

مُخْتَصَرٌ مِنْ جَامِعِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ

إِمْلَاءٌ عَلَى كِتَابِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى

إِمْلَاءٌ عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمِنْ اخْتِلَافِ الْأَحَادِيثِ

وَمِنْ اخْتِلَافِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَأَبِي حَنِيفَةَ وَمِنْ مَسَائِلِ شَتَّى سَمِعْتُهَا لَفْظًا

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مُسْلِمُ بْنُ خَالِدٍ عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» (قَالَ الشَّافِعِيُّ) أَحْسَبُهُ قَالَ وَلَا أَثْبُتُهُ قَالَ «وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».

ابن حجاج عن ابن جريج قال: أخبرني ابن أبي مليكة أن امرأتين كانتا في بيت تخززان ليس معهما فيه غيرهما فخرجت إحداهما وقد طعنت في كنفها بإسفى حتى خرج من ظهر كنفها، تقول طعنتها صاحبتها، وتنكر الأخرى قال: فأرسلت إلى ابن عباس فيهما، فأخبرته الخبر، فقال: لا تعط شيئاً إلا بينته، قال رسول الله ﷺ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ رِجَالٍ وَدِمَاءَهُمْ لَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» فكمل بالجمع بين الروایتين قول النبي ﷺ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» مع ما قدم من التعليل.

روى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ».

وروى الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أمها أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ لَتَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنُّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي عَلَى مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ شَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

وقيل: إن أول دعوى كانت في الأرض دعوى قابيل بن آدم على أخيه هابيل، أنه أحق بنكاح توأمته منه، فتنازعا إلى آدم فأمرهما بما قصه الله تعالى علينا بقوله: «وَأَنْتَلُ عَلَيْهِمْ نِسَاءَ ابْنَتِي آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ» [المائدة: ٢٧] فأفضى تنازعهما إلى القتل فقتل قابيل هابيل فكان أول قتل في الأرض.

فصل: وحد الدعوى أنه طلب ما يذكر استحقاقه، وسميت دعوى، لأنه قد دعاه

إلى نفسه، والدعوى تشتمل على أربعة أشياء: مدع، مدعى عليه، ومدعى به، ومدعى عنده.

فأما المدعى: فهو الطالب من غيره شيئاً في يده، أو في ذمته.

وأما المدعى عليه: فهو المطلوب منه شيئاً في يده، أو في ذمته.

وفرق ما بين الطالب، والمطلوب منه، أن الطالب إذا تارك ترك والمطلوب إذا تارك لم يترك.

وأما المدعى به فهو ما تنازع فيه الطالب والمطلوب. وأما المدعى عنده فهو من نفذ حكمه من قاض أو أمير.

فصل: والدعوى على ستة أضرب: صحيحة، وفاسدة، ومجملة، وناقصة، وزائدة، وكاذبة.

فأما الدعوى الصحيحة فضربان: دعوى استحقاق، ودعوى اعتراض.

فأما دعوى الاستحقاق فضربان:

أحدهما: أن تتوجه إلى عين في اليد.

والثاني: إلى مال في الذمة.

فأما توجه الدعوى إلى عين في اليد فضربان: منقول، وغير منقول فأما المنقول فضربان: حاضر، وغائب.

فإن كانت العين المنقولة حاضرة في مجلس الحكم، كعبد أو ثوب، أغنت الإشارة عن صفتها، وعن ذكر قيمتها

فإن كانت الدعوى في غصب صحت الدعوى، إذا قال غصبي هذا العبد، أو هذا الثوب وإن كانت الدعوى في ودیعة فقال: أودعته هذا، وإن كانت الدعوى في ابتیاع منه، فإن كان المقصود بها دعوى العقد، كان في صحة الدعوى ذكر قدر الثمن، وإن كان المقصود بها انتزاعه من يده كان في صحة الدعوى أن يذكر أنه ابتاعه منه، ودفع إليه ثمنه، وقد منعه منه ولا يلزمه أن يذكر قدر الثمن.

وإن كانت العين المنقولة غائبة، فإن كانت من ذوات الأمثال كالحنطة، اقتصر في تعيينها على ذكر الصفة، ثم صار الحكم فيها كالعين الحاضرة، وإن كانت من غير ذوات الأمثال، كالجواهر لزمه في تعيينها ذكر الجنس، والنوع، وما يضبط به من صفاتها فإن كانت ودیعة لم يلزمه ذكر قيمتها، لأن الودیعة أمانة غير مضمونة، وإن كانت عارية أو غصباً لزمه في التعيين ذكر قيمتها، لضمان العارية والغصب بالقيمة،

وإن كانت مبيعة لزمه في التعيين ذكر ثمنها لضمان ما لم يقبض من المبيع بالثمن دون القيمة.

وأما غير المنقول كدار، أو ضيعة، فتعيينها في الدعوى يكون بذكر الناحية، والحدود الأربعة: لِتَتَمَيَّزَ بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِهَا، وَلَا يَغْنِي ذِكْرَ النَّاحِيَةِ عَنْ ذِكْرِ الْحُدُودِ، وَلَا ذِكْرَ الْحُدُودِ عَنْ ذِكْرِ النَّاحِيَةِ، وَلَا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى بَعْضِ الْحُدُودِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَهَا فَتَصِيرَ بِذِكْرِ النَّاحِيَةِ وَالْحُدُودِ الْأَرْبَعَةِ مُمْتِزَةً عَنْ غَيْرِهَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الدَّارُ مَشْهُورَةً بِاسْمِهَا مُمْتِزَةً بِهِ عَنْ غَيْرِهَا، «كدار الندوة» بمكة و«دار الخيزران»، فيغني ذكر اسمها عن ذكر حدودها، وإذا ذكرت الناحية والحدود الأربعة، صح دعواها وإن جاز أن يشاركها غيرها في حدودها، كما إذا ذكر الرجل باسمه، واسم أبيه وجده، وقبيلته، وصناعته، صح، وتميز في الدعوى والشهادة، وإن جاز أن يشاركه غيره في الاسم، والنسب، لأنه غاية الممكن ولأن المشاركة نادرة، ثم صحة دعواها بعد تحديدها معتبرة بشرطين: أن يذكر أنها ملكه.

والثاني: أن يذكر أنها في يد المدعى عليه بغير حق.

وهو إذا ذكر ذلك بالخيار بين أن يعين السبب الذي صارت به في يده بغير حق، وبين أن يطلقه.

فصل: وإن كانت الدعوى بمال في الذمة، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون من ذوي الأمثال كالدرهم، والدنانير، أو الحنطة والشعير مما يصح أن يثبت في الذمة ثمناً، أو يضمن في العمد بمثله، فيلزمه في الدعوى أن يذكر الجنس والنوع، والصفة، والقدر، بما يصير به عند الخاصة والعامة معلوماً، وهو بالخيار في أن يذكر سبب الاستحقاق، أو لا يذكر فتكون صحة الدعوى معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يقول لي عليه كذا ويصفه.

والشرط الثاني: أن يقول وهو حال، لأن المؤجل لا يستحق المطالبة به قبل حلوله، فلم تصح دعواه، فإن كان بعضه حالاً، وبعضه مؤجلاً صح دعوى جميعه لاستحقاق المطالبة ببعضه ويكون المؤجل تبعاً فلو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح العقد، كالمسلم المؤجل، صحت دعواه، لأن المقصود به مستحق في الحال.

والشرط الثالث: أن يقول: وقد منعتني، أو أخره عني فإن قال: وقد أنكرت صح، لأن المنكر مانع.

ثم اختلف أصحابنا بعد ذكر هذه الشروط الثلاثة: هل يعتبر في صحة الدعوى أن

يقول: وأنا أسأل القاضي، أن يلزمه الخروج إلي من حقي على وجهين:

أحدهما: يعتبر في صحة الدعوى، لأن المقصود بالتحاكم إليه، وإلا كان خبيراً.

والوجه الثاني: لا يعتبر، لأن شاهد الحال يدل عليه، فاعتبر.

والضرب الثاني: أن يكون ما في الذمة غير ذي مثل، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الشرع مانعاً من ثبوته في الذمة، كاللؤلؤ، والجوهر، فلا تصح دعوى عينه، لأنها لا يصح ثبوته في الذمة إلا أن يقصد بالدعوى ثبوت عوضها، لأنها مغضوبة، فتصح دعواها بذكر قيمتها، أو تكون عن سلم فاسد، فتكون الدعوى برد ثمنها، ويكون ذكرها إخباراً عن السبب الموجب لعوضها.

والضرب الثاني: أن يصح في الشرع ثبوته في الذمة، وذلك من وجهين:

أحدهما: في السلم أن يكون معقوداً على ثياب، فيلزمه في صحة دعواها شرطان:

أحدهما: أن يصفها بأوصافها المستحقة في عقد السلم.

والشرط الثاني: أن يذكر أنها عن عقد سلم، يذكر فيه الشروط المعتبرة في صحة السلم.

ثم يذكر بعدها ما يوجبه مقصود الدعوى فإن لم يذكر أنه عن سلم، لم تصح دعوى أعيانها، لأنها قد تكون مغضوبة توجب غرم قيمتها، فيلزمه مع ذكر الصفة أن يذكر القيمة.

والوجه الثاني: الإبل المستحقة في الدية والغرة المستحقة في الجنين، فلا يلزمه صفتها في دعواه، لأن أوصافها مستحقة بالشرع، وصحة الدعوى فيها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يذكر أنها عن جنائية يصفها بعمدٍ، أو خطأ، لاختلاف صفاتها بالعمد، والخطأ، وهي مستحقة على الجاني في العمد، وفي الخطأ مستحقة على العاقلة.

والثاني: أن يذكر أنها على حُرٍ، لأن الإبل لا تستحق في الجنائية على العبد، وأن المجهضة لجنينها حرة، لأن الغرة لا تستحق في جنين الأمة.

والثالث: أن يذكر ما وصفنا فيه الجنائية من نفس، أو طرف، أو جراح تقدرت ديته بالشرع، كالموضحة، والجائفة، فتكون المطالبة بالدعوى عفواً عن القصاص، فإن كانت الجنائية فيما لا تتقدر ديته بالشرع، كانت دعواه مقصورة على وصف

الجناية، ولم تصح دعواه، بقدر أرشها لأنها مقدره بحكم الحاكم، وإن كانت الجناية على عبد استحق فيها القيمة فيذكر قدر قيمته ليعلم بها دية نفسه وأطرافه.

وإن كانت في جنين أمة، ذكر في الدعوى قدر قيمتها، لأن في جنين الأمة عشر قيمتها، ثم تستوفي شروط المقصود بالدعوى فهذا حكم دعوى الاستحقاق.

فصل: فأما دعوى الاعتراض فضريان:

أحدهما: أن يتوجه إلى ما في يده.

والثاني: إلى ما يتعلق بذمته.

فأما توجه الدعوى إلى ما في يده، فلا تكون إلا بعد معارضته، فإن كانت المعارضة بما لا يستضر به المدعي لم تصح الدعوى منه.

وإن كانت بما يستضر به المدعي إما بمد اليد إلى ملكه، وإما بمنعه من التصرف فيه وإما بملاذمته عليه، أو بقطعه عن أشغاله صحت دعواه بخمسة شروط:

أحدها: أن يصف الملك بما يصير به متعيناً منقول وغير منقول على ما قدمناه.

والثاني: أنه له وفي ملكه، لأن ما لا يملكه، أو لم يستتبه مالكة فيه لا يمنع من المعارضة فيه.

والثالث: أن يذكر المعارض له بالإشارة إليه، إن كان حاضراً، أو باسمه ونسبه إن كان غائباً.

والرابع: أن يذكر المعارضة هل هي في الملك، أو في نفسه؟ لأجل الملك لافتراقهما في الحكم.

والخامس: أن يذكر أنه عارضه بغير حق لأنه ربما استحق المعارضة برهن، أو إجارة حتى لا يتقي في دعواه ما يحتاج الحاكم أن يسأله عنه ليعدل بسؤاله إلى المدعي عليه.

وأما توجه الدعوى إلى ما يتعلق بذمته، لأنه قد طوب بما لا يستحق عليه فإن لم يلحقه بالمطالبة ضرر، لم تصح الدعوى، وإن لحقه بها ضرر، إما في نفسه بالملازمة، أو في جاهه بالإشاعة، وإما في ماله بالمعارضة صحت منه الدعوى ليستدفع بها الضرر وصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يذكر ما طوب به، إما مفسراً، أو مجملاً، لأن المقصود بالدعوى ما سواه.

والثاني: أن يذكر أنه غير مستحق عليه، لأن المطالبة بالحق لا ترد.

والثالث: أن يذكر ما استضر به، لأن مقصود الدعوى ليكون الكف عنه متوجهاً إليه، فإن اقترن بهذه الشروط ما يكمل به جميع الدعاوى، سأل الحاكم المدعى عليه، وله في الجواب، عن دعوى هذه المعارضة، ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعترف بجميع ما تضمنها فيمنعه الحاكم من معارضته.

والحال الثانية: أن ينكر المعارضة فيخلي سبيله، فلا يمين عليه لأن لا يتعلق بالمعارضة استحقاق غرم.

والحال الثالثة: أن يذكر أنه يعارضه فيه بحق يصفه، فيصير مدعياً بعد أن كان مدعىً عليه، ويصير المدعي مدعىً عليه، بعد أن كان مدعياً. فهذا الكلام في صحة الدعوى، وإن تضمنت ضرباً أغفلناها اقتصاراً وتعويلاً بها على اعتبار ما بيناه.

فصل: وأما الدعوى الفاسدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما عاد فساده إلى المدعي.

والثاني: ما عاد فساده إلى الشيء المدعى.

والثالث: ما عاد فساده إلى سبب الدعوى.

فأما الضرب الأول في عود فساده إلى المدعي، فكمسلم ادعى نكاح مجوسية أو حر واجد الطول ادعى نكاح أمة، فهذه دعوى فاسدة، لأن المسلم لا يجوز له أن ينكح مجوسية، والواجد الطول لا يجوز أن ينكح أمة، فبطلت دعواه لامتناع مقصودها في حقه، فلم يكن للحاكم أن يسمعها منه.

وأما الضرب الثاني: فيما عاد فساده إلى الشيء المدعى، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يدعي ما لا تقر عليه يد كالخمر، ولحم الخنزير، والسباع الضارية، والحشرات المؤذية، فدعواه فاسدة، لوجوب رفع اليد عنها في حقوق المسلمين فلم يكن للحاكم، أن يسمعها من كافة الناس.

والضرب الثاني: أن يدعي ما تقر عليه اليد، ولا تصح المعارضة عنه كجلود الميتة، والسراجين، والسماذ، والنجس، والكلاب المعلمة، تقر عليها اليد للانتفاع بجلود الميتة، إذا دُبغت، وبالسماذ، والسراجين في الزروع، والشجر، والكلاب في الصيد، والمواشي، واختلف في اليد عليها إذا كانت الجلود من أموات حيوان، والسراجين من أرواث بهائم، هل تكون يد ملك أو يد انتفاع؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها يد انتفاع لا يد ملك لخروجها عن معارضة الأملاك.

والوجه الثاني: أنها يد ملك لأنه أحق بها كسائر الأموال.

والوجه الثالث: أن ما كان منها ملكاً يعتاض عنه، ويصير في الثاني يعتاض عنه كجلود الميتة كانت اليد عليها يد ملك اعتباراً بالطرفين وما خرج عن أملاك المعاوضة حي طرفيه، كالكلاب، والأنجاس، كانت اليد عليها يد انتفاع لا يد ملك فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا، لم يخل من أن يكون باقياً أو تالفاً،

فإن كان تالفاً كانت الدعوى فيه باطلة، لأنه لا يستحق بتلفها مثل، ولا قيمة، وإن كانت باقية لم يخل أن يدعيها بمعاوضة، أو غير معاوضة.

فإن ادعاها بمعاوضة أنه ابتاعها، كانت الدعوى فاسدة، لأنها لا تملك بالابتاع إلا أن يكون قد دفع ثمنها، فتكون دعواه متوجهة إلى الثمن إن طلبه، ويكون ذكر ابتاعها إخباراً عن السبب الموجب لاسترجاع الثمن به، وإن ادعاها بغير معاوضة فقد تصح دعواها في أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تغضب منه، فتصح دعوى غضبها.

والثاني: أن يوصي بها، فتصح دعوى الوصية بها.

والثالث: أن توهب له، فتصح دعوى هبتها.

فإن أطلق الدعوى ولم يفسرها، بما تصح به أو تفسد، فقد اختلف فيما يكون من الحاكم فيها على وجهين:

أحدهما: يُستفسر ليعمل على تفسيره في صحتها، وفسادها، لأنه مندوب لفصل ما اشتبه.

والوجه الثاني: أن يمسكه متوقفاً عنهما، ولا يستفسره إياها، ليكون هو المبتدئ بتفسيرها، لأن استيفاء دعواه حق له، يقف على خياره.

والضرب الثالث: ما تقر عليه اليد ملكاً، ولا يجوز أن ينتقل من مالك إلى مالك كالوقف وأمهات الأولاد والدعوى فيه على المالك فاسدة، لا يجوز أن يسمعها الحاكم على مالك لاستحالة انتقاله عن ملكه إلى ملك غيره إلا أن يدعي ابتاعه لاسترجاع الثمن، فتكون الدعوى متوجهة إلى الثمن ويكون ذكر ابتاعه إخباراً عن السبب.

ويجوز أن يدعي الوقف وأم الولد على غاصبها، وإن لم يدعيها على مالكهما.

وأما الضرب الثالث: في الأصل وهو ما عاد فساده إلى سبب الدعوى وهو على ضربين: عقد - ومقتضى عقد:

فأما العقد فكالبيع، إذا ادعى ما ابتاعه وهو على ثلاثة أضرب: صحيح ومتفق على فساده، ومختلف فيه:

فإن كان البيع صحيحاً، صحت الدعوى فيه: إذا استوفى شروطها على ما سنذكره.

وإن كان البيع متفقاً على فساده كبيع الحمل في البطن، وبيع الثمرة قبل أن تخلق، فالدعوى فيه باطلة لا يسمعها إن طلب تسليم المبيع، ويسمعها إن طلب موجبها من رد الثمن.

وإن كان المبيع مختلفاً فيه كبيع العين الغائبة، يسمعها ليحكم فيها بما يؤدي إليه اجتهاده، من صحة البيع، وتسليم المبيع، أو يحكم بفساده ورد الثمن. وكذلك الحكم في عقود الإجازات، والمناكح، والرهن.

وأما نقص العقد فكالشفعة، وهي على ثلاثة أضرب: مستحقة، وباطلة ومختلف فيها. فأما المستحقة: فشفعة الخلطة تصح دعواها بعد استيفاء شروطها وأما الباطلة فالشفعة فيما ينقل من متاع، أو حيوان فلا يسمع الحاكم ممن منه الدعوى.

فإن جهل المدعي حكمها أخبره بسقوط حقه فيها.

وأما المختلف فيها فشفعة الجار، فإن كان الحاكم ممن يرى وجوبها سمع الدعوى فيها، وحكم بها لمدعيها، وإن كان ممن لا يرى وجوبها لم يسمع الدعوى فيها بخلاف البيع المختلف فيه، لأن في البيع عقداً يفتقر إلى الحاكم بإبطاله فلذلك سمع فيه الدعوى ليحكم بإبطاله ورد ما تقابضاه، وليس هذا في الشفعة، لأنها مجرد دعوى، يبطل بردها والإعراض عنها، فلذلك ما افترقا.

فصل: وأما الدعوى المجملة فكقوله: لي عليه شيء، فالشيء مجهول لإنطلاقه على كل موجود من حق وباطل، وصحيح وفساد، فلا يسمع دعوى المجمع والمجهول، وإن سمع الإقرار، بالمجمع والمجهول.

والفرق بين الدعوى، والإقرار من وجهين:

أحدهما: أن المدعي لا يجوز أن يدعي ما أشكل عليه.

والثاني: أن مدعي المجهول مقصر في حق نفسه، فلم تسمع منه، والمقر مقصر في حق غيره، فأضر به.

ولا يلزم الحاكم أن يستفسره عما ادعاه من مجمل، أو مجهول، حتى يكون هو المبتدئ بتفسيره بخلاف ما ذكرنا في الوجهين في استقرار المقصود بالدعوى، لأن تلك معلومة سئل فيها عن مقصوده، وهذه مجهولة أخفاها لقصده، فإن قال له فسر ما

أجهلت لم يجز، لأنه تلقين وإن قال له إن فسرت ما أجملت جاز لأنه استفهام، والحاكم لا يجوز أن يلغن ويجوز أن يستفهم.

فصل: وأما الدعوى الناقصة فعلى ضربين: نقصان صفة، ونقصان شرط. فأما نقصان الصفة فكقوله: لي عليه ألف درهم، لا يصفها، فيجب عليه أن يسأله عنها، ولا يحملها على الغالب من نقد البلد فإن كان إطلاقها في البيع محمولاً على الغالب، لجواز أن تكون في الدعوى من غيرها فإن كانت من ثمن مبيع سأله عنها أيضاً، لجواز أن يعقد بغيرها.

وأما نقصان الشرط فكدعوى عقد نكاح، لا يذكر فيها الولي، أو الشهود فلا يسأله الحاكم عن نقصان الشرط، ويتوقف عن السماع، حتى يكون المبتدئ بذكره، أو لا يذكره فيطرحها.

والفرق بين أن يسأله عن نقصان الصفة، ولا يسأله عن نقصان الشرط: أن نقصان الصفة لا يتردد ذكره بين صحة وفساد، فجاز أن يسأله عنه ونقصان الشرط يتردد ذكره بين الصحة والفساد، فلم يجز أن يسأله عنه.

فصل: وأما الدعوى الزائدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة هدراً غير مؤثرة كقوله: ابتعت منه هذا العبد في بلد كذا، أو في سوق كذا، فلا يؤثر في الدعوى ويطرح للحاكم سماعها.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة تأكيداً كقوله: ابتعت هذا العبد على أنني إن وجدت به عيباً رددته، أو على أن عليه أنني استحق دركه فلا يمنع الحاكم من سماعها، وإن لم تحتج الدعوى إليها بما أوجبه الشرع من رد العيب، ودرك المستحق، لأن التأكيد مستعمل في العقود فجرت الدعوى فيه على المعهود.

والضرب الثالث: أن تكون الزيادة منافية لموجب الدعوى.

كقوله: ابتعت هذا العبد بألف إن استقاني أقلته، وإن ردها علي فسخته فهذه الزيادة في الدعوى معتبرة بمخرجها منه، فإن خرجت مخرج الوعد بعد صحة العقد، لم تمنع من صحة الدعوى وكان ذكرها حكاية حال تقف على خياره، وإن خرجت مخرج الشرط في العقد، أبطل بها الدعوى فإن قصد بها تملك المبيع لم يسمعها وإن قصد بها استرجاع الثمن سمعها.

فصل: وأما الدعوى الكاذبة فهي المستحيلة: كمن ادعى وهو بمكة أنه نكح بالأمس فلانة بالبصرة.

أو ادعى أنه ورث هذا العبد من أبيه وقد ولد بعد موت أبيه .

أو ادعى أن فلاناً جرحه هذه الجراحة في يومه، وفلان غائب إلى نظائر هذا من الدعاوى الممتنعة فتكون كاذبة، يقطع بكذب مدعيها، لا يسمعها الحاكم، وإن صدقه الخصم عليها لاستحالتها، وتزول بها عدالة المدعي للعلم بكذبه، وبالله التوفيق .

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من مقدمات هذا الباب، فالدعوى الصحيحة ممنوعة من كل جائز الأمر فيما يدعيه، على كل جائز الأمر، فيما يدعى عليه سواء عرف بينهما معاملة، أو لم يعرف، ويعديه الحاكم إذا استعداه وإن جل قدر المدعى عليه وتصون .

وقال مالك لا يعد به على أهل الصيانة، فلا يستحضره الحاكم، إلا أن يعلم أن بينهما معاملة، لئلا يستبدل أهل الصيانات، وقد قال النبي ﷺ: «أَقْبِلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثْرَاتِهِمْ» وهذا ليس بصحيح لقول الله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ فأمره بالتسوية وترك الميل .

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عهده إلى أبي موسى: آسي بين الناس في وجهك، وعدلك، ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف في عدلك .

وقد احتكم علي بن أبي طالب عليه السلام ويهودي إلى شريح في حال خلافته فلم يمتنع أن يساوي في المحاكمة بين اليهودي، وبين نفسه، ولأن خمول المدعي لا يمنع أن يكون ذا حق، وصيانة المدعى عليه لا يمنع أن يكون عليه حق .

ولأن المعاملة لا تدل على بقاء الحق، وعدمها لا يمنع من حدوث الحق، فلم يكن لاعتبارها في الدعاوى وجه . والذي يجوز أن يستعمله الحاكم في تحاكم أهل الصيانة أن يميزهم عن مجالس العامة، ويفرد لمحاكمتهم مجالساً خاصاً يصانون به، عن بذلة العامة، يجمع فيه بينهم، وبين خصومهم، فلا ترد فيه الدعوى ولا تبذل فيه الصيانة .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ الشَّيْءَ فِي يَدَيِ الرَّجُلِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لِمَنْ هُوَ فِي يَدَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّهُ أَقْوَى سَبَبًا فَإِنْ اسْتَوَى سَبَبُهُمَا فَهُمَا فِيهِ سَوَاءٌ فَإِنْ أَقَامَ الَّذِي لَيْسَ فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ قِيلَ لِصَاحِبِ الْيَدِ الْبَيِّنَةِ الَّتِي لَا تَجُزُّ إِلَى أَنْفُسِهَا بِشَهَادَتِهَا أَقْوَى مِنْ كَيْنُونَةِ الشَّيْءِ فِي يَدَيْكَ وَقَدْ يَكُونُ فِي يَدَيْكَ مَا لَا تَمْلِكُهُ فَهُوَ لِفَضْلِ قُوَّةِ سَبَبِهِ عَلَى سَبَبِكَ فَإِنْ أَقَامَ الْآخَرَ بَيِّنَةً قِيلَ قَدِ اسْتَوَيْتُمَا فِي الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ وَالَّذِي

الشَّيْءُ فِي يَدَيْهِ أَقْوَى سَبَبًا فَهُوَ لَهُ لِفَضْلِ قُوَّةِ سَبَبِهِ وَهَذَا مُعْتَدِلٌ عَلَى أَصْلِ الْقِيَّاسِ وَالشُّنَّةِ عَلَى مَا قُلْنَا فِي رَجُلَيْنِ تَدَاعَايَا دَابَّةً وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا دَابَّتُهُ نَتَجَّهَا فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ قَالَ وَسَوَاءُ التَّدَاعِي وَالْبَيِّنَةُ فِي التَّنَاجِ وَغَيْرِهِ» .

قال الماوردي: وأصل هذا أن مجرد الدعاوى في المطالبات لا يحكم في فصلها إلا بحجة تقترن بها، فحجة المدعي البينة على إثبات ما داعاه، وحجة المدعى عليه اليمين على نفي ما أنكره، لقول النبي ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» .

وروى الأعمش عن شقيق بن وائل عن الأشعث قال: كان بيني وبين يهودي أرض فبحدني عليهما، فقدمته إلى النبي ﷺ فقال: أَلَكْ بَيِّنَةٌ، فقلتُ لا. فقال لليهودي: اخلف. قلت: إِذَنْ يَخْلِفُ فَيَذْهَبُ بِمَالِي، فنزل قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(١) [آل عمران: ٧٧] الآية، فنهى رسول الله ﷺ بهذا الخبر حجة كل واحد منهما.

وروى سماك عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه أن رجلاً من حضرموت أتى النبي ﷺ ومعه رجل من كِنْدَةَ، فقال: يا رسول الله، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ لِأَبِي فَقَالَ الْكَنْدِيُّ: أَرْضِي، وَفِي يَدِي أَرْضُهَا، لَا حَقَّ لَهُ فِيهَا. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ: أَلَكْ بَيِّنَةٌ، قَالَ: لَا. فقال: لَكَ يَمِينُهُ. فقال الحضرمي: إِنَّهُ فَاجِرٌ لَا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ إِنَّهُ لَا يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ، فقال النبي ﷺ: «لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَاكَ» فَدَلَّ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

ويدل عليه من طريق المعنى أن البينة أقوى من اليمين، لزوال التهمة عن البينة وتوجهها إلى اليمين.

وجنبه المدعى عليه أقوى من جنبه المدعي، لأن الدعوة إن توجهت إلى ما في يده فالظاهر أنه على ملكه، وإن توجهت إلى دين في ذمته، فالأصل براءة ذمته، فجعلت أقوى الحجتين وهي البينة في أضعف الجنبتين وهي المدعي، وجعلت أضعف الحجتين وهي اليمين في أقوى الجنبتين وهي المدعى عليه، لتكون قوة الحجة جبراناً، لضعف الجنبه وفي الجنبه جبراناً لضعف الحجة فتعادلاً في الضعف والقوة.

