَ لِيَقْتَطَعَ بِهَا مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانِ»^(٣)، وَتُغْلِظُ الْيَمِينُ أَوْ يَقُولُ: وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ، الطَّالِبُ الْغَالِبُ، الْمُدْرِكُ الْمَهْلِكُ، الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السَّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ، الْكَبِيرُ الْمُتَعَالِ، وَيَزِيدُ عَلَيْهِ مَا يَشَاءُ وَيَنْقُصُ (وَيُخْتِاطُ مِنَ التَّكْرَارِ) بِإِدْخَالِ الْحُرُوفِ الْعَاطِفَةِ بَيْنَ هَذِهِ الْأَسْمَاءِ، فَإِنْ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ (وَلَا تُغْلَظُ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ) لِأَنَّ تَعْظِيمَ الْمُقْسَمِ بِهِ حَاصِلٌ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَلَا يَسْتَحْلَفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالْعَتَاقِ لِلْحَدِيثِ. وَقِيلَ يَحْلِفُ فِي زَمَانِنَا لِقَلَّةِ مَبَالَاةِ النَّاسِ بِالْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ وَكَثْرَةِ إِقْدَامِهِمْ عَلَى ذَلِكَ، وَكَرَاهَتِهِمْ الْيَمِينَ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ امْتِنَاعُهُمْ عَنِ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ وَجُحُودِ الْحَقِّ، وَذَلِكَ فِيمَا يَعْظُمُونَهُ أَكْثَرُ. قَالَ: (وَيَسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى، وَالْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ) وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى: أَنَّهُ ﷺ حَلَفَ ابْنُ صَوْرِبَا الْيَهُودِي عَلَى حَكْمِ الزَّنا فِي التَّوْرَةِ فَقَالَ لَهُ: «أَتَشُدُّكَ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى»^(٤) وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فِي الْيَهُودِيِّ فَالنَّصْرَانِيُّ مِثْلُهُ فِي الْإِنْجِيلِ، وَالْمَجُوسِيُّ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ بِرَقْم ٢٦٧٩ وَ٦٦٤٦، وَلَفْظُهُ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمِتْ»، وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ بِرَقْم ١٦٤٦.

(٢) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ، آيَةُ (٧٧).

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ بِرَقْم ٤٥٤٩، وَمُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ بِرَقْم ١٣٨.

(٤) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ بِرَقْم ١٧٠٠، وَأَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ، ج ٢٨٦/٤، وَج ٤١١/٥، وَابْنُ مَاجَةَ بِرَقْم

عِيسَى، وَالْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ، وَالْوَثْنِيُّ بِاللَّهِ، وَلَا يُحْلِفُونَ فِي
بُيُوتِ عِبَادَاتِهِمْ،

في النار، لأن النصراني يعظم الإنجيل، والمجوسي يعظم النار كتعظيم اليهودي التوراة، فيحلفهم بما يكون أعظم في صدورهم، والمذكور في المجوسي قول محمد. أما عندهما يحلف بالله لا غير، لأن التغليظ بغير الله تعالى لا يجوز، ولأن ذكر النار مع ذكر الله تعالى تعظيم لها، ولا يجوز، إلا أن اليهودي والنصراني ورد فيهما نص خاص، ولأن كتب الله تعالى معظمة. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يحلف أحد إلا بالله خالصاً (و) يحلف (الوثنى بالله) لأنهم يعتقدون الله، قال الله تعالى: ﴿وَلْتَن سَأَلْتَهُمْ مِنْ خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ لِيَقُولَنَّ اللَّهُ﴾^(١) ولا يستحلف بالله الذي خلق الوثن والصنم لما مرّ، ولو اقتصر في الكلّ على قوله بالله فهو كاف، لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا في المسلم، وإنما يغلظ ليكون أعظم في قلوبهم، فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة. قال: (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) لأن الغرض اليمين بالله، ولأن ذلك يشعر بتعظيمها ولا يجوز، ولأن المسلم ممنوع من دخولها. ويستحلف الأخرس فيقول له القاضي: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق، ويشير الأخرس برأسه: أي نعم.

ثم الاستحلاف على نوعين: على العقود الشرعية والأفعال الحسية، فالعقود الشرعية: يحلفه القاضي على الحاصل بالله ماله قبلك ما ادّعى من الحق، ولا يحلفه على السبب وهو العقد، لأن العقد ربما انفسخ بالتفاسخ أو بالبراءة من موجهه بالإبراء والإيفاء فيتضرر بذلك لأنه إن حلف كذب، وإن لم يحلف قضى عليه بالنكول، ولا كذلك إذا حلفه على الحاصل لأنه إن كان محققاً أمكنه الحلف فلا يتضرر، وقيل إن أنكر المدّعى عليه السبب حلف عليه، وإن أنكر الحكم حلف على الحاصل، إلا أن يكون في ذلك ترك النظر للمدّعي بأن يدّعي الشفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمدّعى عليه لا يراها، فحيثئذ يحلفه على السبب، لأنه إذا حلف على الحاصل فهو يعتقد صدق يمينه بناء على اعتقاده فيبطل حق المدّعي، فيحلفه بالله ما اشترت هذه الدار التي سماها بكذا، وفي المبتوتة بالله ما هي معتدة منك، ومثله إذا ادّعت الفرقة بمضي مدة الإيلاء يحلفه بالله ما آلى منها في وقت كذا ولا يحلفه بالله ما هي بائن منك لأنه لا يرى ذلك. وعن أبي يوسف أنه يحلفه على العقد إلا إذا ذكر شيئاً مما

(١) سورة لقمان، آية (٢٥)، وسورة الزمر، آية (٣٨).

فِيَحْلِفُهُ فِي الْبَيْعِ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيمَا ذَكَرَ، وَفِي النِّكَاحِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ، وَفِي الطَّلَاقِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ، وَفِي الْوَدِيعَةِ مَالُهُ هَذَا الَّذِي آدَعَاهُ فِي يَدِكَ وَدِيعَةٌ وَلَا شَيْءَ مِنْهُ، وَلَا لَهُ قَبْلَكَ حَقٌّ، وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فَلَانَ الْغَائِبُ، أَوْ رَهْنَهُ عِنْدِي، أَوْ غَضَبْتُهُ مِنْهُ أَوْ أَعَارَنِي أَوْ.....