فصل: وإذا تعين المدعي، وتحررت الدعوى، سأل الحاكم المدعى عليه، عن الدعوى، ولم يسأل المدعي عن البينة، لأنه قد يقر المدعى عليه، فلا يحوج إلى

(١) أخرجه مسلم ٢٢١/١ (٢٢٠-١٣٨) وأبو داود (٣٢٤٤) وابن ماجه (٢٣٢١، ٢٣٢٢)

البينة، فإن أقر لزمه إقراره، وأخذه بموجبة، وقد فصل الحكم بينهما.
 وإن أنكروا سأل الحاكم المدعي: أَلَك بَيِّنَةٌ؟ فإن ذكرها أمره بإحضارها، فإذا
 أحضرت سمع الحاكم منها وحكم على المدعى عليه، بها، وقدمها على يمين المدعى
 عليه لأمرين:

أحدهما: أن النبي ﷺ قدم البينة على اليمين.

والثاني: أن البينة أقوى من اليمين من وجهين:

أحدهما: أن التهمة منتفية عن البينة، لأنها لا تجر إلى نفسها نفعاً، ولا تدفع
 ضرراً، والتهمة متوجهة إلى يمين الحالف، لأنه يدفع بها عن نفسه ضرراً، ويجزى بها
 إلى نفسه نفعاً.

والثاني: أن البينة تشهد بتصريح الملك، وتوجهه، واليمين تدل عليه ولا توجهه.

وأن عدم المدعي البينة سأل الحاكم المدعى عليه الحلف، ولم يقل له احلف،
 لأن سؤاله استفهام. وأمره تلقين، فإن حلف فصل الحكم بينهما بيمينه، وسقطت
 الدعوى فإن نكل عن اليمين لم يجبر عليها، وترد يمينه على المدعي، بعد استقرار
 نكوله، ولا يقضي عليه بالنكول، من غير إحلاف المدعي، وقال أبو حنيفة: يقضي
 عليه بالنكول، من غير إحلاف المدعي، وقد تقدم الكلام معه، وإن امتنع المدعى عليه
 من اليمين ليقيم البينة بدلاً من يمينه نظر في الدعوى.

فإن كانت بدين في الذمة لم تسمع منه البينة لأنه نفى الدين بإنكاره والبينة لا
 تسمع على النفي وقيل له لا براءة لك من الدعوى إلا بيمينك. فإن كانت الدعوى
 بعين في يده ففي سماع بينته بدلاً من يمينه وجهان:

أحدهما: لا تسمع بينته، لأنه لا حاجة به إليها، ويستغني بيمينه عنها.

والثاني: تسمع بينته عليها وترتفع الدعوى بها، وتكون بينته أوكد من يمينه، لأن
 البينة قد جمعت إثباتاً ونفيًا، فصح سماعها منه في الأعيان لما تضمنها من الإثبات،
 ولم يسمعها فيما تعلق بالذمة لأنها تتضمن النفي دون الإثبات.

وقال أبو حنيفة: اليمين مستحقة على المدعى عليه فلا تنقل إلى المدعي، والبينة
 مستحقة على المدعي، فلا تنقل إلى المدعى عليه. فلذلك قضى عليه بنكوله، ولم
 تسمع منه البينة، ولم يختلف عليه المدعي وسيأتي الكلام معه.

فصل: فإن أقام المدعي بينته، وأقام صاحب اليد بيته، سمعت بينته وقضى بينته
 على بيته المدعي، لفضل يده في جميع الأعيان سواء كان الملك مطلقاً، أو مذكوراً

لسبب وسواء فيما ذكر سببه مما يتكرر كصناعة الأواني، وما ينتج من الخز مرة بعد أخرى، لو كان مما لا يتكرر سببه كالتناج، وثياب القطن، والكتان، وبه قال مالك من أهل المدينة وقال به من أهل العراق شريح، والنخعي، والحكم بن عيينة.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن كان التنازع في ملك مطلق، أو مما يتكرر سببه لم تسمع بيته صاحب اليد، وقضى بيته المدعي، وإن كان مما لا يتكرر سمعت بيته صاحب اليد في الأحوال كلها، وسموا المدعي خارجاً، وصاحب اليد داخلياً، فقال: تسمع بيته الخارج، ولا تسمع بيته الداخل، واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» فأضاف البيته إلى جنبه المدعي وأضاف اليمين إلى جنبه المدعي عليه بحذف الألف واللام الموجب لاستغراق الجنس، فاقضى أن لا تنتقل البيته إلى المدعي عليه، ولا تنتقل اليمين إلى المدعي.

ولأن اليمين موجبة للملك فلم يستفد صاحب اليد بالبيته ما لا يستفيد بيده وبيته المدعي يحكم بها مع يد المدعي عليه، فوجب أن يحكم بها مع بيته، لأن بيته لم تعد إلا ما أفادته يده، ثم اليد أقوى من البيته، لأن اليد تدل على الملك مشاهدة والبيته^(١) تدل على الملك استدلالاً فافترقا ولأنه لما لم تسمع بيته الداخل في الدين لم تسمع في العين لاستوائهما في حق الخارج في القبول، فوجب أن يستويا في حق الداخل في الرد.

قالوا: ولأنه لما لم تسمع بيته الداخل إذا لم يقم الخارج البيته مع قوة الداخل، وضعف الخارج كان أولى أن لا تسمع بيته الداخل إذا أقام الخارج البيته مع ضعف الداخل، وقوة الخارج لأن من لم تسمع بيته مع قوته، كان أولى أن لا تسمع مع ضعفه.

ودليلنا «رواية جابر أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في دابة، أو بعير، وأقام كل واحد منهما البيته أنها له بنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده فدل على قبول بيته الداخل، فإن قيل فبيته الداخل في التناج مقبولة.

قيل: وجه الدليل أنه قضى بيته الداخل تعليلاً باليد، ولأن النبي ﷺ قال: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» وَقَدْ صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَدْعِيًّا لِلْعَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَصِرْ مَدْعِيًّا لِلدِّينِ، فوجب بهذا الخبر، أن تسمع بيته كل واحد منهما.

ولأن جنبه الخارج، أضعف من جنبه الداخل، فلما سمعت لليد مع الضعف كان سماعها مع القوة أولى.

(١) في اليد.

وتحريره قياساً، أنها بينة تسمع مع ضعف الجنبه، فكان أولى أن تسمع مع قوة الجنبه كسماعها من المدعي، إذا كانت له يد متقدمة ولأنهما إذا تنازعا ملكاً، لا يد لواحد منهما، سمعت بينة كل واحد منهما، فإذا انفرد أحدهما باليد، لم يمنع من سماع بينته، لأنها إن لم تفده قوة لم تفده ضعفاً .

وتحريره أن تساويهما في ادعاء الملك، يوجب تساويهما في سماع البينة، كما لو لم يكن لأحدهما عليه يد، أو كان لكل واحد منهما يد عليه .

ولأن بينة الخارج قد رفعت يد الداخل، فصار كالخارج فوجب أن تسمع بينته كسماعها من الخارج .

وتحريره قياساً أن كل من حكم عليه إذا عدم البينة، وجب أن يحكم له إذا وجد البينة كالخارج، ولأن اليد فعل زائد في القوة فلم يجز أن يمنع من سماع البينة . كما لو شهد لأحدهما شاهدان، وشهد للآخر عشرة .

ولأن كل حجة صح دفعها بالقدح فيها، صح دفعها بالمعارضة لها كالخبرين وعمدة القياس على أبي حنيفة أنه لما سمعت بينة الداخل فيما لا يتكرر من النتائج، وثوب القطن، سمعت بينته في ما يتكرر من أواني الذهب والفضة، وثوب الخبز .
وتحريره قياساً من وجهين :

أحدهما: أن كل من سمعت بينته فيما لا يتكرر من الأعيان سمعت بينته فيما يتكرر منها كالخارج .

والثاني: أن كل يمين صح سماع البينة عليها من الخارج، صح سماع البينة عليها من الداخل، كالنتاج، والأعيان التي لا تتكرر فاعترض أصحاب أبي حنيفة على هذا بما اختلف فيه متقدموهم، ومتأخروهم، فأما المتقدمون منهم فعارضوا في الفرق بينهما بأن البينة في النتاج وما لا يتكرر سببه، تفيد ما لا تفيد يده، لأن اليد تدل على الملك دون السبب والبينة تدل على الملك والسبب فلذلك سمعت بينته مع يده والبينة في الملك المطلق، لا تفيد إلا ما أفادته يده، فلذلك لم تسمع بينته مع يده، وعنه جوابان أحدهما أن عكس هذا بأن ما كان التعارض فيه ممكناً، أولى بالقبول مما كان التعارض فيه كذباً .

والثاني: أنهما متكاذبتان في الملك، وإن أمكن صدقها في السبب المتكرر فلتن جاز أن يكون التكاذب في السبب موجباً لتغليب الصدق باليد جاز أن يكون التكاذب في الملك موجباً لتغليب الصدق باليد، فلم ينقلوا في كل الفرقين من فساد موضوعها .

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ» فمن وجهين:

أحدهما: ما قدمناه في الاستدلال به عليهم، بأنه قد صار كل واحد منهما مدعياً.

والثاني: أنه لا يمتنع أنه يحمل قوله: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعِي» أنها تسمع من المدعى عليه على المدعي، واليمين على المدعى عليه أنها تسمع على المدعي لأن قوله على مقتضى ظاهره. أن يكون متوجهاً إلى من سمعت منه البيئته، وسمعت عليه اليمين، فيكون الخبر محمولاً على تأويلين مستعملين، ثم أكثر ما فيه أن يكون عاماً في جنس الأيمان والبيئات، والعموم يجوز تخصيص بعضه فيخص هذا بأدلتنا.

وأما الجواب عن قولهم أن اليد موجبة للملك، فلم يستفد صاحبها بالبيئته، ما لم يستفده بيده فمن وجهين:

أحدهما: أن اليد تدل على الملك، ولا توجه، لأن اليد قد تكون لغصب، أو أمانة، أو إجارة فلم توجب الملك دون غيره، وإن كانت في الظاهر محمولة عليه مع اليمين، والبيئته موجبة للملك بغير يمين. فصار مستفيداً بالبيئته، ما لا يستفده بيده من وجهين:

أحدهما: أنها أوجبت الملك واليد لا توجه.

والثاني: أنها أسقطت اليمين، واليد لا تسقطها.

والجواب الثاني ما قدمناه أن بيئته المدعي، قد رفعت يده في الحكم، فاستفاد بالبيئته إقرار يده على الملك.

وأما الجواب عن قولهم، إنه لما لم تسمع بيئته المدعى عليه في الدين لم تسمع بيئته في اليمين فمن وجهين:

أحدهما: ما قدمناه من أن البيئته في الدين، في جهة المدعي تكون على الإثبات، ومن جهة المدعى عليه تكون على النفي، والبيئته، تسمع على الإثبات، ولا تسمع على النفي، وهي على الأيمان موجبة للإثبات في الجهتين فسمعت منهما.

والجواب الثاني: أنها تسمع البيئته في الدين من جهة المدعى عليه، إذا شهدت بالقضاء، فصارت مسموعة من الجهتين.

وأما الجواب عن قولهم إنه لما لم تسمع بيئته، مع عدم بيئته الخارج، كان أولى أن لا تسمع مع وجود بيئته الخارج، فهو أن لأصحابنا في سماعها وجهين ذكرناهما:

أحدهما: تسمع ويسقط الاستدلال.

والوجه الثاني: لا تسمع.

والفرق بينهما أنه لا تسمع بيته، مع عدم بيته الخارج، لأنه مستغن عنها بيمينه.

فصل: فإذا ثبت أن البينة مسموعة من المدعي، الذي هو الخارج، ومن المدعي عليه، الذي هو الداخل، فبينة المدعي مسموعة على التقيد، والإطلاق، فتقيدها أن تشهد له بالملك المضاف إلى سببه، وإطلاقها أن تشهد له بالملك على الإطلاق من غير إضافة إلى سببه.

وأما بيته المدعى عليه، فإن شهدت بالملك المقيد المضاف إلى سببه سمعت، وإن شهدت له بالملك المطلق من غير إضافة إلى سببه، ففي سماعها منه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم لا تسمع منه لجواز أن تشهد له بالملك لأجل اليد التي قد زال حكمها، بيته المدعي.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد تسمع منه لأن الظاهر من الشهود إذا أطلقوا أنهم لا يشهدون له بالملك عن يد، قد علموا زوالها بيته المدعي، إلا وقد علموا غيرها من الأسباب الموجبة للملك، فحملت شهادتهم على ظاهر الصحة، فإذا سمعت بيته المدعي وسمعت بيته المدعى عليه، على ما وصفنا فقد تعارضت البيتان فوجب أن يحكم للمدعى عليه دون المدعي، وفي وجوب استحلافه على الحكم له بالملك قولان، مبنيان على اختلاف قول الشافعي فيما يوجه تعارض البيتين، فأحد قوليه أنهما يسقطان بالتعارض، وتقر يد المدعى عليه، فيحكم له بيده مع يمينه.

والقول الثاني: أن بيته المدعى عليه قد ترجحت بيده، فأسقطت بيته المدعي بيته، فحكم له بالبيته من غير يمين ترجيحاً باليد ولم يحكم له باليد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسِوَاهُ أَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِدًا وَأَمْرًا تَيْنِ وَالْآخَرُ عَشْرَةٌ إِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَرْجَحَ مِنْ بَعْضٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أقام كل واحد من المتداعيين بيته على ما تنازعا من العين، ولم يكن لواحد منهما يد، وترجحت بيته أحدهما على بيته الآخر، بكثرة العدد، وكانت بيته أحدهما شاهدين، وبيته الآخر عشرة، أو ترجحت بزيادة العدالة، فكانت بيته أحدهما أظهر زهداً، وأوفر ترجحاً فهما في التعارض سواء، ولا يغلب الحكم بالبيته الزائدة في العدد والعدالة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

وقال مالك: المرجحة بزيادة العدد، وقوة العدالة أولى، والحكم بها أحق.

حكاه الشافعي في القديم، فخرجه بعض أصحابه قولاً ثانياً، ونفاه أكثرهم عنه.

وحكي عن الأوزاعي أنه قال: أقسم الشيء المشهود فيه على عدد البينتين، فإذا كانت إحداهما شاهدين والأخرى أربعة قسمت المشهود فيه أثلاثاً، فجعلت لصاحب الشاهدين سهماً، ولصاحب الأربعة سهمين.

فأما مالك فاستدل بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **عَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الْوَاحِدِ وَهُوَ مِنَ الْجَمَاعَةِ أَبْغَدٌ**، ولأن النفس إلى زيادة العدد أسكن، وبقوة العدالة أوثق، ولذلك رجحت بها أخبار الرسول، إذا تعارضت، فوجب أن ترجح بها الشهادات إذا تعارضت.

وأما الأوزاعي، فاستدل له بأن المشهود فيه مستحق بقولهم، فاقضى أن يكون مقسماً على عددهم.

والدليل على التسوية بينهم أن الله تعالى نص على عدد الشهادة بقوله: **﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾** [الطلاق: ٢] فمنع النص من الاجتهاد في الزيادة، والنقصان.

ولأن لما جاز الاقتصار على الشاهدين مع وجود من هو أكثر، وعلى قبول العدل مع من هو أعدل، دل على أن لا تأثير لزيادة العدد، وزيادة العدالة.

ولأن ما تقدر بالشرع لم يختلف حكمه بالزيادة والنقصان كدية الحر، وما تقدر بالاجتهاد، اختلف حكمه بالزيادة والنقصان، كقيمة العبد، وبهما فرقنا في الأخبار المتعارضة بين زيادة العدد، ونقصانه، لعدم النص في عدده وسوينا في الشهادات المتعارضة، بين الزيادة والنقصان، لورود النص في عدده وفيما ذكرناه انفصال عما استدلوا به.

وقول الأوزاعي أوهى، لأنه لو ثبت الحق بشهادة عشرة، ثم ثبت قضاؤه بشاهدين قضى بهما على شهادة العشرة، ولم يقسط القضاء على العدد كذلك في إثبات الحق، وهو حجة، على مالك أيضاً.

فصل: فإذا ثبت أنه لا ترجح الشهادة بزيادة العدد وزيادة العدالة كذلك لا ترجح بأن يكون مع أحدهما شاهدان، والأخرى شاهد وامرأتان لأن كل واحدة من الشاهدين بينة كاملة، فإذا تعارض شاهدان وشاهد ويمين ففيهما قولان:

أحدهما: أنهما سواء لأن الحق يثبت بكل واحدة منهما.

والقول الثاني: وهو أصح أن الشاهدين يقوم على الشاهد، واليمين، لأمرين:

أحدهما: أن التهمة متوجهة في اليمين، وغير متوجهة في الشهادة.

والثاني: أن الحكم بالشاهدين متفق عليه، وبالشاهد واليمين مختلف فيه، وسنذكر حكم التعارض من بعد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَرَادَ الَّذِي قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنْ يُخْلِفَ صَاحِبَهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ أَخْرَجَهُ إِلَىٰ مَلِكِهِ فَهَذِهِ دَعْوَىٰ أُخْرَىٰ فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ».

قال الماوردي: أن يشهد شاهدان على رجل، بدين في ذمته، أو بملك في يده فيسأل المشهود عليه إحلاف المشهود له، أن ما شهد به شاهداه حق له، لم يجز إحلافه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء.

وحكي عن شريح، والنخعي، والشعبي، وابن أبي ليلى: أنهم جوزوا إحلاف المدعي مع بيئته، استعمالاً لما أمكن في الاستظهار في الأحكام.

وهذا خطأ لرواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» فلم يجعل في جنبه المدعي غير البيئته، فلم يجز إحلافه معها، وقال ﷺ للمُدَّعِي: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ». ولأن في إحلافه مع شهادة شهوده قدحاً في شهادتهم وطعناً في عدالتهم وما أفضى إلى القدح في شهادة صحت وعدالة ثبتت ممنوع منه كما يمنع من إحلافه أن ما حكم به الحاكم حق لإفضائه إلى القدح في حكمه، ولا يجوز الاستظهار بما يمنع منه الشرع، ولم يرد به.

فإن قيل: فقد جوز الشافعي في الرهن، إذا أقام البيئته على إقرار الراهن، بإقباضه، ثم سأل الراهن إحلاف المرتهن على قبضه، أنه يحلف عليه.

قيل: إن سأل إحلافه على أنه أقر بإقباضه، لم يجز لشهادة الشهود على إقراره، وإن سأل إحلافه على أن ما أقر بإقباضه، كان صحيحاً نظر فإن كان إقراره بأن وكيله أقبضه أحلف عليه، لجواز أن يكذبه الوكيل في القبض، وليس فيه قدح في الشهادة على إقراره، وإن كان هو الذي أقبضه إياه، ففي جواز إحلافه على قبضه منه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لما فيه من الرجوع عن إقراره.

والثاني: يجوز لأنه قد عرف الإقرار بالتقاضي قبل الإقباض فصار الإقباض بالعرف محتملاً.

فصل: فأما إذا سأل المشهود عليه، إحلاف المشهود له، أنه ما قبض الدين أو لم يبعه العين، أجيب إلى إحلافه لأنها دعوى مستأنفة أنه ابتاع العين، وقضاه الدين، وليس فيها تكذيب للشهود، فجاز إحلافه عليها.

وهكذا لو شهد الشهود بدين على غائب، أو ميت، جاز إحلاف المشهود له، أنه ما برىء إليه من الدين ولا من شيء فيه، لأن الغائب والميت لو كانا حاضرين لجاز. أن يدعى قضاء الدين، أو الإبراء منه، فلزم لأجل الاحتياط أن يحلف المشهود له على مثل لو ادعاه الحاضر أحلف له، فإن قضى الدين من مال ناجز أحلف عند الشروع في قضائه، ثم قضى بعد يمينه.

وإن كان نقضاً من بيع عقار، أحلف قبل بيعه ثم بيع وقضى من ثمنه، ولم يجر أن يباع قبل يمينه لأنه قد يجوز أن ينكل عن اليمين، فيفوت استدراك المبيع فأما إحلاف الشهود على صدقهم فيما شهدوا به، فلا يجوز وهو قول جميع أهل العلم.

وحكي عن الهادي العلوي أنه باليمين كأن يحلف الشهود إذا ارتاب بهم، ثم يحكم بشهادتهم، وهذا قول خرق به الإجماع وخالف به الأمة، لقول الله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فأمر بالحكم بها، ولم يوجب اليمين معها.

ولأنهم إذا كانوا صادقين، وجب الحكم بشهادتهم، من غير يمين، وإن كانوا كاذبين لم يجر الحكم بها مع اليمين.

ولأنه لو جاز إحلاف الشهود مع الارتياب لجاز إحلاف الحكام، ثم إحلاف الأئمة، ثم إحلاف الأنبياء أن ما أدوه عن الله تعالى حق وما أفضى إلى هذا كان مطرحة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ نَكَحَ امْرَأَةً لَمْ أَقْبَلْ دَعْوَاهُ حَتَّى يَقُولَ نَكَحْتُهَا بِوَلِيِّي وَشَاهِدِي عَدْلٍ وَرِضَاهَا فَإِنْ حَلَفَتْ بِرِثْتِ وَإِنْ نَكَحَتْ حَلَفَتْ وَقَضِي لَهَا أَنَّهَا زَوْجَةٌ لَهُ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن الدعوى المجهولة لا يجوز للحاكم أن يسمعها، ويسأل الخصم عنها إلا في الوصايا لجواز الوصية بالمجهول، فأما غير الوصايا التي تمنع الجهالة منها، فلا يصح ادعاؤه مجهولاً حتى يستوفي المدعي ما يمنع من جهالة الدعوى، لأن سماع الدعوى يكون للسؤال عنها، والحكم بها، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بمجهول، فلم يجر أن يسمع الدعوى بمجهول، فإذا كان هذا أصلاً، وكانت الدعوى معلومة تعلق الكلام بالكشف عن سببها، وللمدعى عليه ثلاثة أقسام:

قسم لا يجب الكشف عن سببه.

وقسم يجب الكشف عن سببه.

وقسم مختلف في وجوب الكشف عن سببه .

[قسم لا يجب الكشف عن سببه]

فأما الذي لا يجب الكشف عن سببه : فالأملاك المدعاة من عين، أو دين، فالعين أن يدعي داراً أو ثوباً أو عبداً معلوماً بصفة أو تعيين، والدين أن يقول عليه ألف درهم بصفته فلا يلزم أن يسأله عن سبب ملكه، لما ادعاه، ولو سأله لم يجب على المدعي ذكر سببه .

وإنما لم يجب الكشف عن سبب الملك، لأن أسباب الملك تكون من جهات شتى بكثرة عددها، لأنه قد يملك بالميراث والابتاع وبالهبه والقيمة وبالوصية وبغير ذلك من الوجوه كالإجباء وحدوث النتاج والثمار فسقط الكشف عن سببها لكثرتها واختلافها .

[قسم يجب الكشف عن سببه]

وأما القسم الذي يجب الكشف عن سببه، فدعوى القذف والقتل، فإن ادعى قتلاً قيل أعمد أم خطأ؟

فإن قال : عمد سئل عن صفة العمد، وإن ادعى قذفاً سئل عن لفظ القذف، لأن القتل يختلف حكم عمده، وخطئه، وقد يدعى من العمد ما لا يكون عمداً، ولما في العمد من اختلاف أسبابه، وأحكامه وفي الحكم به قبل السؤال فوات ما لا يمكن استدراكه، والقذف قد تختلف ألفاظه وأحكامه فافتقر ذلك إلى كشف السبب، وصفته ليزول عن الاحتمال وصار كالشاهد إذا شهد بفسق مجروح، أو نجاسة ماء لم يحكم بنجاسته حتى يذكر سبب ما صار به المجروح، فاسقاً، والماء نجساً للاختلاف في التفسيق والتنجيس .

[القسم المختلف فيه]

فصل: وأما القسم المختلف في وجوب الكشف عن سببه، فهو أن تتوجه الدعوى إلى عقد يتردد بين الصحة والفساد، فهو على ضربين :

أحدهما: أن يكون مما يغلظ حكمه في الشرع، كالنكاح المغلظ بالولي والشاهدين، فالحاكم مندوب عند الشافعي أن يسأل مدعي النكاح عن صفته، فيقول نكحتها بولي وشاهدي عدل، ورضاها، فاختلف أصحابه فيما خص به النكاح من صفة العقد، هل هو محمول على الوجوب أو على الاستحباب على ثلاثة أوجه :

أحدها: أنه محمول على الاستحباب دون الوجوب سواء ادعى العقد فقال :

تزوجت بهذه المرأة، أو ادعى النكاح فقال هذه زوجتي، وتصح الدعوى، وإن لم يصف العقد، وهذا قول أبي العباس بن سريج وبه قال أبو حنيفة ومالك لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يلزم في دعوى البيع صفة العقد، وإن اعتبرت فيه شروط، اختلف فيها لم يلزم صفة النكاح لأجل شروطه، واختلاف الناس فيها.

والثاني: أنه قد يُعتبر في صحة النكاح وجود شرائط كالولي، والشاهدين، ورضا المنكوحه، وعدم شروط كعدم العدة، والردة، والإحرام، فلما لم يعتبر في دعوى النكاح، الشروط المعدومة لم تعتبر الشروط الموجودة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر مذهبه، وعليه قول الأكثرين من أصحابه أنه محمول على الوجوب، وأن الشروط المعبر وجودها في صحة النكاح، شرط في صحة دعواه، سواء توجهت الدعوى إلى العقد أو إلى الزوجية، واختلف على هذا في سبب اختصاصه في الدعوى بصفة العقد، فقال أبو علي بن أبي هريرة لأن النبي ﷺ خصّه من سائر العقود بأن قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ»^(١)، ولولا هذا التخصيص لكان كغيره، وعلل أبو إسحاق المروزي بأن الفروج موضوعة على الحظر، والتغليظ فلم يجز استباحتها بدعوى محتملة، حتى ينفي عنها الاحتمال به لصفة.

وعلل أبو حامد المروزي بأن في استباحة الزوج إتلافاً لا يستدرك ومائماً لا يرتفع بالإباحة، فأشبه دعوى القتل، وخالف ما سواه من عقود الأملاك.

وعلل آخرون بأن الإطلاق في عقود النكاح أكثر، وما يطلق على اسم النكاح من فاسد العقود أقل، وفرقوا بين شروط الوجود، وشروط العدم وأن الشروط المعدومة أصل في العدم، فحملت على ظاهر العدم وليس لشروط الوجود أصل في الوجود فلم يحمل على ظاهر الوجود.

والوجه الثالث: إن كانت الدعوى، في عقد النكاح، فقال تزوجت هذه المرأة، كانت شروط العقد معتبرة في صحة الدعوى وإن اقتصرت الدعوى على النكاح الأول، دون العقد فقال هذه زوجتي، لم يعتبر شروطاً للعقد في صحة الدعوى، لأن الاستدامة أخف حكماً من الابتداء، لأن الشهادة على عقد البيع، والنكاح بالخبر الشائع لا

(١) أخرج الشطرين: الدارقطني في السنن (٣/٢٢١، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧) وابن حبان (موارد الظمان ١٢٤٧)، والخطيب في تاريخ بغداد (٦/٢٧٩) وابن عدي في الكامل (١/١٩٧)، وأخرج الشطر الأول: أبو داود في السنن (١/٩٣٥)، كتاب النكاح، باب في الولي حديث (٢٠٨٥) والترمذي (٣/٤٠٧)، كتاب النكاح، باب ما جاء إلا بولي، حديث (١١٠١) وابن ماجه في السنن (١/٦٠٥)، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم (١٨٨٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/١٠٧، ١٠٨).

تصح، حتى يشاهد المتعاقدين، ويسمع لفظهما بالعقد والشهادة على الأملاك، والزوجية بالخبر الشائع تصح، فلذلك تغلظت دعوى العقد وتخفت دعوى الزوجية.

فصل: فإذا صحت دعوى النكاح على ما وصفنا فهي على ضربين:

أحدهما: أن تتوجه الدعوى من الزوج على الزوجة، فتؤخذ بالجواب عنها، ولها في الجواب حالتان: إقرار وإنكار فإن أقرت بالزوجة، حكم بإقرارها، وأنها زوجة لمدعي نكاحها وسواء كانا في حضر أو سفر.

وحكي عن مالك أنه يحكم بذلك في السفر ولا يحكم به في الحضر إلا بيينة أو يرضى دخوله عليها، وخروجه من عندها، لإمكان ذلك في الحضر وتعذره في السفر إلا أن يكونا في غربة فيقبل.

وقد ذكره الشافعي في القديم فمن أصحابه من خرجه قولاً له في القديم، ومنهم من نسبه إلى حكايته له عن مالك وأن مذهبه في القديم، والجديد، وقول فقهاء العراق أن تصادقهما على النكاح يوجب الحكم بصحته في الحضر، والسفر، وفي الغربة، والوطن، لأنه من لوازم العقود لهما، فحكم فيه بالصحة لتصادقها كسائر العقود.

ولأن التصادق على العقد أثبت من البيينة.

ولأن العقد يسبق التصرف فلم يعتبر في الإقرار به وإن أنكرته الزوجة أحلفت.

وقال أبو حنيفة: لا يمين عليهما وقد مضى الكلام معه في وجوب الأيمان في جميع الدعاوى.

فإن حلفت فلا نكاح بينهما، ما لم يكن له بيينة بالعقد عليها وبينته شاهدان عدلان لا غير، إما على حضور العقد وإما على إقرارها به، وأخذت بالاجتماع معه جبراً.

وإن نكلت عن اليمين مع عدمه للبيينة ردت عليه اليمين، وحكم له بنكاحها، إذا حلف وإن نكل عن يمين الرد انقطعت الدعوى، وزال حكمها.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون دعوى النكاح، متوجهة من الزوجة على الزوج، فإن اقترن بدعواها، طلب حق يتعلق بها من مهر، أو نفقة سمعت دعواها عليه، وهل يعتبر في صحة دعواها، ذكر شروط العقد على ما ذكرناه من الأوجه الثلاثة، وأخذ الزوج بالجواب عن دعواها، وإن لم يقترن بدعواها، طلب حق يتعلق ففي وجوب أخذ الزوج بجواب دعواها وجهان:

أحدهما: لا يسأل عن الجواب، ولا يؤخذ به، لأنه إذا لم يتعلق بالدعوى، طلب حق صار إقراراً له بالعقد، ولا جواب على المقر له.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه يؤخذ بالجواب عنه، لأنه قد يتعلق بهذه الدعوى ما يحدث بعدها، من ثبوت نسب واستحقاق ميراث، فإذا صحت دعواها على ما بينا وأخذ الزوج بجوابه عنها، فله حالتان: إقرار وإنكار. فإن أقر حكم بثبوت النكاح بينهما بتصادقهما في الحضر والسفر، على ما قدمناه، وإن خالف فيه مالك فإن أنكرها ولها بينة، سمعت، وحكم لها بالنكاح.

وإن عدت البينة، أحلف لها على إنكاره، فإن حلف فلا نكاح بينهما، وجاز لها أن تنكح غيره، وإن أقرت بنكاحه، لأن نكاحها قد زال بيمينه، ولا يجوز أن لا تكون زوجة له، وتحرم على غيره.

وإن نكل عن اليمين ردت عليها، فإذا حلف بعد نكوله حكم لها عليه بالزوجية، وحل له إصابتها، والاستمتاع بها، وإن أنكر العقد، لأنه قد حكم بينهما بالزوجية فكان الحكم لكل واحد منهما قطعاً.

ولا يجوز أن يحكم عليه بالنكاح، ويحكم عليه بتحريم الاستمتاع، وليس حجب النكاح طلاقاً، تحرم به عليه، لأنه لو كان طلاقاً لارتفع به النكاح، وإذا كان النكاح بعده ثابتاً، امتنع أن يكون طلاقاً فامتنع أن يحرم عليه الاستمتاع.

[دعوى غير النكاح]

فصل: فأما دعوى غير النكاح من سائر العقود كالبيع، والإجارة، والرهن، فإن لم يعتبر شروط العقد في دعوى النكاح فأولى أن لا تعتبر في دعوى غيره من العقود، لأنها إذا لم تعتبر في الأغلب كان أولى أن لا تعتبر في الأخف وإن اعتبرت في النكاح فقد اختلف أصحابنا في اعتبارها في دعوى غيره من البيع والإجارة على ثلاثة أوجه:

أحدها: يعتبر في دعواها شروط العقد، سواء استبيح بها، ذات فرج أم لا، لأنها قد توجد فيها الصحة، والفساد كالنكاح، فيقول في دعوى العبد ابتعت هذا العبد بألف درهم بعد رؤيته وافترقنا عن تراضٍ منه.

والوجه الثاني: يجوز إطلاق الدعوى، ولا تعتبر فيها شروط العقد وسواء استبيح بها ذات فرج أم لا بخلاف النكاح، لوقوع الفرق بينهما في التغليب باعتبار الولي والشاهدين في النكاح، وسقوط اعتباره في البيع.

والوجه الثالث: إن استبيح بالبيع ذات فرج كابتياح الأمة اعتبر في دعوى ابتياعها شروط العقد، كالنكاح، وإن لم يُسْتَبَحْ به ذات فرج كابتياح البهائم، والأمتعة، لم يعتبر في دعوى ابتياعها شروط العقد لتخفيف حكمها بأنها تملك بالإباحة، ويشبه أن يكون لهذا الموجه وجه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالْأَيْمَانُ فِي الدَّمَاءِ مُخَالَفَةٌ لِغَيْرِهَا لَا يُبْرَأُ مِنْهُ إِلَّا بِخَمْسِينَ يَمِينًا وَسِوَاءِ النَّفْسِ وَالْجَرْحِ فِي هَذَا نَقْتُلُهُ وَنَقْضُهُ مِنْهُ بِنُكُولِهِ وَيَمِينِ صَاحِبِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: قَطَعَ فِي الْإِمْلَاءِ بِأَنَّ لَا قَسَامَةَ بِدَعْوَى مَيْتٍ وَلَكِنْ يَخْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَيُبْرَأُ فَإِنْ أَبِي حَلَفَ الْأَوْلِيَاءُ وَاسْتَحَقُّوا دَمَهُ وَإِنْ أَبَوَا بَطَلَّ حَقُّهُمْ وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ الْحَدِيثِ مَنْ ادَّعَى دَمًا وَلَا دَلَالَهَ لِلْحَاكِمِ عَلَى دَعْوَاهُ كَالدَّلَالَةِ الَّتِي قَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْقَسَامَةِ أُخْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا يَخْلِفُ فِيمَا سِوَى الدَّمِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذَا بِهِ أَشْبَهُ وَدَلِيلٌ آخَرَ حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْقَسَامَةِ بِتَبَدُّثِ الْمُدَّعَى لِأَخِيهِ وَحَكَمَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ بِتَبَدُّثِ يَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِأَخِيهِ فَإِذَا حَكَمَ الشَّافِعِيُّ فِيمَا وَصَفَتْ بِتَبَدُّثِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ اِرْتَفَعَ عَدَدُ أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب القسامة، وذكرنا أن دعوى الدماء، يخالف دعوى الأموال، من وجهين:

أحدهما: بالتبدئة بيمين المدعي مع اللوث، وبأعداد الأيمان خمسين يميناً، وإذا اختصت الدماء بهذين الحكمين لم تخل دعواهما من أن تكون في نفس أو طرف، فإن كانت في نفس لم يخل أن يكون معها لوث، أم لا.

فإن كان معهما لوث تعلق عليهما الحكمان في التبدئة بيمين المدعي وبإحلافه خمسين يميناً، فإن كان الولي واحداً، أحلف خمسين يميناً واستحق الدم، وفيما يستحقه به قولان:

أحدهما: القود قاله في القديم.

والثاني: الدية قاله في الجديد.

وإن كان ولي الدم جماعة ففي أيمانهم قولان:

أحدهما: أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً، يستوي فيه من قل سهمه

وكثر.

والقول الثاني: أن الخمسين يقسط بينهم، على قدر ميراثه، فيحلف كل واحد منهم بقدر قسطه من موارثه، بجبر الكسر، فإن كانوا ابناً وبتناً حلف الابن أربعة وثلاثين يميناً، وحلفت البنت سبع عشرة يميناً.

وإن لم يكن مع الدعوى لوث، سقطت التبدئة بيمين المدعي وأحلف المدعي عليه كما يبدأ بإحلافه في دعوى الأموال، ولكن هل تغلظ الدعوى بعدد الأيمان أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يغلظ بالعدد، ويحلف المدعى عليه يميناً واحدة. لأنه لما سقط فيها حكم التبدئة سقط فيها حكم العدد كالأموال.

والقول الثاني: تغلظ فيها الأيمان بالعدد، وإن سقط التغليظ بالتبدئة، لتغليظ حكم الدماء، بوجوب القود، والكفارة فعلى هذا إن كان المدعى عليه واحداً، حلف خمسين يميناً، وإن كانوا جماعة فعلى قولين:
أحدهما: يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً.

والقول الثاني: يقسط الخمسون بينهم على عددهم إلا أن يكونوا ورثة ميت، فتقسط بينهم على موارِيثهم، فإن حلف برىء، وإن نكل ردت اليمين على المدعي، وفي تغليظ يمينه بالعدد قولان:

أحدهما: لا يغلظ ويحلف يميناً واحدة، يستحق بها القود في العمد قولاً واحداً، وإن لم يستحقه مع اللوث على أحد القولين، لأن يمين الرد في النكول تقوم مقام الإقرار، في أحد القولين ومقام البيّنة في القول الآخر، والقود يستحق بكل واحد من إقرار المدعى عليه، وبيّنة المدعي.

والقول الثاني: يحلف المدعي خمسين يميناً، ثم يحكم له بالقود إن حَلَفَهَا فإن كانوا جماعة فعلى قولين:

أحدهما: يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً.

والقول الثاني: أنها تقسط بينهم على قدر موارِيثهم بجبر الكسر.

فصل: فأما إن كانت دعوى الدم في الأطراف فتسقط فيها التبدئة، بيمين المدعي، سواء كان معها لوث، أو لم يكن لسقوط تغليظها، بسقوط الكفارة فيها، فأما تغليظه بعدد الأيمان، فإن لم تغلظ بالعدد في النفوس عند عدم اللوث، فأولى أن لا تغلظ بالعدد في الأطراف وإن غلظت بالعدد في النفوس ففي تغليظ الأيمان بالعدد في الأطراف قولان:

أحدهما: لا تغلظ، ويحلف المدعى عليه يميناً واحدة، ويرأى من الدعوى، فإن نكل عنها ردت اليمين على المدعي، وحلف يميناً واحدة، واستحق بها القود.

والقول الثاني: أن تغلظ الأيمان بالعدد وفي كيفية تغليظها قولان:

أحدهما: تغلظ في دعوى كل طرف خمسين يميناً، سواء قلت ديبته أو كثرت.

والقول الثاني: أنها تسقط على دية الطرف من جملة دية النفس، فإن كان الطرف موجباً لجميع الدية كاللسان والذكر حلف خمسين يميناً وإن كان فيه نصف الدية

كإحدى اليدين حلف خمسة وعشرين يميناً وإذا كان فيه ثلث الدية كالمأمومة، والجائفة، حلف سبع عشرة يميناً وإن كان فيه عشر الدية، كالأصبع حلف خمسة أيمان، وإن كان فيه نصف العشر كالموضحة حلف ثلاثة أيمان فإن كان المدعى عليه واحداً حلفها، وإن كانوا جماعة فعلى قولين:

أحدهما: أن يحلف كل واحد منهم جميع هذا العدد المذكور.

والقول الثاني: أنه يقسط هذا العدد بينهم على قدر مواريتهم بجبر الكسر، فإن نكلوا عن اليمين، ردت على المدعي وكانت عدد أيمانه مثل عدد أيمانهم على الأفاويل.

فصل: فأما المزني فإنه اختار أن يكون عدد الأيمان معتبراً بالتبذئة فإن حكم بتبذئة المدعي لوجود اللوث، غلظت الأيمان بالعدد وإن سقطت التبذئة بيمين المدعي سقطت عدد الأيمان. ثم ذكر المزني في كلامه مسألة حكاها عن الشافعي في الإملاء فقال «ولا قسامة، بدعوى ميت» يريد به أن المقتول إذا قال قبل موته، قتلني فلان فلا قسامة لوارثه، يعني أنه لا يبدأ بيمينه ولا يجعل ذلك لوثاً له، رداً على مالك حيث جعله لوثاً وقد مضى الكلام فيه.

فأما عدد الأيمان فيه فيكون على القولين في عددها، مع عدم اللوث فلم يكن للمزني في إيرادها دليل على ما اختاره، من سقوط العدد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالدَّعْوَى فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالتُّكُولِ وَرَدَّ اليمينِ كِهَيِّ فِي المَالِ إِلَّا أَنَّ الكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ ضَعِيفَةٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة في كفالة النفوس، قد مضت في كتاب الضمان مستوفاة، وأعادها المزني هاهنا لأمرين:

أحدهما: بصحة الدعوى بصحتها، وفساد دعواها بفسادها.

والثاني: لوجوب اليمين في إنكارها إذا صحت، والذي نص عليه الشافعي في كتاب الضمان، أن كفالة النفوس صحيحة وهو قول جمهور الفقهاء، لقول الله تعالى في قصة يوسف عليه السلام ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾ [يوسف: ٦٦] يعني كفيلاً بنفسه، ولأنه قد عمل بها الصدر الأول، ولأن فيها رفقا بالناس، وتعاوناً على الصيانة.

ثم قال الشافعي هاهنا: «إلا أن الكفالة في النفس ضعيفة».

فاختلف أصحابنا في مراده بضعفها، فقال بعضهم، أراد به بطلانها.

فخرجوا هذا قولاً ثانياً، في إبطالها لأنه لم يكفل بمال في الذمة، ولا بعين مضمونة، يجب غرم قيمتها.

وقال آخرون منهم، لم يرد بالضعف إبطالها، وإنما أراد ضعفها في قياس الأصول، وإن صحت بالآثار والعمل المتفق عليه.

فأما إذا كانت الكفالة بالنفس في حقوق الله تعالى: فإن منع منها في حقوق الآدميين على التخريج الذي ذهب إليه بعض أصحابنا كانت في حقوق الله تعالى أمتع لإدراكها بالشبهات.

وإن أجزت في حقوق الآدميين على الظاهر المشهود، من المذهب ففي جوازها في حقوق الله تعالى قولان:

أحدها: لا تجوز تعليلاً بما ذكرنا.

والقول الثاني: تجوز لقول النبي ﷺ: «قَدَرُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى».

فصل: فإذا توجهت دعوى الكفالة على رجل، خوصم فيها إلى الحاكم فإن كان يرى إبطال الكفالة بالنفس، لم تسمع الدعوى فيها، ولم تجب اليمين في إنكارها، وإن كان يرى جوازها سمع الدعوى فيها وأوجب اليمين على منكرها. وقال أبو حنيفة: لا يمين على منكرها، وإن صحت، وبناه على أصله في إسقاط اليمين على المنكر، في خمسة عشر موضعاً يطول شرحها، وقد مضى الكلام في نظائرها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ بَيْتَةٌ أَنَّهُ أَكْرَاهُ بَيْتًا مِنْ دَارِهِ شَهْرًا بِعَشْرَةٍ وَأَقَامَ الْمُكْتَرِي بَيْتَهُ أَنَّهُ أَكْثَرِي مِنْهُ الدَّارَ كُلَّهَا ذَلِكَ الشَّهْرَ بِعَشْرَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ وَيَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَانِ فَإِنْ كَانَ سَكَنَ فَعَلَيْهِ كِرَاءٌ مِثْلَهَا».

قال الماوردي: اعلم أن اختلاف المتكاريين في عقد الإجارة كاختلاف المتبايعين في عقد البيع، فيكون اختلافهما تارة في الأجرة كاختلافهما في الثمن، ويختلفان تارة في قدر المدة، كاختلافهما في قدر المبيع، ويختلفان في صفة المكري كاختلافهما في صفة المبيع، فيحكم بالبينة، ويتحالفان عند عدمها، لأن الإجارة صنف من البيوع، فتساويا في التحالف.

فإذا تقرر هذا فصورة المسألة: أن يختلف المتكاريان فيقول المكري أكرينك بيتاً من هذه الدار شهر رمضان بعشرة.

ويقول المكتري، بل أكثر من ذلك جميع هذه الدار شهر رمضان، بعشرة فإن
عدما البيعة تحالفاً، وبدأ الحاكم بإحلاف المُكْرِى، كما يبدأ بإحلاف البائع.

فإن حلف أحدهما فنكل الآخر قضى للحالف منهما على الناكِل.

وإن حلفاً معاً فقد تساويا، ولم يترجح أحدهما على الآخر، فوجب أن يبطل
العقد بينهما، وفيما يبطل به العقد وجهان:

أحدهما: يبطل بنفس التحالف كما يرتفع نكاح المتلاعنين بنفس اللعان، حتى
يحكم الحاكم بإبطاله، لأن التحالف لتصحیح العقد دون إبطاله فوجب أن يبطل
بالحكم لأجل التعارض.

فعلى هذا لا يجوز للحاكم أن يحكم بإبطاله إلا بعد أن يعرض على كل واحد
منهما إمضاء ما حلف عليه صاحبه.

فيقول للمكتري: قد حلف المكري على ما ادعى، فتمضيه؟

فإذا قال: لا.؟ قال للمكري قد حلف المكتري على ما ادعى فتمضيه؟

فإذا قال: لا، حكم بالفسخ بينهما.

ولو تراضيا على ما ادعاه أحدهما أمضاه على ذلك، وإذا امتنعا من الإمضاء،
وحكم بينهما بالفسخ ففي انفساخ العقد بينهما وجهان:

أحدهما: ينفسخ في الظاهر والباطن كما لو فسخه بتحالفهما.

والوجه الثاني: ينفسخ في الظاهر دون الباطن، لأن حكم الحاكم لا يحيل الشيء
عما هو عليه.

ويُنظَر في التحالف فإن كان قبل مضي شيء من المدة استرجع المكتري أجرته،
واسترجع المكري داره، وإن كان بعد مضي المدة، أو بعضها لزم المكتري أجره مثل
سكنائه، لاستهلاكه لمنفعتها عن عقد قد حكم بفساده.

فصل: وإن كان لهما عند التحالف بيعة فعلى ضريرين:

أحدهما: أن تحضر البيعة قبل التحالف، فتسمع ويمنع حضورها من التحالف،
لأن البيعة أولى من اليمين.

والضرب الثاني: أن تحضر البيعة بعد التحالف فيكون سماعها محمولاً على ما
أوجه التحالف من فسخ العقد.

فإن قيل: إنه قد انفسخ به العقد ظاهراً وباطناً لم تسمع البيعة.

وإن قيل إنه قد انفسخ به العقد في الظاهر دون الباطن سمعت، لأن تصادقهما أقوى من سماع البيئة منهما، وتصادقهما غير معمول به إذا قيل بفسخ العقد في الظاهر والباطن، ومعمول به إذا قيل بفسخ العقد في الظاهر، دون الباطن، كذلك البيئة: فإذا سمعت البيئة على ما ذكرنا لم يخل أن تكون لأحدهما أو لهُمَا:

فإن كانت لأحدهما سمعت، وحكم بها لمقيمها سواء شهدت للمكري، أو للمكتري.

فإن أقام كل واحد منهما بيئته، شهدت له بما ادعى لم يخل حالهما من ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون إحدى البيئتين أسبق تاريخاً من الأخرى فإن شهدت إحداها بأنهما تعاقدا مع طلوع الشمس، وشهدت الأخرى أنهما تعاقدا مع زوالها من ذلك اليوم فالعقد هو السابق منهما، لأن الثاني بعد صحة الأول باطل.

والضرب الثاني: أن تشهد البيئتان بالعقد في وقت واحد، فقد اختلف قول الشافعي في تعارض البيئتين في الأموال على ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاط البيئتين، وبه قال مالك لأمرين:

أحدهما: لتكاذبهما في الشهادة، فسقطت بالتكاذب.

والثاني: أن البيئة ما بان بها الحكم، فإذا لم يكن بها بيان ردت، لأن لا بيان فيها لأحدهما بعينه.

والقول الثاني: أنه يقرع بين البيئتين، ويحكم بمن قرع منهما. وهو محكي عن علي وابن الزبير رضي الله عنهما لأمرين:

أحدهما: ما رواه سعيد بن المسيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء وأقام كل واحد منهما شهوداً فأسهم رسول الله ﷺ بينهما وقال «اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَهُمَا» (١).

والثاني: أن اشتباه الحقوق المتساوية، يوجب تمييزها بالقرعة، كدخولها في القسمة في السفر بإحدى نساته، وفي عتق عبده، إذا استوعبوا التركة.

والقول الثالث: أن يقسم الملك بينهما بالبيئتين، وهو محكي عن ابن عباس، وبه قال سفيان الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه لأمرين:

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٩/١٠).

أحدهما: ما رواه سعيد بن أبي بردة، عن أبيه عن جده أبي موسى الأشعري أن رجلين تداعيا عند رسول الله ﷺ بغيراً، أو دابةً، وشهد لكل واحد منهما شاهداً فجعلهُ بينهما نصفين.

والثاني: أن البينة أقوى من اليد، وقد ثبت أنهما إذا تساويا في اليد جعل بينهما، فوجب إذا تساويا في البينة، أن يكون أولى، بأن يجعل بينهما، فهذه ثلاثة أقاويل اتفق أصحابنا على تخريجها في تعارض البينتين في الأموال، واختلفوا في تخريج قول رابع وهو وقفهما على البيان فخرجه البغداديون قولاً رابعاً للشافعي وامتنع البصريون من تخريجه قولاً رابعاً، لأن وقف البينة على البيان يوجب الحكم بالبيان دون البينة، وإنما يوقف المال على البيان دون البينة، وهذا أشبه، فإذا تقررت هذه الأقاويل في تعارض البينتين لم يخرج في تعارضهما في عقد الإجارة إلا قولين: أحدهما: إسقاطهما ويتحالف المتداعيان.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين، والحكم بشهادة من قرع منهما.

وفي إحلاف من قرعت بينته قولان، من اختلاف قولي الشافعي في القرعة هل دخلت ترجيحاً للدعوى، أو للبينة فأخذ قوله، أنها دخلت ترجيحاً للبينة. فعلى هذا لا يمين على من قرعت بينته، لأن الحكم بالبينة ولا يمين مع البينة. والقول الثاني: أنها دخلت ترجيحاً للدعوى، فيجب إحلاف المدعي.

فعلى هذا يكون فيما ثبت به الحكم وجهان:

أحدهما: باليمين مع البينة، وتكون يمينه بالله أنه ما شهدته بينته حق، وقد نص عليه الشافعي.

والوجه الثاني: أن الحكم يثبت بيمينه ترجيحاً بالبينة، وتكون يمينه بالله، لقد اكرت منه الدار بكذا.

ولا يجيء فيه تخريج القول الثالث، أنه يقسم بينهما بالبينتين، لأن قسمة العقد لا تصح. ولا يجيء فيه تخريج القول الرابع إن صح تخريجه، أنه يكون موقوفاً على البيان لتعذره في الدعوى والبينة، فوجب أن يفصل الحكم بينهما بالتحالف.

والضرب الثالث: أن تكون البينتان مطلقتين ليس فيهما تاريخ يدل على اجتماعهما أو تقدم إحداهما فقد حكى عن أبي العباس بن سريج، أنه يحكم بأزيد البينتين، فإن كان الاختلاف في الأجرة حكم بأكثرهما قدرأ.

وإن كان في الكراء حكم بأكثرهما قدرأ.

كما لو شهدت بيعة بألف، وبيعة بألفين، حكم بالألفين. والذي نص عليه الشافعي: أن البيعتين متعارضتان تتساوى فيها الزيادة والنقصان، لأن عقد الكراء بعشرة يمنع من عقده بعشرين، وكراء البيت بعشرة يمنع من كراء الدار بعشرين، فيكون تعارضهما محمولاً على القولين، يسقطان من أحدهما ويقرر بينهما في الثاني.

فصل: وإذا تنازع المكري، والمكثري، في شيء من آلة الدار، وأدعاه كل واحد منهما ملكاً، لنفسه انقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكون القول فيه قول المكري وهو كل ما كان متصلاً بالدار من آلتها، كالأبواب والدُّهليزات والرفوف المتصلة، والسلاليم المسمرة، فالقول في ملكها قول المكري، مع يمينه لاتصالها بالدار التي هو مالها.

والقسم الثاني: ما يكون القول فيه قول المكثري مع يمينه، وهو قماش الدار وفرشها من البسط، والحصر، والصناديق، لأنه من آلة السكنى والمكثري أحق بالسكنى.

والقسم الثالث: ما يتحالفان عليه، وهو ما كان من آلة الدار منفصلاً عن الدار كالرفوف، والسلاليم المنفصلة، وإغلاق الأبواب، وأطباق التناير فالعرف فيها متقابل، واليد فيه مشتركة، فيجعل بينهما بعد تحالفهما.

ولو كانت منشأة بين نهر وضيعة فأدعاهما صاحب الماء وقال: هي الجامعة لماء نهري، وقال صاحب الضيعة: هي المانعة للماء عن ضيعتي، فهما فيها متساويان فيتحالفان عليها، وتجعل بعد الأيمان بينهما والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى دَاراً فِي يَدَي رَجُلٍ فَقَالَ لَيْسَتْ بِمِلْكٍ لِي وَهِيَ لِفُلَانٍ فَإِنْ كَانَ حَاضِراً صَبَرْتُهَا لَهُ وَجَعَلْتُهُ خَصْماً عَنْ نَفْسِهِ وَإِنْ كَانَ غَائِباً كُتِبَ إِفْرَارُهُ وَقِيلَ لِلْمُدَّعِي أقم البيعة فإن أقامها قضى بها على الذي هي في يديه ويجعل في القضية أن المقر له بها على حجته (قال المزني) رحمه الله: قَدْ قَطَعَ بِالْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ وَهُوَ أَزْلَى بِقَوْلِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في دار في يدي رجل، يتصرف فيها فأدعاهما عليه رجل، وقال: هي لي فقال صاحب اليد: ليست هذه الدار لي، وهي لغيري فله حالتان:

إحدهما: أن يذكر اسم من جعلها له.

والثاني: أن لا يذكره فإن لم يذكر اسم من جعلها له، لم يكن ذلك جواباً.

وقيل له: قد توجه عليك جواب عدلت عنه، فإن أقمت على هذا، جعلت ناكلاً وأحلف المدعي، وحكم له بانتزاع الدار من يدك، فإن عاد فادعها لنفسه بعد إنكاره، ففي قبول قوله وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: لا يقبل قوله بعد إنكاره؛ لأنه قد اعترف بها لغيره ويجعل كالناكل، ويحلف مدعيها، ويحكم بها له.

والوجه الثاني: يقبل قوله فيها، لأنه لم يتعين فيها من جعلها له، فصار إقراره كعدمه. فيحلف عليها أنها له، ويحكم له بالدار لأجل يده، إلا أن يكون لمدعيها بينة فتسمع منه، ويحكم بها له، وإن سمي صاحب اليد من جعل الدار له، وقال: هي لفلان، لم يخل أن يكون حاضراً، أو غائباً.

فإن كان حاضراً لم يخل حاله أن يقبل الإقرار أو ينكره، فإن قبل الإقرار، صارت اليد له، وانتقلت الخصومة إليه وتوجهت عليه الدعوى، فإن أنكر مدعيها، حلف له وكان أحق بالدار بيمينه ويده، إلا أن يقيم مدعيها بينة، فيحكم بها له ببينته؛ لأنها أولى من يد، ويمين.

فإن أقام صاحب اليد البينة صار أحق بها ببينته، ويده من بينة بغير يد.

فإن طلب مدعيها إحلاف صاحب اليد عليها، بعد أن حكم بها للمقر له، ففي إجابته إلى إحلاف صاحب اليد قولان مبنيان على اختلاف القولين، فيمن أقر بدار في يده لزيد، ثم أقر بها لعمرو، وكان زيد أحق بها من عمرو بالإقرار الأول، وهل يؤخذ المقر بغرم قيمتها لعمرو بالإقرار الثاني؟ على قولين:

أحدهما: يؤخذ بغرم قيمتها لعمرو، لأنه قد استهلكها عليه بإقراره. لزيد، فعلى هذا إيجاب المدعي إلى إحلاف صاحب اليد، لأنه لو أقر له لزمه الغرم.

والقول الثاني: لا غرم عليه، لبقاء الدار وتوجه المطالبة بها.

فعلى هذا لا يحلف صاحب اليد ولا يستحق عليه بالنكول غرم.

فصل: فإن لم يقبل من جعلت له الدار إقرار صاحب اليد وأنكرها، لم يخل حال صاحب اليد من أن يكون مقيماً على إقراره، أو راجعاً عنه.

فإن أقام على إقراره بها لمن أنكرها، ولم يقبلها طوالب مدعيها ببينته، فإن أقامها، حكم له بالدار، وإن عدمها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن الحاكم ينصب لها أميناً يحفظها على مالها، حفظ اللقطة، حتى تقوم البينة بها، إما لمدعيها، أو لغيره فيحكم بها له،

ولا تدفع، إلى المدعي بيمينه، لأن يمينه هي يمين رد بعد النكول، ولم يحكم بنكول من توجهت عليه اليمين، فإن طلب المدعي إحلاف صاحب اليد ففي إجابته إلى إحلافه ما قدمناه من القولين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا وجه لإيقافهما على من لا يدعيها، والواجب أن يحلف المدعي عليها، وتدفع إليه الدار بعد يمينه فإن حضر مدع لها بعد تسليحها إلى الأول بيمينه، ونازعه فيها فهل يكون منازعاً فيها لذي يد، أو لغير ذي يد؟ على وجهين:

أحدهما: يكون منازعاً لذي يد لتقدم الحكم بها له، فصارت يداً فيكون القول فيها إن أنكر قوله مع يمينه.