ذكرنا فيحلفه على الحاصل. والأفعال الحية نوعان: أحدها يستحلف على الحاصل أيضاً كالغصب والسرقة. والثاني يحلفه على السبب على ما نبينه في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى (فيحلفه في البيع بالله ما بينكما بيع قائم فيما ذكر، وفي النكاح ما بينكما نكاح قائم في الحال) لأنه قد يطلقها أو يخالها بعد العقد (وفي الطلاق ما هي بائن منك الساعة، وفي الوديعة ماله هذا الذي آدعاه في يدك وديعة ولا شيء منه، ولا له قبلك حق) لجواز أن يكون قد برىء من بعضها أو استهلكها، وفي الغصب والسرقة إن كانت العين قائمة بالله ما يستحق عليك ردّه لأنه قد يغصبه ثم يملكه ببيع أو هبة، وإن كانت هالكة يستحلف على قيمتها، وقيل يحلف على الثوب والقيمة جميعاً. والنوع الثاني من الأفعال الحية أن يدعي على غيره أنه وضع على حائطه خشبة، أو بنى عليه، أو أجرى مِيزَاباً على سطحه أو في داره، أو رمى تراباً في أرضه، أو شق في أرضه نهراً، فإنه يحلف على السبب بالله ما فعله كذا لأن هذه الأشياء لا ترتفع، ومثله إذا ادعى العبد المسلم على مولاه العتق يحلف على السبب لأنه لا يرتفع، وفي الأمة والكافر يحلفه على الحاصل، لأن الرق يتكرر على الأمة بالرّدّة واللحاق، وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا كذلك المسلم^(١)، ويحلفه في الدين بالله ما له عليك من الدين والقرض عليك ولا كثير، لاحتمال أنه أذى البعض أو أبرأه منه فلا يحث في يمينه على الجميع، ومن افتدى يمينه من خصمه بمال صالحه عليه جاز وسقط حقه في الاستخلاف أصلاً. وقد روي أن عثمان رضي الله عنه افتدى يمينه وقال: أخاف أن يصيب الناس بلاء فيقولون هذا يمين عثمان^(٢). قال: (وإذا قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيهِ فلان الغائب أو رهنه عندي أو غضبه منه أو أعارني أو أجرني وأقام على ذلك بينة فلا خصومة إلا أن يكون محتالاً) ولا بدّ من إقامة البينة على

(١) قوله: ولا كذلك المسلم: لأنه إذا ارتدّ - والعياذ بالله من ذلك - ولحق بدار الحرب لا يقبل منه إلا الإسلام أو يقتل لردّته.

(٢) قال ابن قطلوبغا في تخريج أحاديث الاختيار: ذكره اليهقي عن الشافعي بلاغاً، عن عثمان رضي الله تعالى عنه.

أَجْرَنِي وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ فَلَا خُصُومَةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُحْتَالاً، وَإِذَا قَالَ الشُّهُودُ: أَوَدَّعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ لَمْ تَنْدَفِعِ الْخُصُومَةُ.

فصل

[أحكام إثبات الملكية]

بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أُولَى مِنْ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ عَلَى مُطْلَقِ الْمَلِكِ، وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وَذُو الْيَدِ عَلَى مِلْكٍ أَسْبَقَ مِنْهُ تَارِيخاً فَذُو.....

دعواه لدفع الخصومة لأن بالنظر إلى كونه في يده هو خصم ثم هو بإقراره يريد دفع الخصومة عنه فلا تقبل إلا بينة. وقوله إلا أن يكون محتالاً قول أبي يوسف فإنه قال: إن كان المدعى عليه معروفاً بالصلاح فالجواب كما ذكرنا، وإن كان معروفاً بالحيل لا يندفع، لأن المحتال قد يدفع ماله إلى غيره، ثم ذلك الغير يودعه إياه، ويسافر احتيلاً لدفع الحق، فإذا عرفه القاضي بذلك لا يقبله (وإذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لم تندفع الخصومة) لاحتمال أنه المدعي ولو قالوا نعرفه بوجه ولا نعرف اسمه ونسبه اندفعت عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا تندفع لأن القضاء بالمجهول باطل، لأن المدعي لا يمكنه اتباعه فيتضرر، وصار كالفصل الأول. ولأبي حنيفة أن اليد تدل على الملك وتوجب الخصومة، فإن أثبت بالبينة كونه مودعاً اندفعت الخصومة عنه، إلا أنهم إذا لم يعرفوه بوجهه احتمل أنه المدعي فلا تندفع، وإذا عرفوه بوجهه ثبت أنه مودع من غير المدعي فاندفعت الخصومة، كما إذا عاين القاضي أنه أودعه غير المدعي، إذ البينة العادلة كمعينة القاضي، فإن قال المدعي أودعها ثم أوهبها منك ونكر يستحلفه القاضي أنه ما وهبها منه ولا باعها له، فإن نكل صار خصماً، ولو ادعى المدعي عليه أنه اشتراها من آخر فهو خصمه لأنه أقر أن يده يد ملك فكان خصماً، ولو قال المدعي عليه نصف الدار لي ونصفها وديعة فلان، وأقام البينة على ذلك، اندفعت الخصومة في الكل لتعذر التمييز.

فصل [أحكام إثبات الملكية]

(بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد على مطلق الملك) لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت الملك للخارج وبينه ذي اليد لا، لأن الملك ثابت له باليد، وإذا كانت أكثر إثباتاً كانت أقوى. قال: (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ، وذو اليد على ملك أسبق منه تاريخاً فذو اليد أولى) لأنه بينته تثبت الملك له وقت التاريخ، والخارج لا يدعيه في ذلك الوقت، وإذا ثبت

الْيَدِ أُولَى، وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّتَاجِ أَوْ عَلَى نَسْجِ ثَوْبٍ لَا يَتَكَرَّرُ نَسْجُهُ فَبَيِّنَةُ
ذِي الْيَدِ أُولَى، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الشُّرَاءِ مِنَ الْآخِرِ وَلَا تَارِيخَ لَهُمَا
تَهَاتَرْتَا، وَإِنْ ادَّعِيَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ لَمْ يُقْضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ وَقَّتَا
فَهِيَ لِلأَوَّلِ،.....

الملك له ذلك الوقت فلا يثبت بعد ذلك لغيره إلا بالتلقي منه، إذ الأصل في الثابت دوامه،
وكذا لو كانت في أيديهما وأقاما البينة على ما ذكرنا (ولو أقاما البينة على النتاج أو على نسج
ثوب لا يتكرر نسجه فبينة ذي اليد أولى) لأن ما قامت عليه بينة لا تدلّ عليه اليد فتعارضتا
فترجحت بينة ذي اليد باليد، وكذا كل سبب لا يتكرر كغزل القطن وعمل الجبن واللبد
وجزّ الصوف وحلب اللبن لأنه في معنى النتاج، وإن كان يتكرر كالبناء وزرع الحبوب
ونسج الخزّ ونحوه فبينة الخارج أولى كما في الملك المطلق، وإن أشكل قضى للخارج،
وإن تنازعا في دابة وأقاما البينة على النتاج وأزخا فمن وافقه سنّ الدابة فهو أولى، وإن
أشكل فهي بينهما لعدل الأولوية، وإن خالف سنّ الدابة التاريخين تهاترتا وتركت في يد من
كانت في يده. قال: (وإن أقام كل واحد البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ لهما تهاترتا)
قال محمد: يقضي للخارج لأنه أمكن العمل باليدين بأن باعه الخارج وقبض ثم باعه ذو
اليد ولم يقبض، ولا يعكس لعدم جواز البيع قبل القبض وإن كان عقاراً عنده، والعمل
باليدين واجب ما أمكن، لأن البينة من الدلائل الشرعية، وإن ذكرت البينتان القبض عمل
بهما ويكون لذي اليد، ويجعل كأنه باع من الخارج وقبضها الخارج، ثم باعها من ذي اليد
وقبضها ذو اليد عملاً باليدين. ولهما أن شراء كل واحد من الآخر اعتراف بكون الملك
له، فكأن البينتين قامتا على الاعترافين، وإنه موجب للتهاتر، لأنه لا يتصور أن يكون كل
واحد بائعاً ومشترياً في حالة واحدة، ولا دلالة على سبق ولا ترجيح فيتعذر القضاء أصلاً،
ثم هذا شيء بناء على أصله، فإن عندهما يجوز بيع العقار قبل القبض، فجاز أن يكون
الخارج اشتراه أولاً ثم باعه قبل القبض لذي اليد فيكون لذي اليد، ومع الاحتمال لا يثبت
الملك وإن وقتا، فإن كان الخارج أولاً قضى بهما ويكون لذي اليد، وإن كان ذو اليد أولاً
قضى بهما أيضاً والملك للخارج بالإجماع. قال: (وإن ادَّعِيَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ لَمْ
يُقْضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا) لتعذر الاشتراك في النكاح ويرجع إلى تصديقها، فمن صدقته كان
زوجها، لأن النكاح يثبت بتصادق الزوجين (وإن وقتا فهي للأول) منهما لأنه ثبت في وقت
لا منازع له فيه فترجحت على الثانية. قال: (وإن ادَّعِيَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ

وإن ادّعى عينا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما البيّنة أنّها له فُضيَ بها بينهما، وإن ادّعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد، وأقام البيّنة فإن شاء كل واحد منهما أخذ نصف العبد وإن شاء ترك، فإن ترك أحدهما فليس للآخر أخذ جميعه، وإن وقتا فهو للأول، وإن وقت أحدهما أو كان معه قبض فهو أولى، وإن ادّعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا أو صدقة وقبضا ولا تاريخ لهما فالشراء أولى، وإن ادّعى الشراء وادّعت أنه تزوّجها عليه فهما سواء، وإن أقام الخارجان البيّنة على الملك والتاريخ، أو على الشراء من واحد أو من اثنين فأولهما أولى، وإن أرخ أحدهما فهو له، وإن تنازعا في

منهما البيّنة أنها له قضى بها بينهما) لاستوائهما في السبب (وإن ادّعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد وأقام البيّنة، فإن شاء كل واحد منهما أخذ نصف العبد) بنصف الثمن لاستوائهما في السبب (وإن شاء ترك) لوجود العيب بالشركة (فإن ترك أحدهما فليس للآخر أخذ جميعه) لأن بيع الكل انفسخ بقضاء القاضي بالنصف حتى لو فعل ذلك قبل القضاء جاز لأنه لم ينفسخ بيعه في الكل (وإن وقتا فهو للأول) لما بينا (وإن وقت أحدهما أو كان معه قبض فهو أولى) أما الوقت فلأنه ثبت ملكه فيه ووقع الشك في ملك الآخر فيه فلا يثبت بالشك، وأما القبض فلأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثانية بالشك، ولأن القبض دليل تقدّم شرائه فكان أولى. قال: (وإن ادّعى أحدهما شراء، والآخر هبة وقبضا، أو صدقة وقبضا ولا تاريخ لهما فالشراء أولى) لأنه يثبت بنفسه، والهبة والصدقة تفتقر إلى القبض فكان أسرع ثبوتاً فكان أولى، وإن ادّعى أحدهما بيعاً والآخر رهناً فالبيع أولى، لأن البيع يثبت الملك حقيقة في الحال، والرهن إنما يثبت عند الهلاك تقديراً، وكذا الهبة بعوض أولى من الرهن لما بينا (وإن ادّعى الشراء وادّعت أنه تزوّجها عليه فهما سواء) عند أبي يوسف لأنهما عقدا معاوضة يثبت الملك فيها بنفس العقد، ثم ترجع على الزوج بنصف القيمة. وقال محمد: الشراء أولى، وعلى الزوج القيمة عملاً بالبينتين بتقديم الشراء، لأن التزويج على ملك الغير جائز، ثم ترد القيمة عند تعذر التسليم، قال: (وإن أقام الخارجان البيّنة على الملك والتاريخ، أو على الشراء من واحد أو من اثنين) غير ذي اليد (فأولهما أولى، وإن أرخ أحدهما فهو له) وقد مرّ.