والوجه الثاني: يكون منازعاً لغير ذي يد، لأنها دفعت إليه بيمين من غير يد فيحلفان عليها، وتكون بينهما كالمتداعيين لما ليس في أيديهما وإن رجع صاحب اليد عن إقراره حين رد عليه وادعاها لنفسه، أو أقر بها لغيره ففي قبوله من ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يقبل منه، سواء ادعاها لنفسه، أو أقر بها لغيره، لأن إقراره الأول قد أكذب الثاني فعلى هذا يكون الحكم كما لو أقام على إقراره الأول.

والوجه الثاني: يقبل منه سواء ادعاها لنفسه، أو أقر بها لغيره، لأن لم يتعلق بإقراره حق لمعين، فعلى هذا إن ادعاها لنفسه، كان هو الخصم فيها وإن أقر بها لغيره، انتقلت الخصومة إليه، وكانت المنازعة مع ذي يد لأنه أقر بها له ذو يد.

والوجه الثالث: يقبل إقراره بها لغيره، ولا يقبل منه دعواها لنفسه لأنه متهم في ادعاها لنفسه، وغير متهم في الإقرار بها لغيره.

فصل: وإن كان صاحب اليد قد أقر بها في الابتداء لغائب، لم يخل حال المدعي من أن تكون له بيعة أو لا بيعة له، فإن لم تكن له بيعة كان الحكم موقوفاً على قدم الغائب، والدار مقررة في يد صاحب اليد، فإن طلب المدعي إحلاف صاحب اليد، ففي إجابته إلى إحلافه ما قدمناه من القولين.

فإن قيل: لا يمين عليه، انقطعت الخصومة بينهما، وكانت موقوفة على قدم الغائب:

وإن قيل: بوجوب اليمين عليه، ففي كيفية يمينه وجهان:

أحدهما: يحلف أن الدار للغائب فلان، لتكون يمينه موافقة لإقراره.

والوجه الثاني: يحلف أنه لا حق لهذا المدعي فيها لتكون يمينه معارضة للدعوى.

فإن حلف برىء من مطالبة الداعي، وإن نكل أحلف المدعي، وحكم له بقيمة الدار.

فإن قدم الغائب المقر له، كان له منازعته في الدار، وإن صار إلى قيمتها فإن أفضى النزاع إلى الحكم بالدار للغائب. استقر ملك المدعي على القيمة وإن أفضى إلى الحكم بالدار للمدعي أخذ برد القيمة على صاحب اليد، لثلا يجمع بين ملك الدار وقيمتها.

وإن كان لمدعي الدار بيته، عند الإقرار بها للغائب سمعت بيته، وقضى له بالدار.

واختلف أصحابنا هل يكون ذلك قضاء على الغائب المقر له، أو قضاء على صاحب اليد له، على وجهين:

أحدهما: أنه قضاء على الغائب المقر له فعلى هذا لا يحكم للمدعي بالبيته، حتى يحلف معها لأن القضاء على الغائب يوجب إحلاف المدعي مع بيته، لجواز أن يدعي الغائب انتقالها إليه ببيع أو هبة، فيحلف بالله إن ما شهدت به شهود الحق، وأنها لباقية على ملكه، ويكون حلفه لصدق شهوده تبعاً لحلفه ببقائها على ملكه، ولولا ذلك لما حلف بصدق الشهود، لأنه لا يلزمه إحلافه على صدقهم ولم يختلف قول الشافعي في جواز القضاء على الغائب، وإن وهم المزني في كلامه أن قوله قد اختلف فيه، وهو وهم منه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه قضاء على صاحب اليد الحاضر، دون الغائب، وهو الظاهر من كلام الشافعي، لأنه قال: قضى له على الذي هي في يديه، وإنما كان قضاء على الحاضر، لأن الدعوى توجهت إليه، فتوجه القضاء عليه.

فعلى هذا يحكم بالدار للمدعي بيته دون يمينه، ونسب المروزي المزني إلى الغلط في هذا الموضع من وجهين:

أحدهما: أنه جعل ذلك قضاء على الغائب، وهو قضاء على الحاضر.

والثاني: أنه وهم في تخريج القضاء على الغائب على قولين، ولعمري أنه وهم فيما أوهم من القولين، وهو فيما رآه من القضاء على الغائب محتمل، فإذا قدم الغائب، بعد الحكم بالدار للمدعي واعترف بها ونازع فيها وجرى عليه حكم منازع ذي يد، لأنها انتزعت من يد منسوبة إليه، واختار الشافعي للحاكم، إذا حكم بالدار

للمدعي بيئته أن يكتب في قضاؤه للمدعي صفة الحال، وأنه حكم بيئته، وأنه جعل الغائب فيها على حجته.

فصل: فإن أراد صاحب اليد، حين انتزعت الدار من يده بيئته المدعي، أن يقيم بيئته الغائب بملكه للدار لم يخل حاله في إقامتها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ثابت الوكالة عن الغائب، فيسمع منه البيئته للغائب بالملك، لأنه وكيله فيها، ويحكم للغائب، لأن له مع البيئته يداً ليست للمدعي.

والقسم الثاني: أن لا يكون وكيلًا للغائب، ولا يتعلق له بالدار حق على الغائب من إجارة، ولا رهن فلا تسمع منه البيئته للغائب، لأنه لا حق له في إقامتها، وقد يجوز أن يكون الغائب منكرًا لها، ويكون الحكم فيها بيئته المدعي، حتى يقدم الغائب، فيدعي كمن شهدوا في تركة بقسم ومال مفلس يباع عليه أن عبداً من جملته ملك لغائب لم يدعه، لم تسمع الشهادة، وقسم بين ورثة الميت وغرماء المفلس، وإن أراد إقامة البيئته، بملك الغائب لاستيفاء حقه منها بالإجارة أو بالرهن فقد اختلف أصحابنا في جواز سماع البيئته منه على وجهين:

أحدهما: تسمع منه البيئته فيها لتعلق حقه بها، ويقضى بملكها للغائب، ويقضى عليه لصاحب اليد بالإجارة، والرهن، ويكون القضاء بها لغير مدع، تبعاً للقضاء لحق الحاضر عليه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا تسمع بيئته الحاضر وإن ادعى الإجارة والرهن، لأنهما تبع لملك الأصل فلم تصح فيه الإجارة، ولا الرهن، إلا بعد ثبوت ملك الغائب، وملك الغائب لا يثبت بالبيئته إلا بعد مطالبته. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيْئَةً أَنَّ هَذِهِ الدَّارُ كَانَتْ فِي يَدَيْهِ أَمْسٍ لَمْ أَقْبَلْ قَدْ يَكُونُ فِي يَدَيْهِ مَا لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَقِيمَ بَيْئَةً أَنَّهُ أَخَذَهَا مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان في يد رجل دار فادعت عليه وأقام مدعيها البيئته أنها كانت في يده أمس، كالذي نقله المزني والربيع، أنه لا حجة للمدعي في هذه البيئته بأن الدار كانت بيده بالأمس، ويكون القول قول صاحب اليد مع يمينه.

ونقل أبو يعقوب البويطي أن بيئته المدعي مسموعة، ويقضى له بالدار، فاختلف أصحابنا في تخريجه فكان أبو العباس بن سريج يخرج سماعها على قولين:

أحدهما: ما رواه المزني والربيع أن هذه البيئته لا تسمع ولا يحكم بها للمدعي، وتكون الدار مقررة في يد صاحب اليد في وقت الدعوى لأمرين:

أحدهما: أن اليد غير موجبة للملك، وإنما يستدل بظاهاها على الملك، وإن جاز أن تكون بغير ملك، لدخولها بغصب، أو إجارة، فإذا زالت بيد طارئة، صارت الثابتة أولى من الزائلة لجواز انتقالها بملك طارئ من ابتياع، أو هبة فبطل بزوالها ما أوجبه ظاهاها.

والثاني: أن البيئنة تسمع فيما تصح فيه الدعوى، ولو قال المدعي كانت هذه الدار في يدي بالأمس، لم تسمع هذه الدعوى فوجب إذا أقام البيئنة بذلك أن لا يسمع، لأن البيئنة يجب أن تكون مطابقة للدعوى في القبول والرد.

والقول الثاني: وهو ما نقله «البويطي» أن بيئنة المدعي مسموعة ويحكم بها على اليد الطارئة، لتقدمها إلا أن يقيم صاحب اليد بيئنة أنها انتقلت إليه بحق من هبة أو بيع، لأن اليد دالة على الملك فجرت مجراه، وقد ثبت أن المدعي لو أقام بيئنة على أن الدار كانت له بالأمس حكم له بها. كذلك إذا أقام بيئنة أنها كانت في يده بالأمس، وذهب أبو إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا إلى إبطال ما نقله البويطي، ونسبوه إلى مذهب لنفسه، وليس بقول الشافعي لأن كتب الشافعي تدل نصوصها على خلافه، وكذلك ما نقله عنه سائر أصحابه تعليلاً، بما قدمناه، وفرقوا بين أن يقيم البيئنة، أنه كان مالكا لها بالأمس، فيحكم بها، وبين أن يقيم بيئنة بأنها كانت في يده بالأمس، ولا يحكم بها، لأن ثبوت الملك يوجب دوامه إلا بحدوث سبب يوجب انتقاله وثبوت اليد لا توجب دوامها، لأنها قد تكون بإجارة ترتفع بانقضاء مدتها، فافترقا في القبول، لافتراقهما في الموجب.

وإذا وجب بما ذكرنا أن تكون البيئنة باليد المتقدمة، غير مسموعة مع ما حدث من اليد الطارئة، فإنما لا تسمع إذا كانت مقصورة على تقدم اليد فإن شهدت مع تقدم اليد بالسبب الذي انتقلت به إلى اليد الطارئة من غصب، أو ودیعة، أو عارية ووجب سماعها والحكم بها، وهو معنى قول الشافعي، «إلا أن يقيم بيئنة أنه أخذها منه».

يعني بما لا يوجب زوال الملك، إما بمباح من ودیعة، أو عارية، أو بمحظور من غصب وتغلب، لأنه قد بان بالبيئنة، أن اليد الطارئة غير موجبة للملك فثبت بها حكم اليد المتقدمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ غُصِبَتْ إِيَّاهَا وَأَقَامَ آخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَقْرَبُ لَهَا فِيهَا لِلْمَغْضُوبِ وَلَا يَجُوزُ إِفْرَازُهُ فِيمَا غُصِبَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كانت دار في يد رجل فتداعاها رجلان، فقال أحدهما: هذه الدار لي غضبني عليها صاحب اليد، وأقام على ذلك بيئنة.

وقال الآخر: «هذه الدار لي، أقرّ لي بها صاحب اليد، وأقام على ذلك بيّنة: حكم بالدار للمغصوب فيه، دون المقر له، لأنه قد صار صاحب اليد بالبيّنة غاصباً، وإقرار الغاصب مردود.

وكذلك لو ادعاها الآخر أنه ابتاعها منه، كان بيع الغاصب، مردوداً فإن قيل: فيجب على الغاصب غرم قيمتها لمن أقر له بها على أحد القولين كمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو وغرم لعمرو قيمتها في أحد القولين قيل: لا غرم عليه هاهنا، قولاً واحداً.

والفرق بين الموضوعين، أن استهلاك الدار على المقر له في هذا الموضوع، كان بالبيّنة فلا يلزم المقر غرم ما استهلكه غيره.

وفي مسألة الإقرار كان المقر قد استهلكها على الثاني بإقراره الأول، فلزمه غرم ما استهلك.

فصل: وإذا كانت الدار في يدي رجل، فتداعاها رجلان قال أحدهما: هذه الدار لي أودعتك إياها، وأقام على ذلك بيّنة.

وقال الآخر: هذه الدار لي، أجرتك إياها وأقام على ذلك بيّنة.

فصارا متداعيين لملكها، وإن اختلفا في حكم يد صاحب اليد، فتعارضت البيّتان بالملك لتنافي شهادتهما فخرج في تعارضهما ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاط البيّتين، والرجوع إلى قول صاحب اليد.

والقول الثاني: الإقراع بين البيّتين، والحكم بمن قرع منهما فإن قرعت بيّنة مدعي الوديعة، انتزعت من صاحب اليد ولا شيء عليه.

وإن قرعت بيّنة مدعي الإجارة، فإن كانت المدة باقية، أقرت في يد صاحب اليد إلى انقضاء مدتها، وأخذ بأجرتها، فإن انقضت مدتها انتزعت من يده، وأخذ بالأجرة.

والقول الثالث: استعمال البيّتين، وجعل الدار بين المتنازعين نصفين، نصفها لمدعي الوديعة، ينتزعه من صاحب اليد ونصفها لمدعي الإجارة يقره على صاحب اليد إلى انقضاء المدة ويرجع عليه بنصف الأجرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْئاً كَانَ فِي يَدِي الْمَيْتِ حَلَفَ عَلَى عِلْمِهِ وَقَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَإِذَا اشْتَرَاهُ حَلَفَ عَلَى الْبَيْتِ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في مواضع، وذكرنا أن اليمين إذا توجهت

على الإنسان في فعل نفسه، كانت على القطع والبت، سواء كانت على إثبات أو نفي.

والإثبات أن يحلف والله إن هذا العبد لي إما بالشاهد واليمين، وإما بالرد بعد النكول.

وأما النفي، فإن حلف والله إنه لا حق لك في هذا العبد فإن أحلفه الحاكم، على العلم في الإثبات، فقال: والله إنني أعلم أن هذا العبد لي وأعلم أن هذا العبد ليس هو بملك لك.

فقد أكدها، لأن إثبات العلم زيادة تأكيد، وإن أحلفه على العلم في النفي فقال: والله لا أعلم أن لك عليّ شيئاً ولا أعلم أن هذا العبد لك، لم تصح اليمين، لأنه على يقين وإحاطة فيما اختص بنفسه من إثبات، ونفي، فلم تصح يمينه في النفي، إلا بالقطع والبت، كما لا تصح يمينه في الإثبات، إلا بالقطع.

فأما إذا حلف في توجه الدعوى على غيره، كالوارث إذا ادعى على ميتة دعوى، فأنكرها، فيمينه يمين نفي على فعل الغير، فيحلف على العلم دون القطع، لأنه لا طريق له إلى اليقين والإحاطة فيقول: والله لا أعلم أن لك عليّ شيئاً مما ادعيت، فإن أحلفه الحاكم على القطع والبت فقال، والله ما لك عليّ شيء مما ادعيت، كان تجاوزاً من الحاكم، وقد وقعت اليمين موقعها، لأنها أغلظ من اليمين المستحقة عليه، وهي تؤول به إلى العلم.

ولو ادعى شيئاً لميته، وتوجهت اليمين عليه، حلف على القطع والبت، كما لو ادعاه في حق نفسه، لأنه لا يصح أن يدعيه إلا بعد إحاطة علمه به، فاستوى يمين الإثبات في فعله، وفعل غيره، واختلفت يمين النفي في فعله، وفعل غيره. وبالله التوفيق.

بَابُ الدَّعْوَى فِي المِيرَاثِ مِنْ اِخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَلَكَ نَصْرَانِيٌّ وَلَهُ ابْنَانِ: مُسْلِمٌ وَنَصْرَانِيٌّ فَشَهِدَ مُسْلِمَانِ لِلْمُسْلِمِ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ مُسْلِمًا وَلِلنَّصْرَانِيِّ مُسْلِمَانِ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ نَصْرَانِيًّا صَلَّى عَلَيْهِ فَمَنْ أَبْطَلَ الْبَيِّنَةَ الَّتِي لَا تَكُونُ إِلَّا بِأَنْ يُكَذَّبَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا جَعَلَ المِيرَاثَ لِلنَّصْرَانِيِّ وَمَنْ رَأَى الإِقْرَاعَ أَقْرَعَ فَمَنْ خَرَجَتْ فُرْعَتُهُ كَانَ المِيرَاثَ لَهُ وَمَنْ رَأَى أَنْ يُقَسَّمِ إِذَا تَكَافَأَتْ بَيِّنَتَاهُمَا جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا صَلَّى عَلَيْهِ بِالإِشْكَالِ كَمَا يُصَلِّي عَلَيْهِ لَوْ اِخْتَلَطَ بِمُسْلِمِينَ مَوْتَى (قَالَ المُرْزُوقِيُّ) أَشْبَهُ بِالْحَقِّ عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ أَصْلُ دِينِهِ النَّصْرَانِيَّةَ فَالَّذَانِ شَهِدَا بِالإِسْلَامِ أَوْلَى لِأَنَّهُمَا عَلِمَا إِيمَانًا حَدَّثَ خَفِيٌّ عَلَى الآخَرِينَ وَإِنْ لَمْ يَدْرِ مَا أَصْلُ دِينِهِ وَالمِيرَاثُ فِي أَيَّدِيهِمَا فَبَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ رَمَى أَحَدُهُمَا طَائِرًا ثُمَّ رَمَاهُ الثَّانِي فَلَمْ يَدْرِ أَبْلَغَ بِهِ الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُمْتَنِعًا أَوْ غَيْرَ مُمْتَنِعٍ جَعَلْنَاهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (قَالَ المُرْزُوقِيُّ) وَهَذَا وَذَلِكَ عِنْدِي فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وتفصيل هذه المسألة في اختلاف الاثنین في دين الأب، أنها على ضربین:

أحدهما: أن يعرف دين الأب.

والثاني: أن لا يعرف. فإن عرف دين الأب أنه نصراني فترك ابنين مسلمًا ونصرانيًا، وادعى المسلم أن أباه مات مسلمًا، فهو أحق بميراثه، وشهد له بذلك شاهدان عدلان.

وادعى النصراني أن أباه مات نصرانيًا، وهو أحق بميراثه، وشهد له بذلك شاهدان عدلان فقد اختلفت الشهاداتان واختلافهما إذا أمكن فيه القضاء فلم يتعارضوا، فإذا علم فيه التكاذب تعارضتا، ولا يخلو حال هاتين الشهاداتتين من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون مطلقتين.

والثاني: أن تكونا مقيدتين.

والثالث: أن تكون الشهادة بالإسلام مطلقة، وبالنصرانية مقيدة.

والرابع: أن تكون الشهادة بالإسلام مقيدة، وبالنصرانية مطلقة. فأما القسم الأول: وهو أن تكون الشهادتان مطلقتين، فهو أن يقول شهود المسلم: إن أباه مسلم ويقول شهود النصراني إن أباه نصراني. فالتصادق في هذا الاختلاف ممكن، لأنه قد يكون نصرانياً فيسلم، ويكون مسلماً فيتتصر، فتكون كل واحدة من الشهادتين صادقة، فإذا كان كذلك فلا تعارض فيها وحكم بشهادة الإسلام، لأنها أزيد علماً، لأن نصرانيته أصل، وإسلامه حادث، فصار كالشهادة بجرح والتعديل يحكم بالجرح على التعديل، ويجعل المسلم وارثاً دون النصراني.

فصل: وأما القسم الثاني: فهو أن تكون الشهادتان مقيدتين، فهو أن يقول شهود المسلم، إن أباه مات على دين الإسلام قائلاً بالشهادتين عند خروج روحه. ويقول شهود النصراني إن أباه مات على دين النصرانية، قائلاً بالتثليث عند خروج روحه.

فهذا تعارض في شهادتهما، لتكاذبهما باستحالة أن يموت مسلماً نصرانياً وللشافعي في تعارض الشهادتين في الأموال ثلاثة أقاويل ذكرها في هذا الموضوع:

أحدها: إسقاط البيتين بالتعارض، لتكاذبهما فيكون الميراث للنصراني دون المسلم استصحاباً لأصل دينه في النصرانية بعد أن يحلف المسلم بالله أن أباه لم يسلم.

والقول الثاني: الإقراع بين البيتين، والحكم بالقارعة منها لأن في القرعة تمييزاً لما اشتبه، وهل يحتاج من قرعت بينته إلى يمين في استحقاق الميراث؟ على قولين من اختلاف قوليه في القرعة هل ترجح بها الدعوى أو البينة، فإن قرعت بينة المسلم كان هو الوارث وإن قرعت بينة النصراني كان هو الوارث.

والقول الثالث: استعمال البيتين وجعل التركة بينهما نصفين، فاختلف أصحابنا في صحة تخريج هذا القول في الميراث كتخريجه في الأموال على وجهين:

أحدهما: وهو قول المزني، وطائفة معه أن تخريجه في هذا الموضوع صحيح استشهداً بذكر الشافعي له، واحتجاجاً من قوله «بأن رجلين لورميا طائراً، فسقط ميتاً، ولم يعلم أيهما أثبت برمييه أنه بينهما نصفين، وإن كان إثباته من أحدهما. كذلك الميراث».

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وطائفة معه أن تخريجه لا يصح في هذا الموضوع، لاستحالة أن يشترك مسلم ونصراني في ميراث ميت، لأنه إن مات نصرانياً ورثه النصراني دون المسلم، وإن مات مسلماً ورثه المسلم دون النصراني،

فإذا قسم بينهما علمنا قطعاً أن أحدهما قد أعطى ما لا يستحقه، ومنع الآخر مما يستحقه وإن لم يتعين وليس كالمال الذي يصح اشتراكهما في سببه، فيشتركان في تملكه.

وكذلك الطائر إذا رمياه، جاز أن يكون تكامل إثباته برميها فصح فيه اشتراكهما، وجعل ما نص عليه الشافعي هاهنا في أحد الأقاويل من قسمة بينهما أنه حكاه عن مذهب من يراه، وهو مذهب من قال من أهل العراق بتوريث الغرقى بعضهم من بعض، ولم يحكه عن نفسه، لأنه لا يرى ذلك في الغرقى وقد تكلم على ضعفه، ووهائه، فقال: لو قسمت كنت لم أقض لواحد منهما بدعواه، ولا بينته وكنت على يقين خطأ، ينقص من هو له عن كمال حقه، وإعطاء الآخر ما ليس له.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن تكون الشهادة بالإسلام مطلقة، وبالنصرانية مقيدة، وهو أن يقول شهود المسلم أن أباه مسلم، ويقول شهود النصراني، إن أباه مات على دين النصرانية، قائلاً بالثلاث عند خروج روحه، فلا تعارض في الشهادتين لأنه قد يسلم، ثم يرتد بعد إسلامه إلى النصرانية، فتصح الشهادتان، ويحكم بارتداده بعد الإسلام، فلا يرثه واحد من ابنيه ويكون ماله فيئاً لبيت المال، لأن المرتد لا يرثه مسلم ولا نصراني.

فصل: وأما القسم الرابع: أن تكون الشهادة بالإسلام مقيدة، وبالنصرانية مطلقة فيقول شهود المسلم إن أباه مات على دين الإسلام قائلاً بالشهادتين عند خروج روحه، ويقول شهود النصراني إن أباه نصراني فلا تعارض في شهادتهما لحدوث إسلامه بعد نصرانيته، فيكون ميراثه للمسلم دون النصراني. فأما إذا كانت شهادتهما على ما ذكر في مسألة الكتاب إن شهد شهود المسلم أن أباه مات مسلماً وشهد شهود النصراني أن أباه مات نصرانياً، فقد اختلف أصحابنا هل تحمل هذه الشهادة على التقييد، أو على الإطلاق؟ على وجهين:

أحدهما: أنها محمولة على التقييد، لأن كل واحدة منهما شهدت بدينه عند الموت.

فعلى هذا تكون الشهادتان متعارضتين. فتكون محمولة على الأقاويل المذكورة في القسم الثاني.

والوجه الثاني: أنها محمولة على الإطلاق، لأنها استصحبا ما تقدم من حاله، ولم يقطعا بدينه عند خروج روحه.

فعلى هذا لا تعارض في الشهادتين ويكون الميراث للمسلم على ما ذكرناه في القسم الأول، تعليلاً بما قدمناه.

فصل: وأما الضرب الثاني: في التفصيل، وهو أن يكون الأب مجهول الدين فيشهد شاهدان بإسلامه، ويشهد شاهدان بنصرانيته، فيستوي مع الجهل بدينه إطلاق الشهادتين، وتقيدهما في التعارض، وإن كانتا في التقييد متكاذبتين ويجوز أن يكونا في الإطلاق صادقتين لكن الجهل بدينه، يمنع من الحكم بإحدهما مع التصديق فجرى عليهما حكم المعارضة في الكاذب، فيحمل على الأقاويل في تعارض البيتين، أحدهما: إسقاط البيتين ويردان إلى دعوى بغير بيعة.

والثاني: الإقراع بينهما، والحكم بالقارعة منهما وفي إحلاف من قرعت بيته قولان:

والقول الثالث: المختلف في تخريجه استعمال البيتين، وقسم الميراث بينهما بالبيعة نصفين.

فعلى قول المزني، ومن تابعه، يقسم بينهما بالبيتين إرثاً، ويفصل بها الحكم بينهما.

وعلى قول أبي إسحاق المروزي لا يصح استعمالها، ليقين الخطأ في الجمع بينهما، ويسقطان عند استحالة الحكم بهما، وإذا سقطت البيتان، ودين الميت مجهول، ففي التركة ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول المزني أنها تقسم بينهما ملكاً بالتحالف دون البيعة لتكافئتهما فيه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، أنها تقسم بينهما بدءاً، وتقر معهما أمانة يمنعان من التصرف فيها، حتى يبين مستحقها منها أو يصطلحا عليها كالميت عن زوجتين، إحدهما مطلقة قد أشكلت.

والوجه الثالث: ويشبه أن يكون قول أبي إسحاق المروزي أنها تقر من كانت في يده قبل التنازع، والتحالف، فإن كانت في أيديهما أو في يد أحدهما، أو في يد أجنبي، أقرت على حالها كما كانت إقرار يد وأمانة، من غير قسمة.

وهو أبو حامد الإسفراييني فأقرها في يده ملكاً.

وهذا خطأ، لأن سبب استحقاقها متعين بالميراث، فلم يجوز أن تكون لليد في تملكها تأثير، وقد يكون في يد أجنبي، لا يدعي ميراثها، فكيف يجوز أن تجعل ملكاً له.

فصل: فأما حكم الميت فمذهب الشافعي أنه يصلى عليه، ويدفن في مقابر المسلمين على الأحوال كلها ما لم يحكم بردته، لأن أمره مشتبه، فجرى مجرى جماعة ماتوا، وفيهم كافر قد أشكل. فلم يتعين فإنه يصلى على جميعهم، ويدفنوا في مقابر المسلمين، وقال أبو حنيفة: لا يصلى عليه على الأحوال كلها إلا بعد العلم بإسلامه، وليس هذا بصحيح لما استشهد بأنه من الجماعة الموتى، إذا علم أن فيهم كافراً قد أشكل فإن الصلاة على جميعهم وفاق، لأن الإسلام يستظهر له، ولا يستظهر عليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَتْ دَارٌ فِي يَدَي رَجُلٍ وَالْمَسْأَلَةُ عَلَى حَالِهَا فَادَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ الْمُدَّعِيَيْنِ أَنَّهُ وَرَثَتَا مِنْ أَبِيهِ فَمَنْ أَبْطَلَ الْبَيْتَةَ تَرَكَهَا فِي يَدَي صَاحِبِهَا وَمَنْ رَأَى الْإِفْرَاقَ أَفْرَعَ بَيْنَهُمَا أَوْ يَجْعَلُهَا بَيْنَهُمَا مَعًا وَيُدْخِلُ عَلَيْهِ شِنَاعَةً وَأَجَابَ بِهَذَا الْجَوَابِ فِيمَا يُمَكِّنُ فِيهِ الْبَيْتَانِ أَنْ تَكُونَا صَادِقَتَيْنِ فِي مَوَاضِعَ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ فِي مِثْلِ هَذَا لَوْ قَسَمْتُهُ بَيْنَهُمَا كُنْتُ لَمْ أَقْضِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِدَعْوَاهُ وَلَا بِيَّتِنِهِ وَكُنْتُ عَلَى يَقِينٍ خَطِيئَةٌ بِنَقْصٍ مَنْ هُوَ لَهُ عَنْ كَمَالِ حَقِّهِ أَوْ بِإِعْطَاءِ الْآخَرَ مَا لَيْسَ لَهُ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) وَقَدْ أَبْطَلَ الشَّافِعِيُّ الْقُرْعَةَ فِي امْرَأَتَيْنِ مُطْلَقَةٍ وَزَوْجَةٍ وَأَوْقَفَ الْمِيرَاثَ حَتَّى يَضْطَلِحَا وَأَبْطَلَ فِي ابْنِي أُمَّتِهِ اللَّذَيْنِ أَقْرَأَ أَنْ أَحَدُهُمَا ابْنُهُ الْقُرْعَةَ فِي النَّسَبِ وَالْمِيرَاثِ فَلَا يُشْبَهُ قَوْلُهُ فِي مِثْلِ هَذَا الْقُرْعَةَ وَقَدْ قَطَعَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي امْرَأَةٍ أَقَامَتِ الْبَيْتَةَ أَنَّهُ أَصْدَقُهَا هَذِهِ وَقَبَضَتْهَا وَأَقَامَ رَجُلٌ الْبَيْتَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَقَبَضَهَا قَالَ: أَبْطَلَ الْبَيْتَتَيْنِ لَا يَجُوزُ إِلَّا هَذَا أَوْ الْقُرْعَةُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا لَفْظُهُ وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْقُرْعَةَ لَا تُشْبَهُ قَوْلُهُ فِي الْأَمْوَالِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَدْ قَالَ الْحَكَمُ فِي الثُّوبِ لَا يُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً وَالثُّوبُ الْخَزُّ يُنْسَجُ مَرَّتَيْنِ سَوَاءً».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى أنها المسألة الأولى أعادها لغرض زاده فيها، لأنه قال: «ولو كانت دار والمسألة بحالها، فادعاهما كل واحد من هذين»، فإذا تداعى الابنان المسلم والنصراني، في ميراث دار عن أبيهما، والدار في يدي رجل غير أبيهما، وأقام كل واحد منهما البيئته أن هذه الدار ورثتها عن أبيه لموافقته على دينه، فلا يخلو حال هاتين البيئتين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يحكم بإحدهما لأحدهما فتنتزع بها الدار من يد صاحب اليد، وتدفع إلى مستحق ميراث الأب، لقيام البيئته بملكها للأب.

والقسم الثاني: أن يحكم بها، ويجعل الميراث يليها على ما ذكرنا من التفصيل المختلف فيه، فتنتزع بها الدار من صاحب اليد، وتدفع إلى الابنين بالإرث.

والقسم الثالث: أن تسقط البيئتان، ولا يحكم بواحدة منهما فتكون الدار مقررة في يد صاحب اليد ملكاً.

فإن قيل: فهلا انتزعت من يده، وأزيلت عن ملكه، لاجتماع البيئتين على أنها للميت دونه قيل: لأنه لما لم يكن فيهما بيان لمستحقها من أحد الابنين، سقط الحكم بهما في الدار، كما سقط الحكم بهما لأحد الابنين، وصارا كشاهدين شهداً على دار في يدي رجل، أنها لأحد هذين الرجلين وجب إقرارها في يده، وإن شهدت البيئتين عليه بعدم ملكه، لأن الشهادة لم تعين مستحقها، فبطلت كذلك في مسائلتنا.

فصل: وذهب آخرون من أصحابنا إلى أنها مصورة في مسألة مستأنفة أن تكون الدار في يدي رجل فيدعيها اثنان ليسا بأخوين. فيقول كل واحد منهما، هذه الدار لأبي ورثتها منه، وينكره الآخر ويدعيها لأبيه، ورثها عنه، ويقدم كل واحد منهما بيئته على ما ادعاه فقد تعارضت البيئتان، وتكاذبتا لاستحالة أن تكون كل الدار لكل واحد من أبويهما، فتكون على ثلاثة أقاويل كتعارض البيئتين في الأموال:

أحدها: وترجع إلى صاحب اليد فإن صدق أحدهما دفعها إليه وفي وجوب اليمين عليه، للمكذب قولان:

أحدهما: لا يمين عليه، إذا قيل: إنه لو أقر لم يغرر.

والثاني: عليه اليمين إذا قيل: إنه لو أقر غرم، وإن صدقها دفع الدار إليهما، وهل يحلف لكل واحد منهما على قولين. وإن كذبهما وادعاهما لنفسه، حلف لهما، وأقرت الدار على ملكه، ولا يكون قيام البيئتين بملكها لكل واحد من الأبوين موجباً لزوال ملكه ورفع يده، لما ذكرنا من اشتباه مستحقها.

والقول الثاني: في الأصل الإقراع بين البيئتين والحكم بها لمن قرع منهما، وفي إحلالة مع القرعة، قولان ولا تنتزع الدار إلا بعد القرعة، لأن بالقرعة تمتاز البيئتين المستحقة فإن جعلت اليمين بعد القرعة شرطاً في الاستحقاق لم تنتزع إلا بعد يمينه، وإن لم تجعل شرطاً انتزعت بغير يمين.

والقول الثالث: استعمال البيئتين، وقسم الدار بينهما نصفين، وهذا متفق على تخريجه في هذا الموضع، وإن اختلف في تخريجه في المسألة المتقدمة، لأنه لا يستحيل أن تكون الدار مشتركة بين أبويهما، فجاز أن تقسم بينهما كسائر الأموال التي يجوز فيها الاشتراك، ولا يستحيل بخلاف الميراث المستحق عن شخص يستحيل أن يموت مسلماً كافراً.

فصل: وأما المزني فإن كلامه يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: بيان ما هو الأصح على مذهب الشافعي في تعارض البيتين، وأن الذي يقتضيه كلامه إسقاطهما، والعمل بما يوجه مجرد الدعوى واليد، لأنه قد أبطل القسمة بقوله، أن استعمالهما في القسمة منع ليقين الخطأ في إعطاء أحدها أقل من حقه، وإعطاء الآخر ما ليس بحقه ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه شنع مع القطع بتكاذب البيتين وليس بشنع في جواز تصادقهما، فبطل القسمة في التكاذب ولا تبطل مع جواز التصادق..

والجواب الثاني: أنه شنع في الباطن، لامتناعه وليس بشنع في الظاهر لأننا نبطل السبب المتضاد، ونحكم بالبينة في المال، وقد قال النبي ﷺ: «إِنَّمَا أُخْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ». فمن ثم أبطل المزني الإقراع بينهما لأن الشافعي قال فيمن مات عن زوجة مطلقة، قد اشتبهت أنه لا قرعة بينهما. فكذاك بأن مثله في إبطال القرعة في البيتين، ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه أبطل القرعة في الزوجتين والولدين، لأنه قد رجع في الزوجتين إلى بيان الورثة، وفي الولدين إلى بيان اتفاهه ولا يؤخذ بمثل ذلك في البيتين.

والثاني: أن دخول القرعة في الزوجتين والولدين تكون في أصل الدعوى التي لم يرد بها شرع، وفي البيتين فيما ورد بمثله الشرع.

والفصل الثاني: أن اختار المزني لنفسه استعمال البيتين وقسم الملك بينهما نصفين، لتكافئهما وأن لا بيان يرجع إليه بعدهما فيما أمكن من صدقهما، أو قطع فيه بتكاذبهما، واستشهد بأن الشافعي قال في المتنازعين لثوب أقام كل واحد منهما البينة أنه له نسجه في ملكه إن سوى بين ما لا ينتج إلا مرة، كالفطن والكتان، الذي يقطع فيه بتكاذب البيتين، وبين ما يجوز أن ينسج مرتين كالحز، والدبياج، الذي يمكن فيه التصادق، ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه لا حجة أن يحتج لمذهبه بمذهب غيره، وإنما يحتج لمذهبه بأمارات الأدلة.

والثاني: أن قصد الشافعي في هذه المسألة من سماع الداخل فيما يتكرر نتجه، ولا يتكرر رداً على أبي حنيفة، في فرقه بينهما بسماع البينة فيما يتكرر نسجه وردها فيما لا يتكرر.

والفصل الثالث: أن أورد عن الشافعي مسألة فيمن مات عن دار ادّعت زوجته أنه أصدقها، وادعى أجنبي أنه ابتاعها. وأن الشافعي قال: «ليس إلا إسقاط البيتين، أو القرعة» وقد أبطل القرعة، فثبت إسقاط البيتين وإسقاط القرعة فدل على وجوب القسم ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أن المزني يبني هذا على أصل لم يخالف فيه، وهو أن الشافعي إذا نص على قولين ثم عمل بأحدهما، أنه يكون إبطالاً للقول الآخر.

وعند غيره من أصحابنا أنه لا يكون استعماله إبطالاً للآخر، وإنما يكون ترجيحاً له على الآخر.

والجواب الثاني: أن هذه المسألة محمولة على أهل مذهبه في نظائرها، وهو أن ينظر في البيتين، فإن تقدمت إحداهما على الأخرى حكم بالمتقدمة على المتأخرة، سواء كانت بينة الصداق، أو بينة الابتياح، لفساد الثاني بعد الأول، وإن أشكل كانت على الأقاويل الثلاثة في إسقاطها في أحدهما. والإقراع بينهما في الثاني، واستعمالها في الثالث، وجعل نصف الدار صداقاً، ونصفها ابتياعاً، فلم يسلم له دليل ولا صح له استشهاد. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَتْ دَارٌ فِي يَدَيَّ أَحْوَيْنِ مُسْلِمِينَ فَأَقْرَأَ أَنَّ آبَاهُمَا هَلَكَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا فَقَالَ أَحَدُهُمَا كُنْتُ مُسْلِمًا وَكَانَ أَبِي مُسْلِمًا وَقَالَ الْآخَرُ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِ أَبِي فَهِيَ لِلَّذِي اجْتَمَعَا عَلَى إِسْلَامِهِ وَالْآخَرُ مُقِرٌّ بِالْكَفْرِ مُدَّعٍ الْإِسْلَامَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل مات مسلماً، وترك ابنين أحدهما متفق على إسلامه قبل موت أبيه، واختلفا في إسلام الآخر فقال الآخر: أسلمت أنا قبل موت أبي. فالتركة بيننا.

وقال المسلم: بل أسلمت أنت بعد موت أبي فالتركة دونك، والبينة معدومة، فلا يقبل قول من ادعى تقدم إسلامه إذا أنكره أخوه لأننا على يقين من حدوث إسلامه، وفي شك من تقدمه فكان القول فيه قول أخيه، الذي أنكر تقدم إسلامه، لأنه يستصحب فيه استدامة أصل متحقق، بعد أن يحلف الآخر لجواز أن يكون الأخ صادقاً في دعواه، ويمينه على العلم دون القطع بالله، أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه لأنها يمين نفي على فعل غيره.

وهكذا لو مات حر وترك ابنين، أحدهما متفق على حرته قبل موت أبيه والآخر مختلف فيه فادعى تقدم عتقه قبل موت أبيه، ليكونا شريكين في ميراثه، وادعى الحر أن أخاه أعتق بعد موت الأب، فهو أحق بجميع الميراث، كان القول مع عدم البينة. قول الحر مع يمينه، بالله أنه لا يعلم أن أخاه أعتق قبل موت أبيه، وهو أحق بجميع الميراث بعد يمينه، لأنه يستصحب أصل رق معلوم، لم يدع تقدم هذا إذا كان موت

الأب متفقاً على موته، والاختلاف في وقت إسلام الابن، أو عتقه، فأما إذا اتفقا على وقت إسلام الابن، أو عتقه، والخلاف في وقت موت الأب.

فقال الابن أسلمت أنا، أو أعتقت في شهر رمضان، ومات أبي في شوال فنحن شريكان في ملكه.

وقال الآخر: صدقت أنك أسلمت في شهر رمضان، ولكن مات أبونا في شعبان.

فالقول قول الأخ الذي ادعى حدوث موت الأب في شوال، دون من ادعى تقدم موت الأب في شعبان.

ويكونان شريكين في الميراث لأنه استصحب استدامة أصل معلوم، هو بقاء الحياة حتى يعلم تقدم الموت.

فإن قيل: فقد خالفت هذا الأصل في الجناية على الملفوف إذا ادعى وليه أنه كان حياً وقت الجناية وادعى الجاني أنه كان ميتاً، جعلتم القول قول الجاني في أحد القولين، وأسقطتم قول وليه، في استصحاب أصل الحياة؟

قيل: بينهما في أحد القولين فرق وإن سويا بينهما في القول الثاني: أنه قد تقابل في الحياة على الملفوف أصلاً:

أحدهما: استصحاب حياة الملفوف.

والثاني: استصحاب براءة ذمة الجاني، فجاز أن يغلب في أحد القولين براءة ذمة الجاني، وجاز أن يغلب في القول الثاني بقاء حياة المجني عليه، فلذلك كانت على قولين.

وليس في دعوى موت الأب، إلا استصحاب أصل واحد هو استدامة حياته ولا يقابله أصل يعارضه، فلذلك كان على قول واحد في استصحاب الحياة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَتْ امْرَأَةٌ الْمَيِّتِ وَهِيَ مُسْلِمَةٌ زَوْجِي مُسْلِمٌ وَقَالَ وَلَدُهُ وَهُمْ كُفَّارٌ بَلْ كَافِرٌ وَقَالَ أَخُو الزَّوْجِ وَهُوَ مُسْلِمٌ بَلْ مُسْلِمٌ فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ فَالْمِيرَاثُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يُعْرِفَ إِسْلَامَهُ مِنْ كُفْرِهِ بَيِّنَةٌ تَقُومُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها في ميت مجهول الدين، ترك زوجة وأخاً مسلمين، وابناً كافراً، فادعت الزوجة، والأخ أنه مات مسلماً فالميراث لهما، وادعى الابن أنه مات كافراً فالميراث له.

فإن عدمت البيئنة . كان ميراثه موقوفاً، حتى يتبين أمره، فيعمل على البيان، أو يتصادقوا عليه فيعمل على التصادق، أو يصطلحوا عليه، فيجاز الصلح فإن وجدت البيئنة فإن تفرد بها أحد الفريقين من مدعي إسلامه، أو كفره، عمل عليها. فإن شهدت بإسلامه، كان ميراثه لزوجته، وأخيه المسلمين، وإن شهدت بكفره كان ميراثه لابنه الكافر، وإن تعارضت فيه بيتان. شهدت إحداهما بكفره، وشهدت الأخرى، بإسلامه، كان على ما قدمناه من اعتبار الشهادتين، وهي تنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تنقيد الشهادتان على مضادة يتكاذبان فيها.

والثاني: أن تنقيد على تصادق لا تكاذب فيه.

والثالث: أن يكونا مطلقين.

فأما القسم الأول: إذا كانتا مقيدتين على مضادة يكونان فيها متكاذبين، بأن تشهد إحداهما، أنه مات على كلمة الإسلام، وتشهد الأخرى أنه مات على كلمة الكفر، فهو على قولين وثالث مختلف فيه:

أحدها: إسقاطهما ويكون الأمر موقوفاً على بيان، أو إصلاح.

والقول الثاني: الإقراع بينهما، والحكم لمن قرع منهما.

والثالث المختلف فيه: استعمالهما. فمن أصحابنا من بناء على الاختلاف المتقدم من الوجهين، والذي عليه الجمهور، أنه لا يصح تخريج هذا القول هاهنا وجهاً واحداً، وإن جاز تخريجه في الوجهين، لأن الابنين فيما تقدم شريكان والأخ والابن هاهنا متدافعان، فصح الاشتراك هناك وبطل هاهنا.

وأما القسم الثاني: وهو أن تنقيد الشهادتان، بغير مضادة يتكاذبان فيها فعلى

ضريين:

أحدهما: أن تشهد إحداهما، أنه كان كافراً في رجب، وتشهد الأخرى أنه كان مسلماً في شعبان، فيحكم بالشهادة على إسلامه لحدوثه بعد كفره ويكون ميراثه لزوجته، وأخيه المسلمين.

والضرب الثاني: أن تشهد إحداهما أنه كان مسلماً في رجب، وتشهد الأخرى أنه كان كافراً في شعبان، فيحكم بالشهادة على كفره بعد إسلامه، فيحكم برده، ولا يرثه أحد الفريقين من ورثته، ويكون ميراثه لبيت المال.

وأما القسم الثالث: أن تكون الشهادتان مطلقتين بأن تشهد إحداهما أنه كان مسلماً وتشهد الأخرى أنه كان كافراً من غير تنقيد لوقت إسلامه، ووقت كفره، فقد

مختصر من جامع الدعوى والبيانات _____
تعارضتا. ويكون على ما قدمناه من الأقاويل في القسم الأول، لأنه لأحدهما على الآخر إذ ليس له في أحد الدينين أصل يترجح به.

فصل: وإذا هلك مجهول الدين، وترك أبوين كافرين، وابنين مسلمين فادعى أبواه أنه مات كافراً، وادعى الابنان أنه مات مسلماً ولا يبيته لأحدهما، ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أن القول فيه قول الأبوين الكافرين مع أيمنهما لأن كفره قبل بلوغه معلوم بكفرهما، فلم يقبل دعوى الابنين في حدوث إسلامه، لأن الأصل استصحاب كفره.

والوجه الثاني: يكون ميراثه موقوفاً لتساوي الحالين بعد بلوغه في إسلامه، وكفره. لأن ما قبل بلوغه هو فيه تبع لا يتحقق إلا بعد بلوغه، ولو كان أبواه مسلمين، وابناه كافرين.

فإن لم يعلم للأبوين كفر قبل الإسلام، حكم بإسلام ولديهما، ولا يمين عليهما، وكانا أحق بميراثه من ابنيه، وإن علم كفر الأبوين قبل الإسلام، فيجوز أن يولد قبل إسلامهما فيجري عليه حكم الكفر قبل البلوغ، ويجوز أن يولد بعد إسلامهما فيكون مسلماً قبل البلوغ فهما على ضربين:

أحدهما: أن يكون النزاع في زمان ولادته، فيدعي والداه أنه ولد بعد إسلامهما، ويدعي ابنه أنه ولد قبل إسلامهما، فالقول فيه قول الأبوين مع أيمنهما في إسلامه، لأننا على يقين من حدوث ولادتهم، وفي شك من تقدمها.

وإن كان النزاع في إسلام الأبوين، فيدعي أبواه أنهما أسلما قبل ولادته، ويدعي ابنه أنهما أسلما بعد ولادته، فالقول قول الابنين في إسلام الأبوين بعد الولادة مع أيمنهما لأننا على يقين من حدوث إسلامهما وفي شك من تقدمه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيْتَهُ أَنَّ أَبَاهُ هَلَكَ وَتَرَكَ هَذِهِ الدَّارَ مِيرَاثًا لَهُ وَالْأَخِيهِ أَخْرَجْتَهَا مِنْ يَدِي مَنْ هِيَ فِي يَدَيْهِ وَأَعْطَيْتُهُ مِنْهَا نَصِيبَهُ وَأَخْرَجْتُ نَصِيبَ الْغَائِبِ وَأُكْرِيَ لَهُ حَتَّى يَخْضُرَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى داراً في يد رجل أنها لأبيه مات عنها وورثها هو وأخوه، وأقام على ذلك بينة كاملة، وكمالها أن يشهد له بثلاثة أشياء:

أحدها: أن يشهد بالدار لأبيه.

والثاني: أن يشهد بموت أبيه، وأنه ورثه هو وأخوه.

والثالث: أن لا وارث له غيرهما على ما سنصف فتكمل البيئة إذا شهدت بهذه الثلاثة، وبكمالها يوجب انتزاع الدار ممن هي في يده، ويدفع إلى الحاضر حقه منهما وهو النصف وتوقف حصة الغائب، وهي النصف على قدمه، واعترافه وتؤخر حصته حفظاً لمنافعها عليه، ولا تقر حصة الغائب في يدي من كانت في يديه، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: تقر حصته في يدي من كانت في يده، ولا تنتزع منه، لأن البيئة لا تسمع بملك إلا بعد صحة الدعوى. والدعوى لا تسمع إلا من مالك، أو وكيل فيه، ولم يدع حصة الغائب مالك ولا وكيل فلم تسمع البيئة له، وليس كون الحاضر شريكاً له في الميراث بموجب لسماع البيئة في حقهما، كالشريكين الأجنيين، إذا أقام أحدهما البيئة بدار في شركتها انتزع بها حق الحاضر، وأقر حق الغائب في يدي من كانت في يديه، كذلك يجب أن يكون في شركة الميراث.

ودليلنا: هو أن هذه الدعوى هي للميت، سمعت من ورائه، لقيامه مقامه فيها بعد موته بدليل أنه لو كان على أبيه دين قضى منها فوجب انتزاعها في حق الميت، وإعطاء الحاضر حصته منها، ووقف الباقي على الغائب، وخالف الشريكين الأجنيين من وجهين:

أحدهما: أن الشريك مالك بنفسه لا عن غيره، فكانت الدعوى في حقه موقوفة عليه، والابن مدع لها عن أبيه الذي لا تصح منه الدعوى، إلا بعد موته، فجاز أن يستوفي بها جميع حقه.

والثاني: أن حق كل واحد من الأخوين، مرتبط بحق الآخر لا يتميز أحدهما بشيء، دون صاحبه، لذلك كان ما تلف من الشركة تالفاً منها، وما بقي شركة بينهما، وحق الشريكين كالمتميز مع الخلطة، يجوز أن يتلف لأحدهما ما يسلم للآخر، فافترق بهذين حكم الأخوين، وحكم الشريكين، وإذا كان كذلك، وقدم الآخر الغائب ذكر له الحاكم، ما حكم له بميراثه من نصف الدار، فإن ادعاها سلم إليه نصفها وإن أنكرها وقال: لا حق لي فيها، رد النصف على من في يده، ولم يؤثر إنكاره في حق أخيه، لأنه قد ملك بيئة عادلة.

فصل: فأما إذا ما ادعاه الابن، وأقام عليه البيئة ديناً في الذمة سلم إليه حقه منه، وهو النصف، وفي قبض حصة الغائب من الغريم وجهان:

أحدهما: يقبض ويوضع على يد أمين كما تقبض الأعيان من الدار، وما لا يثبت في الذمة من ثياب وحيوان.

والوجه الثاني: لا يتبض الدين، وإن وجب قبض الأعيان ويستبقى في ذمة الغريم بخلاف المُعَيَّن، لأن قبضه للغائب معتبر بالأحوط، واستبقاؤه في ذمة مضمونة أولى من قبضه بتركه أمانة إلا أن يكون الدين على غير ملي، فيقبض وجهاً واحداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَدَدَهُمْ وَقَفَ مَالَهُ وَتَلَوَّمُ بِهِ وَيَسْأَلُ عَنِ الْبُلْدَانِ الَّتِي وَطِئَهَا هَلْ لَهُ فِيهَا وَلَدٌ؟ فَإِذَا بَلَغَ الْغَايَةَ الَّتِي لَوْ كَانَ لَهُ فِيهَا وَلَدٌ لَعَرَفَهُ وَادَّعَى الْابْنَ أَنْ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرَهُ أَغْطَاهُ الْمَالَ بِالضَّمِيمِ وَحُكِيَ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ لَهُ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ فَإِذَا جَاءَ وَارِثٌ غَيْرُهُ أَخَذَ الضُّمَنَاءَ بِحَقِّهِ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في البيئة الكاملة إذا أقامها الابن الحاضر ووجوب الحكم بها للحاضر والغائب. فأما البيئة الناقصة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد بالدار للميت، ولا تشهد للحاضر بالبنوة، فلا يتعلق بهذه الشهادة حق للحاضر، ولا للغائب، وتكون الدار مقررة في يدي من هي في يده، لأن دعواها لم تسمع من مستحق لها فلم يكن لبيئته تأثير، حتى يقيم البيئة على ثبوت نسبه.

فإذا أقامها وثبت نسبه بها، استغنى عن إعادة الدعوى والبيئة، وإن كانا قبل ثبوت النسب، لأن ما قدمه من الدعوى قد تضمنت الدار والنسب على وجه صح به سماعها ولو شهدت بيئته الأولى بالدار والنسب، حكم له بها كذلك، إذا شهدت الأولى بالدار، وشهدت الثانية بالنسب حكم بهما.

ولو استأنف الدعوى، وأعاد البيئة كان أولى.

والضرب الثاني: أن تشهد البيئة بالدار للميت، وتشهد للحاضر بالبنوة، ولا تشهد أن لا وارث له غيره، فقد قامت البيئة بهما وكان مالكاً لنصيب مجهول من الدار، لا يعلم قدره. وله حالتان:

إحدهما: أن يقدر على إقامة بيئة بأن لا وارث له غيره.

الثانية: أن يعجز.

فإن قدر على إقامتها، وشهدت بيئة عادلة، بأن لا وارث غيره نظر في البيئة. فإن كانت من أهل المعرفة الباطنة بالميت، على قديم الوقت وحدوثه في حضره وسفره سمعت، وحكم له بالميراث، ولم يطالب بضمين، لأنه قد أقام بيئة إن لم يعمل بموجبها، أعملت.

وإن كانت من أهل المعرفة الظاهرة دون الباطنة لم تصح شهادتهم، بأن لا وارث

غيره، لأنه قد يجوز أن يكون له في الباطن ولد، لا يعلمون به فلم يصلوا بمعروف الظاهر إلى معرفة ما قد يكون في الباطن، فلم يحكم به وصار كمن لم يقم بينة بأن لا وارث له غيره.

وإذا لم يقمها منع من حقه في الدار للجهل بمقداره، ولزم الحاكم أن يستكشف عن حال الميت في البلاد التي وطئها، ويكتب حكامها بالمسألة عن حاله، هل خلف فيها ولداً أو وارثاً ويلزم به [فإنه] لا يخفى حال وارث له في مثله. فإن حضرته بينة جاز أن يسمعها الحاكم من غير دعوى، وعلى غير خصم، لأنها بينة على ما قد لزم من الكشف فكانت في حق نفسه لتقييد ما قد حكم به، والبينة تكون من أهل المعرفة الباطنة به أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، لأنها بينة على نفي فحملت على العلم دون القطع، فإن شهدوا أن لا وارث له غيره قبلوا وكانت شهادتهم محمولة على العلم، دون القطع، ودفع إليه الميراث بعد تمام الشهادة، من غير ضمين.

وإن لم يظهر للحاكم بينة، وبلغ زمان الإياس من الظفر بها، وأن يظهر ما لم يظهر دفع إليه المال، إن لم يقر بغيره، فإن أقر بأخ له غائب أعطاه نصف الدار والتركة، وكان نصفها موقوفاً على قدوم الغائب.

فأما مطالبة الحاضر بإقامة ضمين فيها، دفع إليه احتياطاً؛ لظهور شريك قد يكون له في الميراث حق، فقد قال الشافعي في هذا الموضوع ما يدل على وجوب الضمين وقال في كتاب الإقرار: ما يدل على استحبابه، فاختلف أصحابه فيه على أربعة مذاهب:

أحدها: أن خرّجوا اختلاف نصه في الموضعين على اختلاف قولين:

أحدهما: يجب ليكون نفوذ الحكم على الأحوط.

والقول الثاني: يستحب فلا تجب لأنها وثيقة لغير مطالب.

والوجه الثاني: إن كان هذا الوارث ممن لا يسقط بغيره كالابن لم يجب عليه إقامة ضمين، وإن كان ممن يسقط بغيره كالأخ^(١)، وجب عليه إقامة ضمين.

والوجه الثالث: إن كان أميناً لم يجب عليه إقامة ضمين، وإن كان غير أمين، وجب عليه.

فإن قيل: لم قلتم تقسمون مال المفلس بين غرمائه بعد إشاعة أمره من غير ضمين مع جواز ظهور غريم.

قيل: لوقوع الفرق بينهما، بأن حقوق الغرماء متحققة وحق هذا الوارث غير متحقق، فإذا دفع الحاكم المال إليه على ما وصفنا كتب قصته، وذكر فيها أن دفع المال إليه بعد الكشف الظاهر من غير حكم قاطع بأمر الاستحقاق ليكون إن ظهر له شريك في الميراث غير مدفوع بنفوذ الحكم عليه بإبطال حقه منه، ليتمكن من المطالبة وإقامة البيّنة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْإِبْنِ أَوْ مَعَهُ زَوْجَةٌ وَلَا يَعْلَمُونَهُ فَارْقَهَا أَغْطَيْتُهَا رُبْعَ الثَّمَنِ لِأَنَّ مِيرَاثَهَا مَحْدُودٌ لِلْأَكْثَرِ وَالْأَقْلَ الثَّمَنِ وَرُبْعَ الثَّمَنِ وَمِيرَاثُ الْإِبْنِ غَيْرُ مَحْدُودٍ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو مدعي الميراث، إذا أقام البيّنة بسبب ميراثه، وعدم البيّنة، بأن لا وارث له غيره من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن لا يسقط بحال كالابن، فيوقف أمره في الحال على الكشف، ولا يدفع إليه من التركة شيء، لأنه ليس له قدر متيقن، فإن لم يبين بعد كشف الحاكم وارث غيره، دفع إليه الميراث على ما قدمناه من حال الضمين.

والقسم الثاني: أن يكون ممن يجوز أن يرث في حال كالأخ، فيوقف أمره على الكشف، فإن لم يبين للحاكم بعد طول الكشف وارث سواه، ولم يقيم البيّنة بأن لا وارث له سواه. فقد اختلف أصحابنا هل يجري مجرى الابن في دفع الميراث إليه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول جمهورهم: أنه يدفع إليه كالابن، لأن لم يعلم وارث غيره.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج أنه يكون موقوفاً على الأبد، حتى تقوم البيّنة بأن لا وارث له غيره بخلاف الابن، لوقوع الفرق بينهما بأن الابن وارث في الأحوال كلها بيقين، والأخ مشكوك فيه، هل هو وارث، أو غير وارث، فلم يجز أن يرث إلا بيقين، وهكذا حكم ابن الابن لجواز سقوطه بالابن.

والقسم الثالث: أن يكون ممن لا يسقط بحال، وله فرض مقدر كالأبوين، والزوجين، فيدفع إليه أقل فرضه، لأنه يستحقه بيقين ويوقف أكثره على الكشف، فإن كان أباً دفع إليه السدس معولاً.