قال: (وإن تنازعا في دابة أحدهما ركبها أوله عليها حمل فهو أولى) لأنه تصرف أظهر

دَابَّةٌ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا أَوْ لَهُ عَلَيْهَا حِمْلٌ فَهُوَ أَوْلَى (ف) وكذلك إِنْ كَانَ رَاكِبًا فِي السَّرَجِ وَالْآخِرُ رَدِيفُهُ أَوْ لَا يَسَ الْقَمِيصِ وَالْآخِرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، وَبَيِّنَةُ النَّتَاجِ وَالنَّسْجِ أَوْلَى مِنْ بَيِّنَةِ مُطْلَقِ الْمَلِكِ، وَالْبَيِّنَةُ بِشَاهِدَيْنِ وَثَلَاثَةٍ (ف) وَأَكْثَرُ سَوَاءً.

فصل

[اختلاف المتبايعين في البيع والضمن]

اختلفا في الثمن أو المبيع فأيهما أقام البينة فهو أولى،

وأدل على الملك (وكذلك إن كان راكباً في السرج والآخر رديفه، أو لابس القميص والآخر متعلق به) لما ذكرنا، ولو كانا راكبين في السرج فهي بينهما لاستوائهما.

سفينة فيها راكب، والآخر متمسك بسكانها^(١)، وآخر يجذب فيها، وآخر يمدّها، فهي بينهم إلا المداد لا شيء له. عبد لرجل موسر على عنقه بدرة فيها عشرة آلاف درهم في دار رجل معسر لا شيء له، فادّعى البدرة، قال محمد: هي للموسر بشهادة الظاهر. وعن محمد: قطار إبل على البعير الأول راكب، وعلى الوسط راكب، وعلى آخرها راكب، فادّعى كلّ واحد منهم القطار، فلكلّ واحد البعير الذي هو راكبه لأنه في يده وتصرفه، وما بين الأول والأوسط للأول لأنه قائد، والقيادة تصرف، وما بين الأوسط والآخر بين الأول والأوسط نصفان لاستوائهما في التصرف، وليس للآخر إلا ما ركبه (وبينة النتاج والنسج) أولى من بينة مطلق الملك، لأنها تثبت أولية الملك فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه. قال: (والبينة بشاهدين وبثلاث وأكثر سواء) لأن الشرع جعل الكلّ سواء في إثبات الحق وإلزام القاضي الحكم عند الانفراد، فيستويان عند الاجتماع، وكذا إذا كانت إحدى البينتين أعدل، لأن الشرط أصل العدالة، وقد استويا فيه، ولا اعتبار بما زاد لأنه لا ضابط له.

فصل [أحكام المتبايعين في البيع والضمن]

(اختلفا في الثمن أو المبيع فأيهما أقام البينة فهم أولى) لأن كلّ واحد منهما مدّع، وقد ترجحت دعواه بالبينة فالمثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات، فمهما كانت أكثر إثباتاً كانت أقوى فتترجح على الأخرى، وإن كان الاختلاف في الثمن والبيع جميعاً، فبينة البائع

(١) قوله: بسكانها: أي بسكان السفينة، وهو ذنب السفينة. قال صاحب مختار الصحاح: والسكان: جمع ساكن. والسكان أيضاً: ذنب السفينة.

وَأَنَّ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْمُثَبِّتَةُ لِلزِّيَادَةِ أُولَى، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ يُقَالُ لِلْبَائِعِ: إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ؛ وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِي: إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضِيا يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ وَيُبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ مُقَايَضَةً بَدَأَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ؛

في الثمن أولى لأنها أكثر إثباتاً، وبينه المشتري في المبيع أولى لأنها أكثر إثباتاً (فإن لم تكن لهما بينة يقال للبائع: إما أن تسلم ما ادَّعاه المشتري من المبيع، وإلا فسَخْنَا البيع؛ ويقال للمشتري: إما أن تسلم ما ادَّعاه البائع من الثمن وإلا فسَخْنَا البيع) لأنهما قد لا يختاران الفسخ، فإذا علما بذلك تراضيا، فترتفع المنازعة وهو المقصود (فإن لم يتراضيا يتحالفان ويفسخ البيع) ويحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه. قال عليه الصلاة والسلام: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَحَالَفَا وَتَرَادَا»^(١) فيحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدَّعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين كما ادَّعاه البائع، فإذا تحالفا قال لهما القاضي: ما تريدان؟ فإن لم يطلبوا الفسخ تركهما حتى يصطلحا على شيء، وإن طلبوا الفسخ أو أحدهما فسَخ، لأنه لما لم يتعين الثمن ولا المبيع صار مجهولاً فيفسخ قطعاً للمنازعة، ولا يفسخ بنفس التحالف حتى يتفاسخا أو يفسخ القاضي. قال: (ويبدأ بيمين البائع) في قول أبي يوسف الأول، وهو رواية عن أبي حنيفة. قال عليه الصلاة والسلام: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعُ»^(٢) وأقلُّ فائدته تقديم قوله. وقوله الآخر وهو قول محمد، ورواية عن أبي حنيفة يبدأ بيمين المشتري، لأن البائع يطالبه بتسليم الثمن أولاً وهو ينكر، وهو لا يطالب البائع بتسليم المبيع للحال. قال: (ولو كان البيع مقايضة) أو صرفاً (بدأ بأيهما شاء) لاستوائهما في الإنكار؛ ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً يبدأ بيمين من بدأ الدعوى، لأنهما استويا في الإنكار فيترجح بالبداية، وإن ادَّعيا معاً يبدأ القاضي بأيهما شاء، وإن شاء أقرع بينهما؛ ولو اختلفا في جنس العقد فقال أحدهما بيع وقال الآخر هبة، أو في جنس الثمن فقال أحدهما دراهم، والآخر دنانير يتحالفان عند محمد وهو المختار، لأن وصف الثمن وجنسه بمنزلة القدر لأن الثمن دين، وإنما يعرف