وإن كانت أمّاً فكذلك يدفع السدس معولاً. وإن كان زوجاً، دفع إليه الربع معولاً، وإن كانت زوجة دفع إليها ربع الثمن معولاً، لجواز أن تكون واحدة من أربع

فإن لم يظهر بعد طول الكشف من يحجب هؤلاء عن أعلى الفرضين صار كالابن يدفع إليه باقي فرضه الأعلى بضمين على ما ذكرناه من الوجوه .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا مَاتَتْ زَوْجَتُهُ وَابْنُهُ مِنْهَا فَقَالَ أَخُوهَا مَاتَ ابْنُهَا ثُمَّ مَاتَتْ فَلِي مِيرَاثِي مَعَ زَوْجِهَا وَقَالَ زَوْجُهَا بَلْ مَاتَتْ فَأَخْرَجْتُ أَنَا وَابْنِي الْمَالَ ثُمَّ مَاتَ ابْنِي فَالْمَالُ لِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَخِ لِأَنَّهُ وَارِثٌ لِأُخْتِهِ وَعَلَى الَّذِي يَدْعِي أَنَّهُ مَحْجُوبُ الْبَيْتَةِ وَعَلَى الْأَخِ فِيمَا يَدْعِي أَنَّ أُخْتَهُ وَرَثَتْ ابْنَهَا الْبَيْتَةَ» .

قال الماوردي: وصورتها في امرأة ذات زوج، وابن، وأخ، ماتت وابنها، واختلف زوجها، وأخوها فقال الأخ: مات ابنها قبلها فكان ميراثه بينك وبينها، ثم مات بعده، فكان ميراثها بيني وبينك، فلك ميراث زوج هو النصف، ولي معك ميراث أخ، هو النصف وقال الزوج: بل ماتت الزوجة قبل ابنها، فورثتها مع ابنها دونك ثم مات الابن، فورثته دونك .

فإن كان لواحد منهما بيعة بما ادعاه، حكم بها، وإن عدمت البيعة، كان تنازعهما في تقدم الموت، وتأخره معتبراً بالغرقي، والهدمي، فيقطع التوارث بين الميتين، ويجعل تركة كل واحد منهما للحي من ورثته فيجعل تركة الابن لأبيه، كأنه لا أم له، ويجعل تركة الأم بين زوجها، وأخيها، كأنه لا ابن لها، فيعطى زوجها النصف والنصف الباقي للأخ .

فإن قيل: فالزوج يدعي من تركتها مع الابن الربع، فلم أعطي النصف وهو لا يدعيه؟ قيل: هو وإن ادعى الربع بميراثه عنها، فقد ادعى باقيه بميراثه عن أبيه مع اختلاف السببين، فصار بإعطاء النصف مدفوعاً عن استحقاق الكل، فصار معطي بعض ما ادعى ولم يعط أكثر منه .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ الْبَيْتَةَ أَنَّهُ وَرَثَ هَذِهِ الْأُمَّةَ مِنْ أَبِيهِ وَأَقَامَتِ امْرَأَةٌ الْبَيْتَةَ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقُهَا إِيَّاهَا فَهِيَ لِلْمَرْأَةِ كَمَا يَبِيعُهَا وَلَمْ يَعْلَمْ شُهْرُدُ الْمِيرَاثِ» .

قال الماوردي: وصورتها في أمة تنازعها ابن ميت، وزوجته، فقال الابن: هذه الأمة لي ورثتها معك عن أبي، وقالت الزوجة: هذه الأمة لي ملكتها عن أهلك بصدافي .

فإن عدمت البيعة، فالقول قول الابن مع يمينه، لأنها على أصل ملك الأب، وموروثه عنه، ودعوى الزوجة لها صداقاً غير مقبولة، كما لو ادعتها ابتياعاً .

وإن أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه، فشهدت بينة الابن أن أباه خلفها ميراثاً، وشهدت بينة الزوجة أنه جعلها لها صداقاً، حُكِمَ للزوجة دون الابن، لأن بينتها أعلمت زيادة لم تعلمها بينة الابن فكان-الحكم بالزيادة أولى، كما لو ادعت بالابتياح كانت بيّنةُ الابتياح أولى من بينة الورثة.

ولأن الميت لو كان حياً فقامت عليه البينة في أمة يملكها أنه باعها، أو أصدقها قُضِيَ بها عليه، وإن أنكرها. والله أعلم.

بَابُ الدَّعْوَى فِي وَقْتِ قَبْلِ وَقْتِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ فِي يَدِ رَجُلٍ فَأَقَامَ رَجُلٌ بَيْنَهُ أَنَّهُ مُنْذُسَيْنٍ وَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ الْبَيْتَةَ أَنَّهُ لَهُ مِنْذُسَنَةٌ فَهُوَ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ وَلَمْ أَنْظُرْ إِلَى قَدِيمِ الْمَلِكِ وَحَدِيثِهِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنْ يَجْعَلَ الْمَلِكُ لِلْأَقْدَمِ أَوْلَى كَمَا جَعَلَ مَلِكُ التَّنَاجِ أَوْلَى وَقَدْ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ التَّنَاجِ قَدْ أَخْرَجَهُ مِنْ مَلِكِهِ كَمَا أُمُكِّنَ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْمَلِكِ الْأَقْدَمِ أَخْرَجَهُ مِنْ مَلِكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجلين تداعيا عينا منقولة، كعبد، أو دابة، أو غير منقولة كدار أو عقار.

وأقام البيئة أنها له منذ سنة. وأقام الآخر البيئة أنها له منذ شهر، أو أطلق الشهادة بالملك في الحال أو في مدة هي أقصر. فلا يخلو حال الملك المتنازع فيه من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون في يد غيرهما.

والثاني: أن يكون في يدي أحدهما.

والثالث: أن يكون في أيديهما.

فأما القسم الأول: إذا كان الملك في يدي غيرهما ولأحدهما بيئة بقديم الملك منذ سنة، والآخر بيئة لحدث الملك منذ شهر، ففيهما قولان:

أحدهما: وهو اختيار أبي العباس بن سريج: أنهما سواء، لا يترجح من شهدت بقديم على الأخرى لأمرين:

أحدهما: أنهما تنازعا ملكها في الحال، فلم تؤثر بيئة ما شهدت بما قبلها، لأنه غير متنازع فيه.

والثاني: أن الشهادة بحدث الملك، لم تنف بقديم الملك وإن أثبتته الأخرى فصارتا متكافئتين.

والقول الثاني: وهو أظهر وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني، أن الشهادة بقديم الملك أرجح، والحكم بها أولى لأمرين:

أحدهما: أنهما قد تعارضتا في أقل المدتين، وأثبتت المتقدمة ملكاً لم يعارض فيه فوجب وقف المتعارض، وأمضى ما ليس فيه تعارض.

والثاني: أن ثبوت ملك المتقدم يمنع أن يملكه المتأخر إلا عنه، ولم تتضمنه الشهادة، فلم يحكم بها، فإذا تقرر توجيه القولين.

فإن قيل بتساويهما على القول الأول، صارتا متعارضتين فيكون فيهما ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاطها والرجوع إلى صاحب اليد.

والقول الثاني: الإقراع بينهما، والحكم لمن قرع منهما.

والقول الثالث: استعمالها، وقسم الشيء بينهما، وهذا القول يجيء في هذا الموضوع لمكان الاشتراك.

فإن قيل بترجيح البيئتين بقديم الملك على البيئتين بحديثه، وجعل الحكم فيها أولى، ثبت لصاحبها الملك من المدة المتقدمة، وحكم له بما حدث عن الملك من نتاج، ونماء وغلة في تلك المدة، وإلى وقته، ثم يُبنى على هذين القولين ما جعله المزني أصلاً. وهو أن تنازعا دابة، فيقيم أحدهما البيئتين أنها له نتجها في ملكه ويقوم الآخر البيئتين أنها له ولا يقولون نتجها في ملكه.

حكى المزني عن الشافعي رضي الله عنه أنه جعلها لمن أقام البيئتين، أنه نتجها في ملكه، وجعله شاهداً على الحكم بقديم الملك دون حديثه، فاختلف أصحابنا في النتاج: هل يترجح بالبيئتين قولاً واحداً، أو يكون على قولين كالشهادة بقديم الملك؟ وذهب ابن سريج وابن خيران إلى التسوية بينهما، وأنهما على قولين:

أحدهما: أنهما سواء في التعارض.

والثاني: أنه يترجح البيئتين بقديم الملك، وبالنتاج على البيئتين الخالية منهما.

وحكى أبو علي بن خيران عن أبي العباس بن سريج أن الشهادة بالنتاج ليست من منصوبات الشافعي، وإنما أوردها المزني من تلقاء نفسه.

وذهب جمهور أصحابنا إلى صحة نقله، وأن بينة النتاج عند الشافعي أقوى من البيئتين بقديم الملك على قولين، ولئن لم يكن النتاج مسطوراً، فقد نقله عنه سماعاً، وفرقوا بين النتاج وقديم الملك في القوة، بأن الشهادة بالنتاج على ملكه تنفي أن يتقدم

عليهما ملك لغيره، فصار النتاج بهذا الفرق أقوى من قديم الملك، فلذلك رجحت البيئة بالنتاج قولاً واحداً، وكان ترجيحها بقديم الملك على قولين. وهكذا لو تنازعا ثوباً، وأقام أحدهما البيئة على أنه له نسجه في ملكه، وأقام الآخر البيئة على أنه له، ولم يقولوا نسجه في ملكه. كان كالبيئة بالنتاج على ما قدمناه من الشرح.

فأما إذا شهدت بيئة أحدهما بسبب الملك من الاتباع، أو ميراث وشهدت الأخرى بالملك من غير ذكر سببه، فيكون الترجيح بذكر السبب كالترجيح بقديم الملك، فيكون على قولين:

أحدهما^(١): أن النسج ملحق بالنتاج وذكر السبب ملحق بقديم الملك.

فصل: وأما القسم الثاني: إذا كان الملك في يدي أحدهما وشهدت بيئة أحدهما أنه له منذ سنة، وشهدت بيئة الآخر أنه له منذ شهر، فإن كانت البيئة بقديم الملك لصاحب اليد، حكم له بالملك. لا يختلف فيه مذهب الشافعي، وجميع أصحابه، لأنه قد ترجح باليد، وبقديم الملك، وإن كانت البيئة بقديم الملك الخارج، دون صاحب اليد ترجح أحدهما باليد وترجح الآخر بقديم الملك، فالذي نص عليه الشافعي هاهنا أنها تكون لصاحب اليد ترجيحاً بيده على قديم الملك، وتابعه جمهور أصحابه على هذا القول، وبه قال أبو حنيفة، فإنه حكم ببيئة صاحب اليد في هذا الموضع وإن كان يرى أن بيئة الخارج أولى من بيئة صاحب اليد، لأنه يمنع من بيئة الداخل، إذا لم تفد إلا ما أفادت اليد.

فأما إذا أفادت زيادة على ما أفادته اليد، فإنه يقدمها على بيئة الخارج، وقد أفادت هذه البيئة زيادة على ما أفادته يده، فلذلك قدمها على بيئة الخارج، وعلى قول أبي يوسف، ومحمد، تكون بيئة الخارج أولى في الأحوال كلها.

وذهب أبو إسحاق المروزي، ومن تابعه من أصحاب الشافعي: إلى أن الترجيح بقديم الملك أولى من الترجيح باليد، فيكون على قولين أحدهما يحكم بقديم الملك إذا رجحت به البيئة، والثاني يحكم لصاحب اليد إذا لم تترجح به البيئة، واحتج في ترجيح قديم الملك على الترجيح باليد، بأنه لو شهدت بيئة مدع أن هذه الدار كانت له بالأمس حكم له بملك الدار في اليوم استدامة لملكه، ولو شهدت له أنها كانت في يده بالأمس لم يحكم له باليد في اليوم، ولم يوجب استدامة يده.

وهذا خطأ من قائله، لأن البيئة تزداد لإثبات اليد، فإذا ترجحت إحداها باليد، وافقت موجبها، وخالفت موجب الأصل، فكذلك ترجحت البيئة بها، وهذا المعنى موجود في قديم الملك وحديثه.

(١) ذكر قولاً واحداً. أما القول الثاني فهو مفهوم، لأنه عكس القول الأول.

فأما ما استشهد به من قديم اليد، وقديم الملك، فهما سواء لا يحكم فيهما باستدامة اليد، ولا باستدامة الملك حتى يشهدوا أنه كان مالكا لها بالأمس، وإلى وقته، لأن النزاع في ملكها، فالوقت دون ما تقدم فصارت الشهادة بالمتقدم من غير التنازع، فلم يحكم بها، لأنه قد يملك ما يزول عنه ملكه في اليوم. فإن كان أبو إسحاق المروزي يرى الحكم بها في اليوم مذمباً لنفسه، خولف فيه تعليلاً بما ذكرنا.

فإن قيل: فإذا رجحت البيئة باليد، فهلأ رجحتم بزيادة العدد؟

قيل: لأن زيادة العدد لم تفد زيادة على ما أفادته زيادة البيئة، واليد أفادت من زيادة التصرف ما لم تفد البيئة، فلذلك ترجحت البيئة باليد، ولم تترجح بزيادة العدد.

فصل: وأما القسم الثالث: إذا كان الملك في أيديهما، وكان داراً فأقام كل واحد

منهما بأن جميع الدار له، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تتكافأ البيئتان، ولا تشهد إحدهما بقديم الملك فقد أقام كل واحد منهما بيئته بملك جميع الدار التي نصفها بيده، ونصفها بيد الآخر، فصار له فيما بيده بيئة داخل وفيما في يد صاحبه بيئة خارج، فتعارضت البيئتان في الدخول والخروج.

فإن قيل إن تعارضهما موجب لسقوطهما حلف كل واحد منهما لصاحبه، وأقرت

الدار في أيديهما ملكاً باليد والتحالف.

وإن قيل: إن تعارضهما موجب لاستعمالهما وقسم الملك بينهما، فلا يمين

عليهما، وتجعل الدار بينهما ملكاً بالبيئة.

والضرب الثاني: أن تشهد بيئة أحدهما بقديم الملك وتشهد بيئة الآخر بحديث

الملك، فإن لم تجعل الشهادة بقديم الملك ترجيحاً للبيئة على أحد القولين، فالجواب على ما مضى من تكافؤ البيئتين في جعل الدار بينهما نصفين، باليد واليمين في أحد القولين، وبالبيئة من غير يمين في القول الثاني، وإن ترجحت الشهادة بقديم المالك على القول الثاني خلص لصاحبها النصف الذي في يده، وتقابل في النصف الآخر، ترجيح بيئة بقديم الملك، وترجيح بيئة الآخر باليد، فعلى قول أبي إسحاق المروزي يحكم به لمن ترجحت بيئته بقديم الملك، فتصير جميع الدار له لأنه يجعل الترجيح بتقديم الملك أقوى من الترجيح باليد وعلى الظاهر من مذهب الشافعي، وما عليه جمهور أصحابه يحكم بالنصف الآخر لصاحب اليد، لأنه يجعل الترجيح باليد أقوى من الترجيح بقديم الملك فتصير الدار بينهما نصفين بغير أيمن قولاً واحداً لأنه محكوم بينهما في النصفين بترجيح البيئتين من غير إسقاط لهما ولا قسمة باستعمالها. والله أعلم.

بَابُ الدَّعْوَى عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيفَةَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيْتَةَ أَنَّهُ اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ مِنْهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيْتَهُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ بِمِائَتِي دِرْهَمٍ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ بِلَا وَقْتٍ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَحَدٌ نَصَفَهَا بِنِصْفِ الثَّمَنِ الَّذِي سَمِيَ شُهُودَهُ وَيَرْجِعُ بِالنِّصْفِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَقَالَ فِي مَوْضِعِ الْآخَرِ: إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) هَذَا أَشْبَهُ بِالْحَقِّ عِنْدِي لِأَنَّ الْبَيْتَيْنِ قَدْ تَكَافَأَتَا وَلِلْمُقَرَّرِ لَهُ بِالذَّارِ سَبَبٌ لَيْسَ لِصَاحِبِهِ كَمَا يَلْغِيَانِهَا جَمِيعًا بَبَيْتِهِ وَهِيَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَتَكُونُ لِمَنْ هِيَ فِي يَدَيْهِ لِقُوَّةِ سَبَبِهِ عِنْدَهُ عَلَى سَبَبِ صَاحِبِهِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ قَالَ لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيْتَةَ عَلَى دَابَّةٍ أَنَّهُ تَنَجَّهَا أَبْطَلَتْهُمَا وَقَبِلْتُ قَوْلَ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ».

قال الماوردي: جمع المزني في هذا الباب بين ثلاث مسائل نقلها عن الشافعي:

فالأولى: بائع ومشتريان.

والثانية: بائعان ومشتريان.

والثالثة: مشتري وبائعان.

فأما الأولى: هي مسألتنا فصورتها في رجلين تداعيا ابتياع دار من رجل واحد، فقال أحدهما: اشتريتها منه بمائة درهم، ونقدته الثمن، وأقام على ذلك بيئته. وقال الآخر: إنما اشتريتها منه بمائتي درهم، ونقدته الثمن، وأقام على ذلك بيئته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في البيئتين بيان على تقدم أحد العقدين، على الآخر.

والثاني: أن لا يكون فيها بيان، فإن بان بهما تقديم أحد العقدين على الآخر، بأن تشهد بيئته أحدهما، أنه ابتاعها منه في رجب وتشهد بيئته الآخر أنه ابتاعها منه في شعبان، وتشهد بيئته أحدهما أنه ابتاعها منه، في يوم السبت، وتشهد بيئته الآخر أنه ابتاعها منه في يوم الأحد، فهما في تقارب هذين الزمانين وتباعده سواء. فيحكم بصحة العقد الأول، وإبطال الثاني، لأنه قد زال بالأول ملك البائع، فصار في الثاني

بائعاً لغير ملك فيرجع الثاني على البائع بالثمن. لقيام البيئة بقبضه له ويكون الأول أحق بالدار ولا يدل ذلك على ملكه في الدار، لأنه قد يجوز أن يكون البائع غير مالك حتى يقول الشهود أنه باعها، وهو مالكةا، أو يقولوا إنها لهذا المشتري بابتاعها من هذا البائع، فتدل له الشهادة بأحد الأمرين على ملك المشتري، وصحة عقده، وإن لم يكن في البيتين بيان على تقدم أحد العقدين، وذلك يكون من أحد ثلاثة أوجه إما أن لا يكون في واحد منهما تاريخ، أو تؤرخ إحداهما دون الأخرى، أو تؤرخ كل واحدة منهما إلى وقت واحد، لا يتقدم إحداهما على الأخرى، فيكون بيان التقدم معدوماً على الوجوه الثلاثة وإذا كان كذلك لم تخل حال الدار من أربعة أحوال:

إحداها: أن تكون في يد البائع.

والثانية: أن تكون في يد أحد المشتريين.

والثالث: أن تكون في أيديهما.

والرابع: أن تكون في يد أجنبي.

فصل: فأما الحالة الأولى: وهو أن تكون في يد البائع: فقد اختلف أصحابنا في

تصديق البائع، لإحدى البيتين هل يوجب ترجيحها على الأخرى؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إبراهيم المزني وأبي العباس بن سريج، أن تصديق البائع لإحداهما مقبول، تترجح به بيئته، لأنه أصل ذو يد فعلى هذا يرجع إلى بيانه في أي العقدين تقدم ولا يرجع إلى بيانه أيهما باع، لأنه قد ثبت عليه البيعان بالبيئة، فيرجع إليه بالتقدم منهما، فإذا بين أحدهما التقدم كان البيع له، ولا يمين على الآخر، لأنه لو رجع عن قوله لم يقبل، وليس يغرم للآخر القيمة، وإنما يرد عليه الثمن، فلذلك لم تلزمه اليمين، وإن أنكر أن يكون عنده بيان، أحلف وكان لكل واحد منهما أن يحلفه يميناً تخصصه، لأنه لو بين بعد إنكاره قبل منه فلذلك لزمته اليمين. فإن جمع بين المشتريين في البيان، لم يكن فيه بيان، لأنه بيانه في التقدم، ويستحيل أن يكون كل واحد منهما متقدماً على الآخر في حاله.

وقال أبو حامد الإسفراييني، تكون الدار بينهما بتصديقه لهما.

فإن قال ذلك وهو يرى أن بيان البائع مقصور على المتقدم بالعقد فقد وهم لاستحالة اجتماعهما في التقدم، وإن قاله، لأنه يرى أنه يرجع إلى بيان البائع لأيهما باع فهو ارتكاب مذهب لا يقتضيه المذهب لما بيناه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، وعامة أصحابنا أن تصديق البائع لأجل يده، غير مقبول، في ترجيح بيئته أحدهما، لاتفاق البيتين على زوال ملكه،

فبطل بهما حكم يده، وإنما يرجع إلى يد يجوز أن تكون مالكة، وليس للبائع يد ملك .
فعلى هذا يجري على البيئتين حكم المتعارضتين في الظاهر، وإن جاز أن لا يتعارض في الباطن بأن يتقدم أحد العقدين على الآخر فيكون في تعارضهما ثلاثة أقاويل :

أحدهما : إسقاطها فيرجع إلى قول البائع لا ترجيحاً للبيئة لأنها قد أسقطتا، ولكن لأنها دعوى عليه في ابتياع منه . فإن كذبهما حلف لكل واحد منهما، وغرم له ما شهدت به بيئته من الثمن الذي دفعه، والدار باقية على حكم ملكه، وإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، كانت الدار مبيعة على المصدق، دون المكذب فإن طلب المكذب لإحلاف البائع، نظر فإن كان قد سبق بالدعوى على المصدق كان له إحلاف البائع، لأنه قد استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى المصدق، فلم يسقط حقه منها بتصديقه لغيره وإن كانت دعواه بعد تصديق الآخر، فلا يمين عليه إلا على تخريج يذكره، لأنها دعوى في حلال لا ينفذ فيها إقراره ويرجع عليه بالثمن الذي شهدت به بيئته، فلو عاد البائع، فصدق الثاني بعد تصديق الأول، كان البيع للأول، لتقدم إقراره، ونظر في قيمة الدار، فإن كانت بقدر الثمن الذي شهدت به بيئة الثاني، لم يغرم للثاني إلا الثمن، وإن كانت قيمتها أكثر من الثمن ففي وجوب غرم زيادة القيمة بعد رد الثمن قولان :

أحدهما : لا يغرمها .

والثاني : يغرمها .

ومن هاهنا يجيء تخريج قول أبي علي للبائع أن يحلف للمكذب لأنه إذا غرم مع الإقرار حلف مع الإنكار، ولو صدق البائع لهما جميعاً، جعلت الدار بينهما، ويكون نصفها مبيعاً على كل واحد منهما بنصف الثمن الذي شهدت به بيئته، إن اتفقوا على قدره . وإن عدلوا إلى غيره، فكل واحد من المشتريين يأخذ نصف الدار بنصف الثمن الذي أقر به البائع . إن صدق المشتريان على قدره، وإن كذبا، حلفاه عليه، وأبطل البيع، ولا يعتبر الثمن الذي شهدت به البيئة إلا في دفعه دون عقد البيع، لأنه قد أسقط قبولهما في البيع، فسقط حكم الثمن الذي شهدا به وإن قبلت شهادتهما في دفعه، لأن تعارضهما في البيع لا في دفع الثمن فهو احكم القول الأول في إسقاط البيئتين بالتعارض .

والقول الثاني : الإقرار بين البيئتين فأيتهما قرعت حكم بها وكان البيع لمن

شهدت له، وفي إحلافه مع القرعة قولان :

أحدهما : يحلف إن قيل : إن القرعة مرجحة لدعواه .

والثاني: لا يمين إن قيل إن القرعة مرجحة لبيئته، وللمقروء أن يرجع على البائع

بالثمن الذي شهدت به بيئته

والقول الثالث: استعمال البيئتين، وتسم الدار بهما بين المشتريين ليكون نصفها مبيعاً من كل واحد منهما، وهو لتفريق الصفقة عليه بالخيار في إمضاء البيع في نصف الدار بنصف الثمن أو فسخه، لأنه ابتاع جميع الدار فجعل له نصفها ولهما في الخيار ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يختار الإمضاء فيكونا شريكين.

والثانية: أن يختار الفسخ، فيصح فسخ من تقدم منهما، ويتوفر سهمه بالفسخ على المتأخر، فيسقط خياره في الفسخ، لأن البيع قد تكامل له في جميع الدار.

والحالة الثالثة: أن يمضي أحدهما، ويفسخ الآخر، فقد زال ملك الفاسخ، ونظر فإن فسخ قبل رضا الآخر بالنصف يغرم سهمه على التراضي وأخذ جميع الدار بجميع ثمن بيئته، وإن فسخ بعد رضا الراضي لم يعد سهم الفاسخ على الراضي، لاستقرار الحكم في ابتياعه النصف.

فصل: وأما الحالة الثانية: وهو أن تكون الدار في يدي أحد المشتريين، فقد اختلف أصحابنا هل تترجح بيئته بيده، أم لا؟ على وجهين مبنيين على اختلاف الوجهين في الترجيح بيد البائع، إذا صدق أحدهما بترجيح يد أحد المشتريين، إذا قيل: إنها ترجح بين البائع إذا صدقه فيحكم له بيئته، ويده ويرجع الآخر بالثمن الذي شهدت به بيئته، ويجوز أن يكون خصماً لصاحب اليد في الدار ويحلفه إذا أنكره، وإن صدقه سلم الدار إليه بإقراره بالثمن الذي شهدت به بيئته إن كان مثل الثمن في ابتياع حقه، وإن كان أقل لم يكن له أن يرجع بالباقي، لأنه مقر أنه لا يستحقه على الثاني، وإن كان أكثر لم يكن له أن يأخذ الزيادة، لأنه مقر أنه لا يستحق أكثر من الثمن الذي دفع، ويكون درك للثاني على الأول، دون البائع، ولا يكون على البائع درك الأول، ولا الثاني لأن الثاني ملكها عن الأول، والأول قد أقر أنه لم يملكها عن البائع فلذلك سلم البائع من دركها.

والوجه الثاني: أنه لا تترجح البيئته بيد البائع إذا صدق أحدهما. فعلى هذا يسقط حكم يده، وتتعارض البيئتان في حقهما فتكون على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: يسقطان ويرجع إلى البائع في إقراره، وإنكاره على ما مضى.

والقول الثاني: يقرع بينهما، ويحكم لمن قرع منهما على ما مضى.

والقول الثالث: يقسم بينهما باستعمالهما على ما مضى .

وذكر الربيع قولاً رابعاً: أن تعارض البينتين، يوجب إبطال الصفقتين فيكون كل واحد من البيعين باطلاً كالمتداعيين نكاح امرأة يقيم كل واحد منهما البينة على أنه تزوجها، يبطل النكاحان بتعارضهما، فأنكر أصحابنا هذا القول ونسبوه إلى الربيع تخريباً لنفسه، ومنعوا من اعتباره بالنكاح، لوقوع الفرق بينهما، بأن نكاح المرأة، لا يجوز أن يكون بين زوجين، وشراء الدار يجوز أن يكون بين مشتريين، فبطل النكاحان، لامتناع الشركة، ولم يبطل البيعان مع جواز الشركة .

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن تكون الدار في يدي المشتريين فقد تساويا في اليد والبينة، ولم يترجح أحدهما على الآخر في يد ولا بينة . فإن لم يترجح يد أحدهما لم يترجح أيديهما وصارت بيتهما متعارضتين فيكون تعارضهما محمولاً على الأقاويل الثلاثة في إسقاطها والإقراع بينهما، أو استعمالها، وإن رجحت يد أحدهما رجحت أيديهما، وصار لكل واحد منهما بينة، داخل في النصف الذي في يده، وبينة خارج في النصف الذي بيد صاحبه، فيجعل ابتياع الدار بينهما نصفين، وهل يحلف لصاحبه أم لا؟ على قولين ويرجع كل واحد منهما على البائع بنصف الثمن، وكان خيار كل واحد منهما على ما ذكرناه .

فصل: وأما الحالة الرابعة: وهو أن تكون الدار في يد أجنبي، فلا تخلو يده من أربعة أحوال:

إحداها: أن يكون نيابة عن البائع، فيكون على ما قدمناه في يد البائع .

والثاني: أن يكون نيابة عن أحد المشتريين، فيكون على ما قدمناه في يد أحدهما .

والثالث: أن يكون نيابة عنهما، فيكون على ما قدمناه في أيديهما .

والحالة الرابعة: أن يكون لنفسه غير ثابت فيها عن غيره فلا تتوجه الدعوى عليه في البيع، لأنه منسوب إلى غيره، ولا توجب بينة واحد منهما انتزاع الدار من يده، لأن بيع غيره للدار لا يجعله مالكا لها وصاحب اليد أحق بالدار من بائعها، ولا تتوجه عليه مطالبة البائع بها، لأن قيام البينة عليه بالبيع يمنع من أن يكون له فيها حق، وسقط أن يكون للبائع عليه يمين ولا تتوجه إليه مطالبة واحد من المشتريين بها، لأنه يدعي ملكها، عن البائع، وليس للبائع المطالبة بها فكان أولى أن لا يطالب بها النائب عنه، فتسقط المطالبة عن صاحب اليد، لأجل البينة، ولا يمين عليه لواحد منهم، ويرجع كل واحد من المشتريين على البائع بالثمن الذي شهدت به بيئته، فإذا حكم بإبطال

مختصر من جامع الدعوى والبيئات
 البيعين، وأخذ البائع برد الثمنين جاز له أن يستأنف الدعوى، وهذا كله إذا لم يكن في
 البيئته الشاهدة بالبيع شهادة للبائع، بملك المبيع، فأما إذا شهدت له بملك ما باع، فإن
 عارضهما صاحب اليد ببيئته، كانت بيئته صاحب اليد أولى، لأنها بيئته داخل قد تلتها
 بيئته خارج وإن لم تكن لصاحب اليد بيئته رفعت يده، وثبت أن البائع باع ملكه، وإن
 كانت الشهادة بملكه في إحدى البيئتين حكم بالبيع، دون الملك ورجع بالثمن وبطل
 حكم التعارض فيهما.

وإن شهدت بيئته كل واحد منهما بالملك والبيع، ثبت حكم التعارض فيهما،
 وكان على الأقاويل الثلاثة، وقد أطلنا هذه المسألة باستيفائها، لأنها من الأصول في
 الدعاوى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ اشْتَرَى هَذَا الثَّوْبَ مِنْ فُلَانٍ
 وَهُوَ مَلِكُهُ بِشَمَنِ مُسَمًّى وَنَقَدَهُ وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ يَمْلِكُهُ بِشَمَنِ
 مُسَمًّى وَنَقَدَهُ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِهِ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ لِفَضْلِ كَيْنُونَتِهِ (قال المزني) وَهَذَا يَدُلُّ
 عَلَى مَا قُلْتُ مِنْ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذه المسألة الثانية التي يجتمع فيها بائعان، ومشتريان
 وصورتهما أن يتنازع رجلان في ثوب يدعي أحدهما أنه اشتراه من زيد، وهو مالكة بثمن
 سماه ونقده إياه، ويقيم على ذلك بيئته بالملك، والبيع، ويدعي الآخر أنه اشتراه من
 عمرو، وهو مالكة بثمن سماه ونقده إياه، ويقيم على ذلك بيئته بالملك والبيع فلا يخلو
 الثوب من خمسة أحوال:

أحدها: أن يكون في يد أحد المتبايعين.

والثاني: أن يكون في أيديهما.

والثالث: أن يكون في يد أحد المشتريين.

والرابع: أن يكون في أيديهما.

والخامس: أن يكون في يد أجنبي.

فأما الحالة الأولى: وهو أن يكون الثوب في يد أحد المتبايعين فبيئته أرجح وجهاً
 واحداً، لأنها بيئته داخل تندفع بها بيئته خارج فيصح بيعه، ويؤخذ بتسليم الثوب إلى
 مشتريه منه. ويبطل بيع الآخر، ويؤخذ برد الثمن على مشتريه منه، ولا يمين للبائع
 الآخر، ولا للمشتري على من ترجحت بيئته من البائع والمشتري، لأن الحكم ثبت
 لهما بالبيئته، ترجيحاً باليد ولا يمين مع البيئته.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكون الثوب في يد البائعين، فلا تخاصم بين المشتريين، فقول: إنه لا يد لواحد منهما على ما يدعيه وخصمه فيه هو البائع عليه، ليسلم إليه ما باعه عليه وللبائع حينئذ حالتان:

إحدهما: أن يتنازعا كل واحد منهما، أنه مالك لجميعه وبينه كل واحد من المشتريين في البيع، هي بينة لكل واحد من البائعين في الملك، ولكل واحد منهما بينة داخل في النصف الذي بيده، وبينه خارج في النصف الذي في يد صاحبه، فيحكم لكل واحد منهما بنصفه بينته ويده، لأنه قد عارضته فيه بينة خارج وهل يجب لكل واحد منهما إحلاف صاحبه، أم لا؟ على قولين: من تعارض البيتين هل يسقطان، أو يستعملان؟

فإن قيل: بإسقاطهما فعلى كل واحد منهما أن يحلف لصاحبه أنه لا حق له فيما بيده، ولا يحلف أنه مالك لما بيده، لأنه يحلف على إنكاره وليس يحلف على إثباته.

وإن قيل: باستعمال البيتين فلا يمين على واحد منهما لصاحبه، لأن من حكم له بالبينه لم يحلف معها، ثم يصير كل واحد من البائعين مالكا لنصفه، وبائعا لجميعه فيكون كل واحد من المشتريين بالخيار بين إمضاء البيع في نصفه والرجوع بنصف ثمنه، وبين فسخ البيع في جميع، والرجوع بجميع ثمنه على ما بيناه.

والحالة الثانية: أن يتصادق البائعان على أن كل واحد منهما مالك لنصفه، فينقطع التخاصم بينهما بالتصادق، وفي انقطاع خصومة المشتريين بانقطاعها بين البائعين وجهان:

أحدهما: قد انقطعت الخصومة بتصادقهما، وصار كل واحد منهما مالكا لنصفه، وبائعا لجميعه، فلزمه تسليم ما ملك ودرك ما لم يملك.

والوجه الثاني: أن الخصومة باقية لكل واحد من المشتريين لأنه يدعي ملك جميع الثوب، وقد صار إلى نصفه مع بقاءه في حق غيره، ويكون مخاصما فيه لمن بيده النصف الآخر فإن كان قد تسلم مشتريه، كان كل واحد منهما خصما لصاحبه فيه فيتحالفان عليه، ولا تستعمل بينهما فيه، لأنها لا تفيدهما أكثر من قسم بينهما.

فإن حلفا أو نكلا كان بينهما، وانقطع تخاصمهما، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بجميعه للحالف ولم يلزم لبائعه عليه إلا نصف ثمنه، وإن صار مالكا لجميعه لأن البائع مقر أنه لا يملك إلا نصفه، فإن لم يكن مشتريه قد ساق الثمن إليه، لم يطالبه البائع إلا بنصفه، وإن كان قد ساق جميع الثمن لم يكن له استرجاع شيء منه، لأنه مقر باستحقاقه عليه، وليس للمشتري الناكل رجوعه بدركه على بائعه، لأنه

مستحق من يده بنكوله، ولو حلف لكان مقرأً في يده، ولو لم يتسلم المشتري، وكان باقياً من يد البائعين وفت الخصومة بين المشتريين، وكان لكل واحد مطالبة مبايعه، فيتسلم ما ابتاعه منه، وهو لا يقدر إلا على تسليم نصفه الذي في يده، فإذا قبض كل واحد منهما نصفه، تخاصم فيه المشتريان، وكان حكمهما في التخاصم على ما ذكرناه.

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن يكون الثوب في يد أحد المشتريين، ترجحت بيته بيده وجهاً واحداً، بخلاف يده لو كان البائع عليها واحداً في أحد الوجهين، لأنهما في الشراء مع اثنين يجعل يده بيد بائعه الذي لم يتقل ملكه إلا إليه، فصارت يده كيد أحد البائعين، فحكم له بالجميع، لأن بيته بالجميع بيته داخل وبينه الآخر في الجميع بيته خارج، ولزمه جميع الثمن ورجع الآخر على صاحبه بجميع الثمن، وليس له مخاصمة صاحبه في الشراء، لأنه قد استقر ابتاعه لجميع الثوب، لحكم بات، وينقطع التنازع بين البائعين، كانقطاعه بين المشتريين لنفوذ الحكم بالبيته واليد للبائع، والمشتري منه على البائع الآخر والمشتري منه.

فصل: وأما الحالة الرابعة: وهو أن يكون الثوب في يد المشتريين، فقد تكافتا في البيته واليد، لأن لكل واحد منهما بيته داخل في نصفه، وبينه خارج من نصفه، فيحكم به بينهما نصفين وتكون الخصومة فيه بين المشتريين، ولا خصومة في الحال بينهما، وبين البائعين، لأن لكل واحد منهما إحلاف صاحبه قولاً واحداً، لأنه لو صدقه عليه، لزمه تسليم ما بيده وفي كيفية يمينه قولان من اختلاف قوله في تعارض البيتين. فإن قيل: باستعمالهما كانت يمين كل واحد منهما على النفي دون الإثبات، فيحلف بأنه لا حق له فيما بيدي، ولا يحلف إني مالك لما بيدي، لأنه قد ملكه بالبيته، فلا يمين مع البيته، وإن قيل: إن تعارضهما موجب لإسقاطهما، كانت يمين كل واحد منهما على الإثبات دون النفي، فيحلف بالله لقد تملكه بالابتاع من فلان، لأنه لم يملك بالبيته، فصار مالكاً بالثمن، فإن حلفا كان الثوب بينهما ملكاً، وإن نكلا كان الثوب بينهما يداً، فلا رجوع لواحد منهما بالدرك على مبايعه، سواء حلفا أو نكلا، لأن كل واحد منهما في ادعاء جميعه ملكاً بالابتاع مصدق لمبايعه على ملكه.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بالجميع للحالف دون الناكل، ولزمه ثمن جميعه لمبايعه، لاعترافهما باستحقاقه، ولا رجوع للناكل بدركه على مبايعه بشيء من ثمنه، لأنه مقر أنه بائع لملكه.

فإن أحال المشتريان بالتحالف على البائعين ليكونا خصمين فيه، كان جوازه على قولين، من اختلاف قوله في تعارض البيتين، فإن قيل: بإسقاطهما، تحالف عليه البائعان وكان كل واحد من المشتريين خصماً لمبايعه فيه.

وإن قيل باستعمالها لم يتحالف عليه البائعان، لبت الحكم بينهما بالبيئة، ولا رجوع لواحد منهما بالدرك على مبايعه إن تداعياه، ولهما الرجوع بدركه، إن لم يتداعياه لأنهما في تداعيه مصدقان للبائعين، وإن لم يتداعياه غير مصدقين، وإن لم يجعل لهما الرجوع بالدرك، فلا خيار لهما في فسخ البيع، وإن جعل لهما الدرك كان لهما الخيار في فسخ البيع، وكانا فيه بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يفسخا فيرجع كل واحد منهما بدرك جميعه.

والثاني: أن يقيما فيرجع كل واحد منهما بدرك نصفه.

والثالث: أن يفسخ أحدهما، ويقيم الآخر، فيرجع المقيم بدرك النصف فيرجع الفاسخ بدرك الجميع، ولا تتوفر حصة الفاسخ على التراضي لأن حصة الفاسخ تعود إلى مبايعه، ولا تعود إلى مبايع الراضي فصار فيه بخلاف البائع الواحد، الذي لا يعود خصمه الفاسخ، إلى مبايع الراضي، فيتوفر من حصته على الراضي.

فصل: وأما الحال الخامسة: وهو أن يكون الثوب في يد أجنبي فعلى ضربين:

أحدهما: أن تنسب يده إلى أحد الأربعة، فيكون حكمه كحكمه لو كان في يد من نسبه إليه، وهل لكل واحد من الباقيين أن يحلفه إن أكذبه على أن يده نائبة عمن نسبه إليه، أم لا؟ على قولين: من اختلاف قوله في وجوب الغرم عليه إن صدق غيره.

فإن قيل: بوجوب الغرم عليه مع الإقرار، أحلف مع الإنكار. وإن قيل: لا غرم عليه لم يحلف.

والضرب الثاني: أن يدعيه لنفسه ملكاً، فدعواه مردودة بكل واحدة من البيتين، لأن إحدهما تشهد به لزيد والأخرى تشهد به لعمرو، وكل واحدة منهما تشهد بأن لا حق فيه لصاحب اليد، ولا ينتزع من يده قبل بت الحكم بين المتنازعين، ليتعين بالحكم مستحق انتزاعه منه، فصارت يده ضامنة له في جنبه مستحقه، وقد تعارضت البيتان فيه ملكاً في حق البائعين ومبيعاً في حق المشتريين، وتساوت البيتان في حق الجنبتين لأنها بيتتا خارج فتحمل على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: إسقاط البيتين، ويكون كل واحد من البائعين خصماً للآخر في ملكه، وكل واحد من المشتريين خصماً لمبايعه في ابتياعه، فيتحالف البائعان على ملكه.

فإن حلفا، حكم به لهما ملكاً.

وإن نکلا جعل بينهما يداً.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر فهل ترد يمين نكوله على مدعي ابتياعه؟ على

قولين من اختلاف قوله في غرماء المفلس، إذا أجابوا إلى يمين يستحق بها مال نكل عنها المفلس:

أحدهما: ترد اليمين على المشتري إذا قيل إنها ترد على الغرماء لأنه قد أثبت كل واحد منهما يمينه حقاً لنفسه.

والقول الثاني: لا ترد اليمين على المشتري إذا قيل: إنها [لا] ترد على الغرماء، لأنه لا حق لهما فيما يحلفان عليه، إلا بعد استحقاق خصمهما له، ولا يصح لأحد أن يملك مالا بيمين غيره وإذا كان كذلك لم يخل الثوب من أن يحكم به للبائع، أو لأحدهما فإن حكم به لهما، صار كل واحد من المشتريين مدعياً على مبيعه ابتياع جميعه، ودفع ثمنه، فإن صدقه مبيعه على دعواه صح البيع في النصف الذي صار إليه، وبطل في نصفه الذي صار في ملك غيره، ومشتريه بالخيار في إمضائه بنصف الثمن، واسترجاع نصفه الباقي، أو فسخه في جميعه، واسترجاع جميع ثمنه وإن أكذبه مبيعه في ابتياعه، حلف له، ولا بيع بينهما بعد يمينه، وهل يستحق عليه الرجوع بثمنه الذي شهدت بينته ببيعه ودفع ثمنه، أم لا؟ على قولين من اختلاف قوله في الشهادة إذا ردت في بعض ما شهدت به هل يوجب ردّها في باقيه؟

أحدهما: لا يرد ويحكم له على البائع برد الثمن.

والقول الثاني: يرد، ويكون القول قول البائع في إنكاره مع يمينه، وإن حكم بالثوب لأحد المتبايعين بطل بيع من لم يحكم له، وهل يرد الثمن بالبيئة إن أنكر أم لا؟ على القولين وتوجهت الدعوى على من حكم له بالثوب لمشتريه منه فإن صدقه عليه، صح البيع في جميعه ولا خيار لمشتريه وإن أنكره حلف، ولا بيع بينهما. وهل يلزمه رد الثمن بالبيئة أم لا على القولين؟

فهذا ما يتفرع على هذه الدعوى على هذا القول الموجب لإسقاط البيئتين.

والقول الثاني: أنه لا يوجب سقوطهما بالتعارض، ويميز بينهما بالقرعة. فأيتها قرعت، حكم بها لمن شهدت له بملك البائع وبيعه على المشتري، وفي إحلافه مع القرعة قولان وردت البيئة المقروعة في ملك الآخر، وبيعه، ولم ترد فيما شهدت به من دفع الثمن قولاً واحداً، لأنه لم يكن ردها إسقاطاً وإنما كان ترجيحاً.

والقول الثالث: استعمال البيئتين بقسم الثوب بهما بين المشتريين نصفين، ولكل واحد منهما الخيار في إمضاء البيع في نصفه بنصف ثمنه، واسترجاع باقيه، أو فسخ البيع فيه، واسترجاع جميع ثمنه، لأن البيئة مستعملة فيما شهدت به وإنما أمضيت في النصف، لآزدحام الحقين كالقول في الفرائض.

فصل: وإذا تنازعا ثوباً في يد أحدهما منه ذراع، وفي يد الآخر منه عشرة أذرع كانا في اليد سواء، ولا يترجح من بيده أكثره، على من بيده أقله، لأنه لو تفرد أحدهما باليد لم يقع الفرق بين أن يكون بيده أكثره، أو أقله.

ولو تنازعا داراً، وأحدهما في صحنها والآخر في دهليزها، كانا في اليد سواء.

وقال أبو حنيفة: الجالس في الصحن أحق باليد من الجالس في الدهليز.

وليس بصحيح، لأنه لو تفرد بالجلوس في الدهليز كانت يده عليها، كما لو كان في صحنها، وهكذا لو كان أحدهما على سطحها، والآخر في سفليها كانا عندنا في اليد سواء، ولا فرق أن يكون على السطح سترة حاجزة أو لا تكون، أو على السطح ممرق حاجز من السفلى أو لا يكون.

ولو تنازعا متاعاً في ظرف، ويد أحدهما على الظرف، ويد الآخر على المتاع اختص كل واحد منهما باليد على ما في يده، ولا تكون اليد على الظرف مشاركة لليد على المتاع، ولا اليد التي على المتاع مشاركة لليد على الظرف، لانفصال أحدهما عن الآخر، ولجواز أن يكون المتاع لواحد والظرف لآخر.

ولو تنازعا عبداً، ويد أحدهما على ثوبه، ويد الآخر على ثوبه كانت اليد على العبد يداً على الثوب والعبد، لأن يد العبد على الثوب أقوى، فصارت اليد على العبد أقوى، ولا يكون لصاحب اليد على الثوب يد على العبد، ولا على الثوب، لأن للعبد على الثوب يداً وتصرفاً، ولممسك الثوب يد من غير تصرف، ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر قائدها، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: تكون لراكبها دون قائدها، لأنه مع اليد المشتركة مختص بالتصرف.

والوجه الثاني: هما مشتركان في اليد عليها، لأن قودها تصرف كالركوب فاستويا. ولو تنازعا سفينة أحدهما ممسك برباطها، والآخر ممسك بخشبها، كانت اليد للممسك الخشب، دون ممسك الرباط، لأن الخشب من السفينة والرباط ليس منها. ولو كان أحدهما راكبها، والآخر ممسكها، كانت اليد للراكب، دون الممسك لأن للراكب تصرفاً ليس للممسك.

ولو تنازعا دابة في إصطبل أحدهما، وأكذبها عليها، فإن كان في الإصطبل دواب لغير مالكة، استويا في اليد عليها، لأن التصرف في الإصطبل قد صار مشتركاً، وإن لم يكن في الإصطبل دواب غير دواب صاحبه، كانت اليد لصاحب الإصطبل خاصة لتفرد به بالتصرف والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ الثُّوبُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا الْبَيْتَةَ أَنَّهُ تَوْبُهُ بَاعَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ بِالْفِ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهِ بَيْنَ الْمُدْعِيَيْنِ نِصْفَيْنِ وَيَقْضِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ نِصْفِ الثَّمَنِ (قَالَ الْمُزْنِي) رَحِمَهُ اللَّهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَقْضِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهِ مِنْ أَحَدِهِمَا وَيَقْبِضُهُ ثُمَّ يَمْلِكُهُ الْآخَرَ وَيَشْتَرِيهِ مِنْهُ وَيَقْبِضُهُ فَيَكُونُ عَلَيْهِ ثِمَانٍ وَقَدْ قَالَ أَيْضًا لَوْ شَهِدَ شُهُودٌ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى إِفْرَارِ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَاهُ أَوْ أَقْرَبَ بِالشَّرَاءِ قَضَى عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ (قَالَ الْمُزْنِي) سِوَاءَ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ اشْتَرَى أَوْ أَقْرَبَ بِالشَّرَاءِ».

قال الماوردي: وهذه هي المسألة الثالثة التي يجتمع فيها مشتري وبائعان وصورتهما في رجل بيده ثوب تنازعه رجلان، فقال له كل واحد منهما، هذا ثوبي بعته عليك بألف درهم، وسلمته إليك ولي عليك ثمنه. وأقام كل واحد منهما بيعة بما ادعاه، فلا تخلو بيئتهما من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون تاريخهما مختلفاً، فتشهد بيعة أحدهما أنه باعه عليه في رجب، وتشهد بيعة الآخر أنه باعه عليه في شعبان، فلا تعارض في البيعتين، لإمكان حملهما على الصحة، وهو أن يشتريه من أحدهما في رجب، ويبيعه على الآخر، ثم يعود فيشتريه منه، فيصير مشترياً من كل واحد من البائعين. في وقتين بشمين، وإذا صح ذلك لزمه الثمنان من غير تكاذب ولا تعارض، كما لو ادعت امرأة على زوجها أنه نكحها في يوم الخميس على صداق ألف، ثم نكحها في يوم الجمعة على صداق ألفين، وأقامت عليه البيعة بكل واحد من النكاحين، يحكم عليه بالصدادين ولا تعارض فيه البيتان، لأنه قد يتزوجها في يوم الخميس، ويخالفها فيه بعد دخوله بها، ثم يتزوجها في يوم الجمعة فيصح العقدان ويلزمه الصداقان.

كذلك في مسألتنا: يصح فيه البيعان، ويلزمه الثمنان، لإمكان الصحة وامتناع التنافي، وإذا أمكن حمل البيعتين على الصحة لم يجز أن يحملوا على التنافي والتضاد،

فصل: والحال الثانية: أن يكون تاريخ البيعتين واحداً، فتشهد بيعة أحدهما أنه باع عليه ثوبه هذا بألف، مع زوال الشمس من يوم السبت، وتشهد بيعة الآخر أنه باع عليه ثوبه هذا بألف في ذلك الزمان بعينه، مع زوال الشمس من يوم السبت، فقد تكاذبت البيتان فتعارضت لاستحالة أن يكون كل الثوب ملكاً لكل واحد من البائعين في وقت واحد، ويبعه كل واحد منهما عليه في وقت واحد، فكان تعارضهما مع التكاذب محمولاً على الأواويل الثلاثة في تعارض البيعتين:

أحدهما: إسقاطهما بالتعارض ولا يتعين به حرج أحدهما بالتكاذب ثم رجع بعد إسقاطهما إلى قول صاحب اليد، فإن كذبهما حلف لهما، وبريء من مطالبتهما، وإن

صدقها، حكم عليه لكل واحد بثمانه فليزمه لثمان ثمان، لإمكان ابتياعه من كل واحد منهما، وإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، لزمه ثمنه للمصدق، وحلف المكذب، وبرىء بيمينه وإن نكل عنها ردت على المكذب، وحكم له عليه بالثمن إذا حلف فيصير ملتزماً لثمنه في حق الأول بإقراره، وملتزماً بثمانه في حق الثاني بيمينه.

والقول الثاني: الإقراع بين البيئتين، والحكم لمن قرع منهما، ويبطل حكم المقروعة بالقارعة، وفي إحلاف من قرعت بيئته. قولان: يحلف في أحدهما إن جعلت القرعة مرجحة للدعوى، ولا يحلف في القول الآخر إن جعلت مرجحة للبيئته.

والقول الثالث: استعمال البيئتين، وقسم الثوب المبيع بينهما نصفين، فيصير كل واحد منهما بائعاً لنصفه بنصف الثمن فيكون الثمن بينهما، كما جعل الثوب بينهما، ولا خيار لمشتريه لأن الصفقة لم تبعض عليه، وإنما تبعضت في حق بائعه فإن طلب كل واحد من البائعين، إحلاف المشتري بعد استعمال البيئتين كان له إحلافه، لأنه لو صدقه لزمه دفع الباقي من ثمنه.

فصل: والحال الثالثة: أن تكون البيئتان مطلقتين، أو إحداهما فيحتمل أن يحمل إطلاقهما على التعارض، ويحتمل أن يحمل على الإمكان. فاختلف أصحابنا فيما يحمل عليه. هذا الإطلاق على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثرين: أنه يحمل على الإمكان، ويقضى على المشتري بالثمنين، لجواز أن يكون إطلاقهما في وقتين.

وإذا أمكن استعمال البيئتين على الصحة، لم يجز أن يحملا على التعارض.

والوجه الثاني: أنه يحمل إطلاقهما على التعارض في وقت واحد، لأن الأصل براءة ذمة المشتري فلا يضمن بأمر محتمل، وإذا حكم بتعارضهما على هذا الوجه كان على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: إسقاطها.

والثاني: الإقراع بينهما.

والثالث: استعمالهما.

فصل: فأما المزني فإنه تكلم على فصلين:

أحدهما: إيجاب الثمنين فإن أراد به مع اختلاف الوقتين فهو صحيح مسلم، وإن أراد به مع اجتماع العقدتين في وقت واحد فهو باطل مردود لامتناعه.

وإن أراد به مع الإطلاق، فهو أصح الوجهين، وإن توزع فيه.

وأما الفصل الثاني: فهو أنه جعل الشهادة عليه بمشاهدة العقدين، كالشهادة على إقراره بالعقدين، ولو قامت البيّتان على إقراره بالعقدين، لزمه الثمنان، سواء أقر بهما في وقت، أو وقتين، كذلك الشهادة عليه بمشاهدة العقدين تقتضي أن تكون موجبة للالتزام الثمين، سواء كانتا في وقت، أو وقتين وهذا الجمع بينهما في الوقت الواحد فاسد، لأنه يصح أن يقر في الوقت الواحد بعقدين، ولا يصح أن يباشر في الوقت الواحد فعل عقدين، فصح الإقرار بهما في الوقت الواحد، لإمكانه، وبطل العقد عليه في الوقت الواحد، لامتناعه. وقد يجوز أن يكون في الإقرار تعارض في موضع، وهو أن تنفق الشهاداتان على أنه أقر مرة واحدة لواحد، ثم اختلفا فيمن أقر له، فشهدت إحداهما أن إقراره كان لزيد، وشهدت الأخرى أن إقراره كان لعمر، فتعارضت الشهاداتان في الإقرار، كما تراضت في العقد، فيحمل تعارضهما على الأقويل الثلاثة في الموضوعين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَأَقَامَ الْعَبْدُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ سَيِّدُهُ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ أَعْتَقَهُ وَلَمْ يُوقَّتِ الشُّهُودَ فَإِنِّي أَبْطَلُ الْبَيِّنَتَيْنِ لِأَنَّهُمَا تَضَادَّتَا وَأُخْلِفُهُ مَا بَاعَهُ وَأُخْلِفُهُ مَا أَعْتَقَهُ (قال المُرْزَبِيُّ) قَدْ أَبْطَلُ الْبَيِّنَتَيْنِ فِيمَا يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَا فِيهِ صَادِقَتَيْنِ فَالْقِيَاسُ عِنْدِي أَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدَيْ نَفْسِهِ بِالْحُرِّيَّةِ كَمُشْتَرٍ قَبْضَ مِنَ الْبَائِعِ فَهُوَ أَحَقُّ لِقْوَةِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا أَقَامَا بَيِّنَةً وَالشَّيْءُ فِي يَدَيْ أَحَدِهِمَا كَانَ أَوْلَى بِهِ لِقْوَةِ السَّبَبِ وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد في ملك سيده، ادعاه رجل أنه ابتاعه بألف درهم دفعها إليه، وأقام به بيّنة، وادعى العبد أن سيده أعتقه في ملكه، وأقام به بيّنة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في البيّتين تاريخ يدل على تقدم إحداهما على الأخرى، فيحكم بشهادة المتقدمة دون المتأخرة، فإن تقدم البيع على العتق، حكم به مبيعاً، وأبطل أن يكون معتقاً، لأنه أعتقه بعد زوال ملكه عنه بالبيع، وإن تقدم العتق على البيع، حكم بعتقه وبطل بيعه، لأنه باعه بعد زوال ملكه عنه، بالعتق، وأخذ برد الثمن على مشتريه، لقيام البيّنة بعتقه.

والضرب الثاني: أن لا يكون في البيّتين بيان يدل على تقدم إحداهما على الأخرى، إما لإطلاقهما، وإما لتاريخ إحداهما، وإطلاق الأخرى، وإما لاجتماعهما في التاريخ على وقت واحد فتضاد اجتماعهما فيه، فتصير البيّتان في هذه الأحوال الثلاث متعارضتين وهي في اجتماع التاريخ متكادبتين، وفي إطلاقه غير متكادبتين،

والحكم في تعارضهما، سواء إذا لم يكن فيهما بيان، وإذا كانت على هذا التعارض. فللعبد حالتان:

إحدهما: أن يكون في يد سيده.

والثانية: أن يكون في يد مدعي الشراء، فإن كان في يد سيده فقد اختلف أصحابنا هل يكون تقديمه لإحدى البيئتين مرجحاً. أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج، تترجح البيئته. بتصديقه، لأنه ذو يد مالكة. فعلى هذا إن صدق بينة المشتري على ابتياعه، حكم به مبيعاً، وسقطت بينة عتقه، ولا يمين للعبد على سيده، لأنه لو اعترف له بالعتق بعد بيعه، لم يغرم، فلم يلزمه أن يحلف وإن صدق بينة العبد على عتقه، حكم بعتقه، وسقطت بينة بيعه، وهل لمشتريه أن يرجع بثمنه بيئته بعد ردها في بيعه؟ على قولين:

أحدهما: يرجع بثمنه إذا قيل: إن ردها في البعض لا يوجب ردها في الكل، فعلى هذا لا يمين للمشتري على البائع في إنكاره لبيعه، لأنه لو اعترف بعد العتق لم يلزمه إلا رد الثمن، وقد رُدد.