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک، ج ٢/٤٥، وصححه وأقره الذهبي على تصحيحه. وأخرجه بنحو هذا اللفظ أبو داود في سننه برقم ٣٥١١، والترمذي برقم ١٢٧٠، والنسائي في سننه الكبرى، ج ٤/٤٨، برقم ٦٢٤٤.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده، ج ١/٤٦٦، وفي إسناده انقطاع، وأخرجه البيهقي في سننه، ج ٥/٣٣٢، وقال: هذا إسناد حسن، ولفظه: «... فهو ما يقول رب السَّلْعَةِ، أو يتباركان».

وَمَنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ، وَإِنْ اُخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ أَوْ شَرَطِ الْخِيَارِ، أَوْ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ لَمْ يَتَحَالَفَا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكْرِ، وَإِنْ اُخْتَلَفَا بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ لَمْ يَتَحَالَفَا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ وَإِنْ اُخْتَلَفَا بَعْدَ هَلَاكِ بَعْضِ الْمَبِيعِ لَمْ يَتَحَالَفَا إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ بِتَرْكِ حِصَّةِ الْهَالِكِ،

بجنسه ووصفه، ولا وجود له بدونهما، ولا كذلك الأجل، فإنه ليس بوصف، لأن الثمن يبقى بعد مضيه وقالوا: لا يتحالفان، لأن نصّ التحالف ورد على خلاف القياس فيقتصر على موردده وهو الاختلاف في المبيع أو الثمن، وجوابه ما مرّ. قال: (ومن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه) لما تقدّم في القضاء بالنكول. قال: (وإن اختلفا في الأجل أو شرط الخيار، أو استيفاء بعض الثمن لم يتحالفا) لأنه اختلاف في غير المعقود عليه، لأن العقد لا يختلّ بعدمه، بخلاف الاختلاف في القدر لأنه لا بقاء للعقد بدونه (والقول قول المتكر) لأنه ينكر الشرط فكان القول قوله. قال: (وإن اختلفا بعد هلاك المبيع لم يتحالفا) عند أبي حنيفة وأبي يوسف (والقول قول المشتري) لأنه منكر. وقال محمد: يتحالفان وينسخ البيع على قيمة الهالك، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملك المشتري أو صار بحال يمنع الفسخ بأن ازداد زيادة متصلة أو منفصلة. لمحمد أن كلّ واحد منهما يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر وصاحبه ينكر فيتحالفان كما إذا كانت قائمة لأن القيمة بمنزلة العين عند عدمها. ولهما أن اليمين حجة المنكر حقيقة بالنصّ والبائع ليس بمنكر، لأن المشتري ليس بمدّع، لأن السلعة سلمت له ملكاً ویداً، وإذا لم يكن البائع منكراً لا يمين عليه، والشرع ورد به حال قيام العين لفائدة الفسخ، ولا فسخ بعدها لعدم بقاء العقد، وأيهما أقام البيئة قضى بها، وإن أقاما فبيئة البائع، وإن ماتا أو أحدهما، واختلفت الورثة فلا تحالف لأنهما ليسا متبايعين فلا يتناولهما النصّ. قال: (وإن اختلفا بعد هلاك بعض المبيع لم يتحالفا إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحيّ وينسخ البيع فيه، والقول في قيمة الهالك قول المشتري. وقال محمد: يتحالفان عليهما وينسخ البيع في الحيّ وقيمة الهالك وعلى هذا إذا انتقص أو جنى عليه المشتري أو باع المشتري أحد العبدین. لمحمد أن هلاك السلعة لا يمنع التحالف عنده لما مرّ، فهلاك البعض أولى. ولأبي يوسف أن المبيع إذا كان قائماً يتحالفان، وإن كان هالكاً لا يتحالفان، فإذا هلك نصفه وبقي نصفه يعطي كلّ نصف حكمه. ولأبي حنيفة أن النصّ ورد حال قيام السلعة، بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره، إلا أنه إذا رضي بترك حصة الهالك يصير الهالك كأن

وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ فِي الْبَدَلِ أَوْ فِي الْمُبْدَلِ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَاذَانِ؛ وَإِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ جَمِيعِ الْمَنْفَعَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا وَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ؛ وَإِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَنَافِعِ يَتَحَالَفَانِ، وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ، وَالْقَوْلُ فِيمَا مَضَى قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ؛ وَإِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ الْإِقَالَةِ تَحَالَفَا وَعَادَ الْبَيْعُ؛

لم يكن، وكان العقد لم يرد إلا على الباقي؛ ومن المشايخ من قال على قول أبي حنيفة يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري دون الزيادة. وذكر محمد في الجامع قول أبي يوسف مع قوله وهو الصحيح، فيحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بألفين، فإن نكل لزمه، وإن حلف يحلف البائع ما بعتهما بألف، فإن حلف يفسد العقد في القائم ويرد المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقر به، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما يوم القبض؛ وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض، فالقول للبائع لأنه ينكر زيادة السقوط بعد اتفاقهما على الثمن، وأيهما أقام البينة قبلت، وإن أقاما فبينة البائع لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت الزيادة في قيمة الهالك. قال: (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء شيء من المنفعة في البدل أو في المبدل يتحالفان ويتراذان) لأن الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير المبيع قبل القبض؛ فإن اختلفا في الأجرة بدئاً بيمين المستأجر لأنه منكر، وإن اختلفا في المنفعة بدئاً بيمين المؤجر، وأنهما أقاما البينة قبلت؛ وإن أقاما فبينة المستأجر إن كان الاختلاف في المنفعة، وإن كان في الأجر فبينة الآجر، وإن كان فيهما قضى بالبنتين، كما إذا قال أحدهما شهراً بعشرة، والآخر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشر (وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لم يتحالفا) بالإجماع (والقول للمستأجر) لأنه منكر، وهذا على قولهما ظاهر. وأم على قول محمد فهو إنما يفسخ في الهالك فيرد القيمة، والهالك هنا لا قيمة له على تقدير الفسخ، لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد، فلو تحالفا وفسخ العقد تبين أنه لا عقد فيرجع على موضوعه بالنقض (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنافع يتحالفان، ويفسخ العقد فيما بقي والقول فيما مضى قول المستأجر) لأن الإجارة عندنا تنعقد شيئاً فشيئاً، فما مضى صار كالهالك وما بقي لم ينعقد، بخلاف البيع فإنه ينعقد جملة واحدة. قال: (وإن اختلفا بعد الإقالة تحالفا وعاد البيع) ومعناه: اختلفا قبل القبض؛ أما إذا قبض البائع المبيع بعد الإقالة ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد، وهذا على قول من

وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمَهْرِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ، وَإِنْ أَقَامَا فَبَيِّنَتُهُ الْمَرْأَةُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا فَأَيُّهُمَا نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ، وَإِذَا تَحَالَفَا يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا قَالَتْ أَوْ أَكْثَرَ قُضِيَ بِقَوْلِهَا، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا قَالَ أَوْ أَقَلَّ قُضِيَ بِقَوْلِهِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا قَالَتْ وَأَكْثَرَ مِمَّا قَالَ قُضِيَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَمَا يَصْلَحُ لِلنِّسَاءِ.....

يقول: إن الإقالة بيع لا إشكال إنما الإشكال على أنها فسخ، إلا أنا نقول إنما أثبتنا التحالف فيها قبل القبض، لأن القياس يوافقه، لأن البائع يدعي زيادة الثمن، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر فيحلف، فكان التحالف على مقتضى القياس قبل القبض، فأثبتنا التحالف قبل القبض بالقياس لا بالنص، ولا كذلك بعد القبض، فإنه على خلاف القياس، لأن المبيع يسلم للمشتري، فلا يدعي شيئاً فلا يكون البائع منكراً. قال: (وإن اختلفا في المهر فأيهما أقام البينة قبلت، وإن أقاما فبينة المرأة) لأنها أكثر إثباتاً (فإن لم يكن لهما بينة تحالفا، فأيهما نكل قضى عليه؛ وإذا تحالفا) لا يفسخ النكاح، لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وذلك لا يمنع صحة النكاح بدليل صحته بدون التسمية، بخلاف البيع على ما عرف، لكن (يحكم مهر المثل، فإن كان مثل ما قالت أو أكثر قضى بقولها) لأن الظاهر شاهد لها (وإن كان مثل ما قال أو أقل قضى بقوله، وإن كان أقل مما قالت وأكثر مما قال قضى بمهر المثل) لأنه لم تثبت الزيادة على مهر المثل نظراً إلى يمينه، ولا الحطيطة منه نظراً إلى يمينها، فإذا سقطت التسمية بالتحالف اعتبر مهر المثل كما إذا لم توجد التسمية حقيقة، وبدأ بيمين الزوج كما في المشتري لأنه منكر، وإن طلقها قبل الدخول بها ثم اختلفا، فالقول قوله في نصف المهر؛ وذكر في الجامع الكبير بحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما. وقال أبو يوسف: القول قول الزوج قبل الطلاق وبعده، إلا أن يأتي بشيء يسير يكذبه الظاهر، وهو ما لا يصح مهرأً لها، وقيل ما دون العشرة، والأول أحسن. ولهما أن الظاهر يشهد لمن يشهد له مهر المثل نظراً إلى المعتاد وإلى إنكار الأولياء وتعبيرهم بدون ذلك، والقول في الدعوى قول من يشهد له الظاهر فيصار إليه. قال: (وإن اختلفا في متاع البيت فما يصلح للنساء) كالمنقعة^(١) والدولاب وأشباهه (فللمرأة) بشهادة الظاهر (وما يصلح للرجال) كالعمامة والقلنسوة ونحوه (فللرجل) وما يصلح لهما

(١) قوله: كالمنقعة، بكسر الميم، هو ما تنتقع به المرأة على رأسها ووجهها.

فَلِلْمَرْأَةِ، وَمَا يَصْلُحُ لِلرَّجَالِ فَلِلرِّجَالِ؛ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الْآخَرِ، فَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا فَلِلْبَاقِي، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا.

فصل

[أحكام إثبات النسب]

كألاواني والبسط ونحوها فللرجل أيضاً، لأن المرأة والبيت في يد الرجل، فكانت اليد شاهدة بالملك، لأن الملك باليد لا أنه عارضه ما هو أقوى منه وهو ما يختص بها (وإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما للباقي) لأن اليد للحَيِّ لا للميت. وقال محمد: ما يصلح لهما لورثة الزوج بعد موته لقيامهم مقامه، وسواء اختلفا حالة قيام النكاح أو بعد الفراق. وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه، لأن الظاهر أنها تأتي بالجهاز وهذا أقوى من ظاهر الزوج فيبطله، وما وراءه لا يعارض يد الزوج فيكون له، والطلاق والموت سواء، لأن الورثة تقوم مقامه، وإن كان أحد الزوجين مملوكاً فالكلّ للحزّ حالة الحياة، لأن يده أقوى، وللحيّ بعد الموت لأنه لا معارض ليدّه. وقال أبو يوسف ومحمد: المأذون والمكاتب بمنزلة الحزّ لأن لهما يداً في الخصومات وغيرها. قال: (وإن اختلفا في قدر الكتابة لم يتحالفا) وقالوا: يتحالفاً وتفسخ الكتابة لأنه عقد معاوضة، والمولى يدعي بدلاً زائداً والمكاتب ينكر، والمكاتب يدعي استحقاق العبد عند أداء ما يدّعيه من القدر والمولى ينكره فيتحالفاً كالبيع. ولأبي حنيفة أن البدل مقابل في الحال بفكّ الحجر وهو سالم للعبد، وإنما يصير مقابلاً للعتق عند الأداء، فكان اختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفاً، ويكون القول للمكاتب لأنه منكر للزيادة.

فصل [في دعوى النسب]

اعلم أن الدعوى ثلاثة: دعوة استيلاء، ودعوة حرير، وهي دعوة الملك، ودعوة شبهة الملك؛ فالأولى أن يدعي نسب ولد علق في ملكه يقيناً كما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، ويصح في الملك وغير الملك كما إذا باعه، ويستند إلى وقت العلوق احتيلاً لثبوت النسب تصحيحاً لدعواه، ويوجب فسخ ما جرى من العقود كبيع أم الولد إن كان الولد محلاً للنسب، ويجعل معترفاً بالوطء من وقت العلوق، وأمومية الولد لا تتبع النسب، لأن المقصود ثبوت النسب لا أمومية الولد وهو تبع له، ألا ترى أنها تضاف إليه فيقال أم ولده،

وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ فَهُوَ ابْنُهُ وَهِيَ أُمُّ
وَلَدِهِ، وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ وَيَرُدُّ الثَّمَنُ (سم)، وَلَا تُقْبَلُ دَعْوَةُ الْمُشْتَرِي مَعَهُ، فَإِنْ
مَاتَ الْوَلَدُ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَا يَثْبُتُ الْاِسْتِيلَادُ فِيهَا، فَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ ثُمَّ ادَّعَاهُ يَثْبُتُ
نَسَبُهُ، وَيَرُدُّ كُلُّ الثَّمَنِ،

وتستفيد العتق من جهته، قال عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»^(١)، ولهذا ثبتت له
حقيقة الحرية لها حق الحرية. والثانية أن يدعي نسب ولد علق في غير ملكه فيصح في
الملك خاصة، ولا يجب فسخ العقد ويعتق إن أمكن وإلا فلا. والثالثة أن يدعي ولد جارية
ولده، فيصح بناء على ولايته على ولده من وقت العلق إلى وقت الدعوة، شرط صحة
هذه الدعوة قيام ولاية تملك الجارية من وقت العلق إلى وقت الدعوة، لأنه يتملكها
بالاستيلاء مقتضى للوطء السابق، ثم الأولى أولى لأنها تستند إلى وقت العلق، والثانية
تقتصر على الحال، والثانية أولى من الثالثة، لأن التحرير متى صحَّ من الابن بطلت ولاية
الأب للتملك لفوات الشرط.

جننا إلى مسائل الكتاب. قال: (ولو باع جارية فولدت لأقل من ستة أشهر فادَّعاه فهو
ابنه وهي أم ولده، ويفسخ البيع ويرد الثمن)، وهذا استحسان، والقياس أن دعواه باطلة
لوجود التناقض، لأن يبيعه دليل عبودية الولد. ووجه الاستحسان أن العلق حصل في ملكه
يقيناً، والظاهر عدم الزنا فيكون منه، ومبنى العلق على الخفاء فلا تناقض فصحت دعواه،
فيستند إلى وقت العلق ويفسخ البيع لما بينا، ويرد الثمن لأنه مقتضى فسخ البيع (ولا تقبل
دعوة المشتري معه) لسبقها، لأنها تستند إلى وقت العلق ولا كذلك دعوة المشتري. قال:
(فإن مات الولد ثم ادَّعاه) يعني البائع (لا يثبت الاستيلاء فيها، فإن ماتت الأم ثم ادَّعاه يثبت
نسبه) لما تقدّم أن أمومية الولد تبع للنسب. قال: (ويرد كل الثمن) وقالوا: يردّ حصة الولد
خاصة بناء على أن أم الولد غير متقومة في العقد والغصب عنده وعندهما متقومة فيضمنها،
وكذا لو ادَّعاه بعد ما أعتقه المشتري لا يصح وبعد إعتاقها يصح، لأن الامتناع في الأم لا
يوجب الامتناع في الولد كولد المغرور المستولد بالنكاح، ولا كذلك بالعكس؛ وإذا صحت

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه برقم ٢٥١٦، وفي إسناده الحسين بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس، وهو متكلم
فيه. وله طريق أخرى ضعيفة، أنظر إرواء الغليل، ج ٦/ ١٨٦ - ١٨٧. أنظر التمهيد لابن عبد البر، ج ٣/
١٣٥ - ١٣٨، فهو بحث قيم، مؤيد بالأدلة الثابتة.

وَأِنْ جَاءَتْ بِهِ مَا بَيَّنَّ سِتَّةَ أَشْهُرٍ إِلَى سَتَيْنِ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ثَبَّتَ النَّسَبُ
وَفُسِّخَ الْبَيْعُ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سَتَيْنِ لَا تَصِحُّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ،
وَلَا يُفْسَخُ الْبَيْعُ، وَلَا يُعْتَقُ الْوَلَدُ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدٍ
التَّوَأْمَيْنِ ثَبَّتَ نَسَبَهُمَا مِنْهُ.

الدعوة بعد إعتاقها ثبت النسب وفسخ العقد ورد الثمن على ما مر، وإنما كان إعتاق الولد مانعاً لأن العتق لا يحتمل النقص كحق استلحاق النسب فاستويا، ولأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق، والثابت للبائع حق الدعوة في الولد وفي الأم حق الحرية فلا يعارض الحقيقة، فعلى هذا لو ادَّعاه المشتري أولاً لا يصح دعوى البائع بعده، لأن دعوة المشتري دعوة تحرير فصار كما إذا أعتقه، والتدبير كالعق لأنه لا يحتمل النقص. قال: (وإن جاءت به ما بين ستة أشهر إلى سنتين فإن صدقه المشتري ثبت النسب وفسخ البيع وإلا فلا)، لاحتمال العلق في ملكه فلم يوجد اليقين فيتوقف على تصديق المشتري، فإذا صدقه ثبت النسب، لأن الحق لهما فيثبت بتصادقهما إذا أمكن، والولد حرّ والجارية أم ولد كما مر، وإذا ادَّعياه فدعوة المشتري أولى لقيام ملكه واحتمال العلق فيه. قال: (وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا تصح دعوة البائع) للتيقن بعدم العلق في ملكه، لكن إذا صدقه المشتري ثبت النسب، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتصادقهما حملاً لأمره على الصلاح (ولا يفسخ البيع ولا يعتق الولد ولا تصير أم ولد له) ووجهه ظاهر، وإن لم تعلم مدة الولادة بعد البيع لا تصح دعوة البائع إلا بتصديق المشتري لوقوع الشك في وقت العلق، وتصح دعوة المشتري لأنه ينكر فسخ البيع، ولا حجة للبائع، وإن ادَّعياه لا تصح واحدة منهما للشك، والمسلم والذمي والحربي والمكاتب في ذلك سواء؛ وإن ادَّعَى البائع قبل الولادة فهو موقوف، فإن ولد حياً صحت وإلا فلا، ولو اشتراها حبلى ثم باعها لا تصح دعواه، وإن اختلفا فالقول للبائع لأنه المتمكن من وطئها؛ وإن حبلت أمة في ملك رجل فباعها وتداولتها الأيدي ثم رجعت إلى الأول فولدت في يده، وادَّعاه ثبت نسبه منه وبطلت البيوع كلها وتراجعوا الأثمان لما بينا، ولو لم يكن أصل الحمل عنده لم تبطل العقود. قال: (ومن ادَّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما خلقا من ماء واحد لأنه اسم لولدين، ولذا ليس بينهما ستة أشهر فاستحال انعلاق الثاني من ماء آخر، فإذا ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر، وبطل ما جرى فيه من العقود من بيع وعتق وغير ذلك.

فصل [أحكام تناقض كلام المدعى]

كل قولين متناقضين صدرا من المدعى عند الحاكم إن أمكن التوفيق بينهما قبلت الدعوى صيانة لكلامه عن اللغو نظراً إلى عقله ودينه، وإن تعذر التوفيق بينهما لم تقبل، كما إذا صدر من الشهود، وكل ما أثر في قدح الشهادة أثر في منع استماع الدعوى. قال أبو حنيفة: إذا قال المدعى ليس لي بينة على دعوى هذا الحق ثم أقام البينة عليه لم تقبل لأنه أكذب بينته، وعن محمد أنها تقبل لأنه يجوز أنه نسيها؛ ولو قال: ليس لي على فلان شهادة ثم شهد له لم تقبل، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تقبل شهادته لاحتمال النسيان أيضاً. وروى ابن رستم عن محمد: إذا قال لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم جاء وشهد له قبلت لأنه يقول نسيته، ولو قال: لا أعلم لي حقاً، أو لا أعلم لي حجة ثم ادعى حقاً أو جاء بحجة قبلت، ولو قال: ليس لي حق لا تقبل، ولو قال: ليس لي حجة قبلت لاحتمال الخفاء في البينة دون الحق. وروى ابن سماعة^(١) عن محمد: لو قال هذه الدار ليست لي ثم أقام البينة أنها له قضى له بها لأنه لم يثبت بذلك حقاً لأحد فكان ساقطاً، ألا ترى أن الملاعن إذا ادعى نسب الولد صح لما أنه لم يثبت النسب من غيره باللعان؟. وروى هشام^(٢) عن محمد: لو قال لا حق لي بالري في دار ولا أرض ثم أقام البينة على ذلك في يد إنسان بالري قبلت، ولو عين فقال: لا حق لي بالري في رستاق كذا في يد فلان، ثم أقام البينة لم تقبل إلا أن تقوم البينة أنه أخذه منه بعد الإقرار، ولو قال لرجل: ادفع إلى هذه الدار أسكنها، أو هذا الثوب ألبسه ونحو ذلك فأبى ثم ادعى السائل ذلك صح، لأنه يقول: إنما طلبتها بطريق الملك لا بالعارية. وفي الفتاوى: باع عقاراً وابنه أو زوجته حاضر وتصرف المشتري فيه ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن لأبيه اتفاق مشايخنا أنه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض، وحضوره عند البيع وترك المنازعة إقرار منه

(١) ابن سماعة: هو محمد سماعة بن عبيد الله بن هلال، أبو عبد الله، الإمام، أحد الثقات الأثبات، حدث عن الليث ابن سعد، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، كان من المعمرين، عاش مائة وخمس سنين. توفي رحمه الله سنة ٢٣٣هـ، الجوار المضية، ج ٣/ ١٦٨ - ١٦٩.

(٢) هشام: هو ابن عبيد الله الزاوي، تفقه على أبي يوسف ومحمد بن الحسن، هو صدوق، في حديثه اضطراب. قال ابن حبان: كان يهمل ويخطئ عن الأثبات، ت سنة ٢٢١هـ. الجواهر المضية، ج ٣/ ٥٦٩ - ٥٧٠، وشذرات الذهب، ج ٢/ ٤٩.

.....

أنه ملك البائع، وجعل سكوته في هذه الحالة كالأيضاح بالإقرار قطعاً للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس، ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها كانت وقفاً عليه لا تسمع للتناقض، لأن الإقدام على البيع إقرار بالملك، وليس له تحليف المدعى عليه، ولو أقام البينة، قيل تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى وينقض البيع، وقيل لا تقبل ههنا لأنها تثبت فساد البيع وحقاً لنفسه فلا تسمع للتناقض، ولو ردّ الجارية بعيب فأنكر البائع البيع فأقام المشتري البينة على الشراء وأقام البائع أنه قد برأ إليه من العيب لم تقبل، لأن جحوده البيع إنكار للبراءة فيكون مكذباً شهوده، ولو أنكر النكاح ثم ادّعاها قبلت بينته على ذلك، وفي البيع لا تقبل، لأن البيع انفسخ بالإنكار والنكاح لا، ألا ترى أنه لو ادعى تزويجاً على ألف، فأنكرت فأقامت البينة على ألفين قبلت، ولا يكون إنكارها تكذيباً للشهود؟ وفي البيع لا تقبل ويكون تكذيباً للشهود.