والقول الثاني: أنه لا يرجع بثمنه بالبيئته إذا قيل: إن رد البيئته في البعض، موجب لردها في الكل، فعلى هذا يستحق المشتري إحلاف البائع على إنكاره، لأنه لو اعترف له بعد العتق، لزمه رد الثمن لأن اليمين تستحق في الإنكار إذا وجب العوض بالإقرار ويسقط في الإنكار إن سقط الغرم بالإقرار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، وجمهور أصحابنا أنه لا تترجح واحدة من البيئتين بتصديق البائع، لأن كل واحدة منهما تشهد بزوال ملكه، ورفع يده.

فعلى هذا يتحقق تعارض البيئتين. وقال المزني: لا تعارض فيها، ويحكم بينة العتق، لأن العبد في يد نفسه، فصارت يمينه بينة داخل، وبينة المشتري بينة خارج؛ فقضى بينة الداخل على بينة الخارج.

وهذا ليس بصحيح، لأن العبد لا يصح أن تكون له يد على نفسه، لأن اليد عليه فامتنع أن تكون اليد له ألا تراه لو ادعاه على سيده أنه أعتقه، وأنكره السيد لم يقبل قوله على السيد، ولو كان في يد نفسه، قبل قوله عليه، أو لا ترى لو تنازع ابتياعه رجلاً، فصدق أحدهما لم يؤثر تصديقه ولو كانت له يد على نفسه لكان تصديقه مؤثراً. وأما الحر فقد اختلف أصحابنا. هل تكون له يد على نفسه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تكون له يد على نفسه، إذ ليس عليه يد لغيره.

أو لا ترى أن من ادعى لقيطاً عبداً، فاعترف له بالرق، كان عبداً له. ولو أنكره

كان حراً، ولم يكن عبداً، ولو لم يكن في يد نفسه لما أثر إقراره، وإنكاره، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثرين من أصحابنا. أنه لا يد للحر على نفسه، لأن اليد تستقر على الأموال ولا حكم لها فيما ليس بمال، فلم يكن له على نفسه يد، كما لم تكن لغيره عليه يد، وليس يقبل قول اللقيط، لأن له يداً على نفسه، ولكن لنفوذ إقراره على نفسه، فلم يصح ما قالوه.

فصل: فإذا صح أن لا يد للعبد على نفسه، صح فيه تعارض البيئتين وفي تعارضهما ثلاثة أقاويل:

أحدهما: إسقاطهما، ويرجع إلى السيد في تكذيبهما، أو تصديق أحدهما فإن كذبهما، حلف لكل واحد منهما، وكان العبد موقوفاً على ملكه، ولا يلزمه رد الثمن بالبيئة، لأنها قد أسقطت في كل ما شهدت به، وإن صدق العبد دون المشتري، عتق العبد، وحلف المشتري، لأنه لو صدقه بعد تصديق العبد، غرم له الثمن، وإن صدق المشتري ملك العبد بالشراء، ولم يحلف للعبد لأنه لو صدقه بعد تصديق المشتري، لم يلزمه غرم.

والقول الثاني: الإقراع بين البيئتين والقرعة في هذا الموضوع قوية، لأنها يتميز بها حرية، ورق.

فعلى هذا إن قرعت بيئة المشتري حكم له باتباعه، وفي إحلافه مع قرعته قولان. إن قرعت بيئة العبد، حكم بعتقه، ولزمه رد الثمن على المشتري، لأن بيئته لم تسقط وإنما ترجح غيرها فوقفت.

والقول الثالث: استعمال البيئتين. فاختلف أصحابنا في صحة تخريجه في هذا الموضوع على وجهين:

أحدهما: لا يصح تخريجه، لأن سراية العتق تسقط حكم القسمة.

والوجه الثاني: يصح تخريجه في هذا الموضوع؛ لأن استعمالهما لا يسقط بما يحدث عن القسمة بهما، فعلى هذا يجعل نصفه مبيعاً على المشتري بنصف الثمن، ويكون فيه لأجل تفريق الصفقة بالخيار بين إمضاء البيع فيه بنصف ثمنه، واسترجاع نصفه الباقي، وبين فسخه، واسترجاع جميع ثمنه، فإن فسخ، حكم بعتقه على سيده، لأنه قد عاد إلى ملكه، وقد شهدت عليه البيئة بعتقه، وإنما جعل نصفه مبيعاً لمزاحمة المشتري ببيئته، فإذا زالت مزاحمته بفسخه زال سبب التبعض فعتق الجميع، وإن أقام على البيع في نصفه ولم يفسخ، اعتبر حال البائع، فإن كان معسراً بقيمة نصفه لم يسر

العتق إلى نصفه المبيع، وكان على رقه لمشتريه. وإن كان موسراً بقيمته، ففي سراية عتقه ووجوب تقويمه عليه وجهان:

أحدهما: يقوم عليه ويسري العتق إلى جميعه، لأنه لو عاد إليه بالفسخ عتق عليه.

والوجه الثاني: أن لا يقوم عليه، ولا يسري العتق إليه، لأنه منكر لعتقه، وإنما أخذ جبراً بعتق ملكه فلم يسر إلى غير ملكه وصار في عود النصف المبيع بالفسخ كمن ورث أباه، لم يعتق عليه، لأنه ملكه بغير اختياره في عوده إليه بالفسخ لم يستقر عليه لغيره ملك فعتق عليه الجميع من غير تبعض.

فصل: فأما إذا تعارضت البيئتان، وكان العبد في يد المشتري ففي ترجيح بيئته بيده وجهان:

أحدهما: يرجح بيده، لأن بيئته بيئته داخل، وبيئته العبد بيئته خارج، فوجب أن يقضي ببيئته المشتري في ابتياع جميعه، وتبطل بيئته العتق، وليس للعبد إحلاف سيده، لأنه لا غرم عليه لو أقر له.

والوجه الثاني: ترجح بيئته بيده، لأنه قد أضاف ملكه إلى سببه، فزال بذكر السبب حكم اليد، ويتفرع على هذين الوجهين إذا تنازع رجلان في ابتياع عبد من رجل، وأقام أحدهما البيئته أنه ابتاعه منه، وقبضه، وأقام الآخر البيئته أنه ابتاعه منه ولم يقولوا: إنه قبضه، فإن رجحت البيئته باليد رجحت بالقبض، وإن لم ترجح باليد، لم ترجح بالقبض وقد نص الشافعي على أنها ترجح بالقبض، لأن البيع بالقبض منبرم وقبل القبض متردد بين سلامة المبيع، فيبرم أو تلف فيبطل فكان ترجيحه بالقبض دليلاً على ترجيحه باليد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا أَقْبَلُ الْبَيْتَةَ أَنَّ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِنْتُ أُمَّتِهِ حَتَّى يَقُولُوا وَلَدَتْهَا فِي مَلِكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى جارية في يد غيره أنها بنت أمته وأقام البيئته على أنها بنت أمته لم يقض له بملكها، لأنه قد يجوز أن تلدها الأم قبل أن تملك الأم، وهكذا لو ادعى ثمره، وأقام البيئته أنها ثمره نخلته، لم يقض له بملك الثمرة لجواز أن يكون ملك النخلة بعد حدوث الثمرة.

وهكذا لو ادعى صوفاً، وأقام البيئته أنه من صوف غنمه، لم يقض له بالصوف لجواز أن يملك الغنم بعد جاز الصوف، فصارت البيئته غير مثبتة، فلذلك لم يقض بها فإن شهدوا أنها بنت أمته ولدتها في ملكه، وفي الثمرة أنها ثمره نخلته أثمرتها في

ملكه، وفي الصوف أنه من غنمه جزاً في ملكه، قضى له بملك الجارية والثمرة، والصوف لأن من ملك أصلاً، ملك ما حدث عنه من النماء.

ألا ترى أن المغصوب منه يستحق نماء ملكه مع استرجاء أصله، فصارت الشهادة بهذا شهادة بالملك، وسببه، فكانت تؤكد من الشهادة، بمجرد الملك.

فإن قيل: فهذه شهادة بملك متقدم، وليست شهادة بملك في الحال، فصار كشهادتهم أن هذه الجارية كان مالكا لها في السنة الماضية، فلا يوجب ذلك أن يحكم له بملكها، فكذلك في الولادة.

قيل: قد نص الشافعي أن الشهادة بتقديم الملك لا توجب الملك في الحال والشهادة بتقديم الولادة والتناج يوجب الملك في الحال فاختلف أصحابه في اختلاف النصين مع تشابه الأمرين فكان البويطي، وابن سريج، يحملانه على اختلاف قولين: أحدهما: يحكم بالملك في الشهادة بتقديم الملك، والشهادة بالولد، والتناج على ما نص عليه في التناج، استصحاباً لثبوت.

والقول الثاني: أنه لا يحكم له بالملك في الشهادة بتقديم الملك، والشهادة بالولد، والتناج، على ما نص عليه في الشهادة بتقديم الملك، لأن الملك المتقدم قد يزول بأسباب فلم توجب ثبوت الملك في الحال.

وكان أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة، وأكثر المتأخرين، يمنعون من تخريج ذلك على قولين، ويحملون جواب الشافعي على ظاهره في الموضوعين، فيحكمون له بملك الولد والتناج، إذا شهدوا له بحدوث الولادة، والتناج في ملكه، ولا يحكمون له بملكهما، إذا شهدوا له بتقديم ملكه، وفرقوا بينهما من وجهين:

أحدهما: أنهم شهدوا في الولادة والتناج بأنه نماء ملكه، ونماء ملكه لا يجوز أن يكون لغيره، كما لو شهدوا له بغصب ماشية نتجت، ونخل أثمرت، ملك به التناج، والثمرة، وليس كذلك شهادتهم بتقديم الملك، لتنتقل أحواله من مالك إلى مالك.

والثاني: أن التناج لما لم يتقدمه فيه مالك، صار في تملكه أصلاً، وقديم الملك، لما تقدمه فيه مالك، صار في تملكه فرعاً وحكم الأصل أقوى من حكم الفرع.

فإن قيل: فليس يمتنع أن يحدث الولد لغير مالك الأم كالموصي إذا وصى بأمته لزيد وتحملها لعمرو، فإنها تلده في ملكه، وليس يملكه.

قيل: هذا نادر أخرجته الوصية عن حكم أصله، فصار كاستثناء الذي لا يمنع جوازها من استعمال أصله على العموم قبل وروده.

فصل: وإذا شهدوا أن هذه الجارية بنت أمته، ولدتها بعد ملكه، ولم يقولوا ولدتها في ملكه، لم يحكم له بملك الجارية، لأنه قد يجوز أن يكون باعها فولدت بعد ثم عاد فابتاعها، أو يكون قد باعها فولدت عند مشتريها، ثم أفلس بها، فارتجعها البائع دون ولدها، فلذلك لم تقم البيعة بملكها، ولو شهدوا أنها بنت أمته، أخذها هذا من يده كانت شهادة له باليد، دون الملك فيحكم له برد الجارية عليه يداً لا ملكاً.

ولو شهدوا أنها بنت أمته، وكانت أمس في يده، فمذهب الشافعي المشهور من قوله: أنه لا يحكم له باليد إذا شهدوا له بيد متقدمة، وإن حكم له بالملك إذا شهدوا له بملك متقدم على أحد القولين، وكان البويطي، وابن سريج، يجمعان بين الشهادة بقديم اليد، وقديم الملك، في الحكم بهما على أحد القولين، وقد ذكرنا من فرق أصحابنا بين قديم اليد، وقديم الملك، ما يمنع من الجمع بينهما.

وفرع ابن سريج على الجمع بين قديم اليد، وقديم الملك في الحكم بهما على أحد القولين، أن يتنازعا الجارية فيقر صاحب اليد أنها كانت في يد مدعيها أمس.

قال ابن سريج إن قيل بأن قيام البيعة بأنها كانت بيده أمس يوجب الحكم لها باليد، فإقرار صاحب اليد أولى بالحكم.

وإن قيل: إن قيام البيعة لا يوجب الحكم له باليد، ففي إقرار صاحب اليد به وجهان:

أحدهما: أن إقراره لا يوجب الحكم به كما لا يجب بالبيعة، لاستوائهما في ثبوت الحكم بهما.

والوجه الثاني: أننا نحكم على صاحب اليد بإقراره، وإن لم يحكم عليه بالبيعة.

وتنقل اليد إلى المدعي بالإقرار، وإن لم تنقل إليه بالبيعة، لتقدم الإقرار على البيعة المكذبة له فأما إن أقر صاحب اليد أن المدعي كان مالكاً لها بالأمس، حكم له بالملك قولاً واحداً وإن كان الحكم بالبيعة على قولين، لقوة الإقرار على البيعة ويكون الإقرار بالملك أقوى من الإقرار باليد.

فصل: وإذا تنازع رجلان في يد كل واحد منهما جارية، فادعى كل واحد منهما الجارية، التي في يد صاحبه، أنها بنت الجارية التي في يده، ولدت على ملكه، وقيم كل واحد منهما البيعة على ما يدعيه وهذا يكون مع اشتباه الأسنان، وأن كل واحد منهما يحتمل أن تكون أما، ويحتمل أن تكون بنتاً فتصير الشهادتان متعارضتين في الولادة دون الملك، لأنه يستحيل أن تكون كل واحدة منهما بنت الأخرى، فصارتا في الولادة متعارضتين، ولم يتعارضوا في الملك، لأن بيعة زيد شهدت له بملك الجارية

التي في يد عمرو وبينه عمرو شهدت له بملك الجارية التي في يد زيد فلم يكن فيها تعارض في الملك، وإن تعارضتا في الولادة فيحكم لكل واحد منهما ببيئته وتسلم الجارية التي في يد زيد إلى عمرو، والجارية التي في يد عمرو إلى زيد، ولا يكون تعارضهما في الولادة موجباً لتعارضهما في الملك، وكان التعارض في الولادة أقوى، ولا يحمل على رد البيئتين في الكل، إذا ردت في البعض، لأن الولادة هاهنا لم تؤثر في الحكم فكان وجودها كعدمها، ولو كانت المسألة بحالها، فادعى كل واحد منهما على صاحبه، فقال: أنا مالك للجارية التي في يدي، والجارية التي في يدك، وهي بنت الجارية التي هي في يدي، وأقام على ذلك بينة صارت الشهادتان متعارضتين في الولادة والملك جميعاً، لأنه يستحيل أن تكون كل واحدة منهما بنت الأخرى، فتعارضت في الولادة، ويستحيل أن تكون الجاريتان معاً ملكاً لكل واحد منهما، فتعارضت في الملك، فتكون على الأقاويل الثلاثة في تعارض البيئتين، فإن زال الاشتباه في سن الجاريتين بان من يحق أن تكون بنت الأخرى لصغر سنهما، وكبر الأخرى، تعين بها كذب إحدى البيئتين في الولادة، فردت شهادتهما في الملك، وحكم بشهادة الأخرى في الولادة والملك، وزال به حكم التعارض.

فصل: وإذا تنازعا شاة مذبوحة وكان في يد أحدهما رأسها وجلدها وسقطها، وفي يد الآخر مسلوخها، وادعى كل واحد منهما أن جميعها له، وأقام على ذلك بينة حكم لكل واحد منهما بملك ما في يده، لأن له بما في يده بينة داخل، وفيما بيد صاحبه بينة خارج، فقضى ببيئته الداخل على بينة الخارج.

وحكم أبو حنيفة لكل واحد منهما، بما في يد صاحبه، لأنه يقضي ببيئته الخارج على بينة الداخل، ولو كان كل واحد منهما يدعي تلك الشاة، وأنها نتجت في ملكه، وأقام بها بينة وأمضى أبو حنيفة على أنه يحكم لكل واحد منهما بملك ما في يده، لأنه موافق على القضاء ببيئته الداخل في النتائج، ويخالف في غيره، فيقضي ببيئته الخارج في غير النتائج.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ هَذَا الْغَزَلَ مِنْ قُطْنِ فُلَانٍ جَعَلْتُهُ لِفُلَانٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا شهدوا أن هذا الغزل من قطن زيد، كانت شهادة بملك زيد للغزل، لأنه عين القطن وإن غيرته الصنعة، بخلاف شهادتهم أن هذه الجارية بنت أمته لأنها غير أمته.

وهكذا لو شهدوا أن هذا الثوب من غزل زيد كانت شهادة له بملك الثوب، لأنه القطن بعينه، وإن تغير بالغزل والنساجة.

وجعلها أبو حنيفة شهادة بالقطن، دون الثوب، والغزل، وبني ذلك على أصله أن الغاصب إذا عمل في المغصوب بما يغير عن حاله، كان أحق به من مالكة وغرم له بدل أصله، وقد مضى الكلام معه في الغصب، وأن مالكة أحق به من غاصبه.

فعلى هذا إن كانت قيمة الثوب منسوجاً أكثر من قيمته غزلاً، وقطناً، وهو الأغلب لم يرجع صاحب اليد بزيادته على المالك.

وإن كان أقل وهو نادر، رجع المالك بتقصانه على صاحب اليد من أكثر قيمته قطناً، أو غزلاً، وهكذا القول في نظائر هذا إذا شهدوا أن هذا الدقيق من حنطة زيد، وهذه الدنانير من ذهب، وهذه الدراهم من فضته، وهذه النخلة من نواته، وهذا الزرع من بذره، كانت له شهادة بملك ذلك، سواء كان يعمل صاحب اليد، أو بغير عمله، وعند أبي حنيفة: إن تغير بعمل صاحب اليد ملكه

فعلى هذا يقول إن نبتت النواة نخلة بنفسها، ونبت البذر في الأرض بنفسه، كان لمالكة، وإن كان يعمل صاحب اليد، كان له، ويقول في رجل غصب دجاجة فباضت بيضتين حضنت الدجاجة إحداهما حتى صارت فرخاً وحضن الغاصب الأخرى، إما تحت الدجاجة، أو تحت غيرها حتى صارت فروجاً كان الفرخ الأول لمالك الدجاجة، والفروج الثاني للغاصب.

وجميع ذلك كله عندنا لمالك أصله على ما بيناه.

ولكن لو شهدوا أن هذا الزرع من ضيعته، لم يكن ذلك شهادة له بملك الزرع، لأنه قد يجوز أن يكون زرع أرضه لغيره، وهذا مما اتفقنا نحن وأبو حنيفة عليه.

فإن قيل: أفتكون هذه شهادة له باليد على الزرع نظر، فإن لم يقولوا زرع فيها، وهي على ملكه لم تكن شهادة له باليد، لجواز زرعه فيها، وحصاده قبل ملكه ويده وإن قالوا: زرع وحصد في ملكه، كانت شهادة له بيد متقدمة فيكون عند البيهقي، وابن سريج، على قولين كالشهادة بالملك القديم يوجب ثبوت يده في الحال، وإحلافه على الزرع أنه ملكه.

والثاني: لا يوجب ثبوت يده، ولا يحلف على ملكه.

والذي عليه أصحابنا أنه لا يحكم له باليد قولاً واحداً لما بيناه، ولا يحلف عليه، ويكون القول فيه قول صاحب اليد في الحال مع يمينه، فإن أقام صاحب الأرض بأداء خراجه أو بدفع عشره إلى المستحق لقبض خراجه وعشره لم يملكه، لأنه قد ينوب في أدائه عن مالكة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ فِي يَدَيْهِ صَبِيٌّ صَغِيرٌ يَقُولُ: هُوَ عَبْدِي فَهُوَ كَالْتَّوْبِ إِذَا كَانَ لَا يَتَكَلَّمُ».

قال الماوردي: وجملته أنه لا يخلو حال هذا الموجود، إذا ادعاه الواجد عبداً من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون بالغاً عاقلاً، فتعتبر حاله فإن أنكر الرق، وقال أنا حر، فالقول قوله مع يمينه، ولا تقبل دعوى واجده في ادعائه، لأن الأصل الحرية، والرق طارىء، فكان الظاهر معه فلو عاد بعد إنكاره للرق، فأقر لواجهه بالرق لم يقبل إقراره وكان على الحرية حتى يقيم مدعيه بينة برقه، لأن من أقر بالحرية لم يقبل إقراره بالرق وإن كان هذا أقر بالرق حين أخذه الواجد، وأنكر أن يكون مملوكاً لهذا الواجد المدعي لرقه، فلا اعتبار بإنكاره، لأن العبد لا يد له على نفسه، ويقر في يد مدعيه، لأنه ليس له منازع فيه ويجبر العبد على المقام معه، فإن حضر من ادعاه، ونازعه فيه كان للأول يد، وليس للثاني يد، فيكون القول فيه قول الأول مع يمينه لثبوت يده قبل منازعته إلا أن يقيم الثاني بينة، فيحكم أنه عبد للثاني، لأن البينة أولى من اليد، فإن أقام الأول بينة كان أحق به من الثاني، لأن للأول بينة داخل، وللثاني بينة خارج.

ولو تنازعه في الحال رجلان، ولم يكن لأحدهما عليه يد، وأقام كل واحد منهما بينة بأنه عبده، فصدق العبد أحدهما لم تترجح بينته بتصديقه، وتعارضت فيه البيئتان، فيكون على الأقاويل الثلاثة.

ولو تنازعه رجلان، ولا بينة لأحدهما فصدق أحدهما في رقه، وكذب الآخر، وأنه مملوك له دون الآخر، كان عبداً للمصدق منهما دون المكذب.

وقال أبو حنيفة: يكون عبداً لهما يشترك فيه المصدق، والمكذب، لأنه قد صار باعترافه بالرق لأحدهما مملوكاً ولا اعتبار باعتراف المملوك، وإنكاره.

وهذا ليس بصحيح، لأنه حر في الظاهر، وإنما صار مملوكاً باعترافه فاقتضى أن يكون مملوكاً لمن اعترف به.

ولو كان معترفاً بالرق قبل اعترافه لأحدهما، ثم صدق أحدهما وكذب الآخر كان بينهما.

فصل: والحال الثانية: أن يكون المدعى رقه صغيراً غير مميز، فيحكم برقه لمدعيه يداً، لأنه لا منازع له فيه، وليس بباليغ فيُعْرَبَ عن نفسه، فإن بلغ هذا العبد، وأنكر الرق، وادعى الحرية لم تقبل دعواه إلا ببينة تشهد له بالحرية، فإن طلب إخلاف

سيده، أحلف له ولو كان هذا صغيراً فاستخدمه الواجد، ولم يدع في الحال رقه حتى بلغ، ثم ادعى رقه بعد بلوغه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني، يحكم له برقه بغير بيعة لأن يده عليه، فقبل قوله فيما بيده.

والوجه الثاني: أن دعواه إذا تأخرت عن الصغر، صارت مستأنفة عليه بعد الكبر، ودعواه بعد الكبر لا تقبل، إلا بيعة وهذا أظهر الوجهين عندي.

فصل: والحال الثالثة: أن يكون هذا المدعى رقه مراهقاً مميزاً، وليس ببالغ ففي ثبوت رقه بمجرد الدعوى وجهان:

أحدهما: يحكم له برقه عبداً له، ولا يؤثر فيه إنكاره قبل بلوغه، ولا بعد بلوغه إلا بيعة تشهد بحريته، لأن حكم ما قبل البلوغ في ارتفاع العلم سواء.

والوجه الثاني: أن الحكم برقه موقوف على إقراره، وإنكاره فإذا اعترف له بالرق، حكم له بعبوديته، وإن أنكر الرق حكم له بالحرية، ولا يحلف على إنكاره، إلا بعد بلوغه، ولا يمتنع أن يكون لقوله قبل البلوغ حكم، وإن لم يجز عليه قلم، كما يخير قبل البلوغ بين أبويه، ويصح منه فعل الصلاة، وإن لم تلزمه، ويسمع خبره في المراسلات، والمعاملات، ويشبه أن يكون هذان الوجهان من اختلافهم في صحة إسلامه بعد مراهقته، وقيل بلوغه وكلام الشافعي هاهنا في قوله: «إذا كان لا يتكلم» دليل على أنه إذا كان يتكلم بالمراهقة والتمييز أن يعتبر إقراره وإنكاره، وقد تأوله من قال بالوجه الأول أن معناه إذا كان ممن لا حكم لكلامه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيْتَهُ أَنَّهُ ابْنُهُ جَعَلْتُهُ ابْنَهُ وَهُوَ فِي يَدَيْ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ».

قال الماوردي: يعني الصغير إذا ادعاه رجل عبداً، وحكم له برقه بمجرد دعواه، ثم ادعاه رجل آخر ولدأ، وأقام بيعة بأنه ولده صار ابناً له، ولم يزل عنه رق الأول، لأنه لا يمتنع أن يكون ابن زيد عبداً لعمرو، لأنه يجوز أن يكون قد ولد له من أمة تزوجها، فيكون له ابناً. وهو مملوك لسيد الأم فلم يتنافى لحقوق نسبه، وثبوت رقه، إلا أن تشهد بيعة المدعي لنسبه، أنه ولد له من حرة تزوجها، أو من أمة ملكها فيكون الولد حراً، لأنه لا يجوز أن يولد الحر من الحرة إلا حراً، ومن أمته إلا حراً، ولو كان مدعي أبوته لم يقم البيعة بها فصدقه الولد عليها فالصحيح من المذهب أنه يثبت نسبه بتصديقه، وإن كان على رقه لمدعي عبوديته، لأنه لا حق للسيد في نسب العبد فنفذ فيه إقرار العبد.

وفيه وجه آخر؛ أنه لا يثبت النسب بتصديقه لما فيه من الضرر العائد على سيده، بأن يصير بعد عتقه موروثاً بالنسب، دون الولاء وفيه ضرر على السيد في إبطال ميراثه بالولاء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ لَا يَدْعِيهَا فَأَقَامَ رَجُلٌ الْبَيْتَةَ أَنْ نِصْفَهَا لَهُ وَآخَرَ الْبَيْتَةَ أَنْ جَمِيعَهَا لَهُ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ النُّصْفُ وَأُبْطِلَ دَعْوَاهُمَا فِي النُّصْفِ وَأُفْرِعَ بَيْنَهُمَا (قال المزني): فَإِذَا أُبْطِلَ دَعْوَاهُمَا فَلَا حَقَّ لَهُمَا وَلَا قُرْعَةَ وَقَدْ مَضَى مَا هُوَ أَوْلَى بِهِ فِي هَذَا الْمَعْنَى».

قال الماوردي: وجملته أن مقيم البيعة بجمعها إذا تورع فيها بإقامة البيعة في نصفها، فقد سلم له نصفها، لأنه لا تنازع فيه، ولا تعارض، وإنما تتعارض بينهما في النصف الآخر، فيكون تعارضهما فيه على الأقاليل الثلاثة:

أحدها: إسقاطهما فيه، ويخلص لصاحب الكل النصف، ولا يحمل على القولين إذا ردت الشهادة في البعض، أن ترد في الكل، لأن مقيم البيعة بالنصف قد سلم لصاحب الكل النصف، فخرج من النزاع ولم يفتقر إلى البيعة فعلى هذا لا يخلو صاحب اليد من أحد أمرين: إما أن يدعيها ملكاً، أو لا يدعيها.

فإن ادعاها ملكاً، زال ملكه عن نصفها المحكوم به لمدعي الكل وفي رفع يده عن النصف الآخر الذي تعارضت فيه البيعة، حتى سقطت وجهان:

أحدهما: تفر في يده، ولا تنتزع لسقوط البيتين بالتعارض، ويصير فيه خصماً للمتنازعين.

والوجه الثاني: أن تنتزع من يده، لاتفاق البيتين على عدم ملكه، وليس تعارضهما من حقه، وإنما تعارضهما في حق المتنازعين وهي غير متعارضة في حق صاحب اليد، وإن لم يدعيها ملكاً رفعت يده، لتنازع غيره في ملكها، لتوقف على المتنازعين فيه، فيتحالفان على النصف، الذي وقع فيه التعارض عند إسقاط البيتين فيه، فإن حلفاً جعل بينهما وصار لمدعي الكل ثلاثة أرباعها ولمدعي النصف ربعها، وإن نكلا حكم لصاحب الكل بالنصف وكان النصف الباقي موقوفاً، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى به للحالف منهما دون الناكل، فإن كان الحالف صاحب الكل، قضى له بجمع الدار وإن كان صاحب النصف كانت الدار بينهما.

والقول الثاني: يقرع بينهما مع التعارض، فإن قرعت بيعة صاحب الكل سلم إليه جميع الدار، وفي إحلافه قولان، وإن قرعت بيعة صاحب النصف، جعلت الدار بينهما نصفين، وفي إحلافه قولان ويدفع عنها صاحب اليد، سواء ادعاها ملكاً أو لم يدعيها.

والقول الثالث: استعمال البيئتين، وقسم النصف بينهما نصفين، فيصير لصاحب الكل ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها، وصاحب اليد مدفوع بها.

فصل: فأما المزني، فإنه لما قال الشافعي: «أبطل دعوتهما في النصف، وأقرع بينهما» اعترض عليه فقال: كيف يقرع بينهما فيما قد أبطل فيه دعوتهما، وهذا الاعتراض فاسد، ولأصحابنا عنه جوابان:

أحدهما: أنه أبطل دعوتهما في النصف الحاصل لمدعي الكل لأنه قد خلص له من غير تنازع فيه، وأقرع بينهما في النصف الآخر، ولم تبطل دعوتهما فيه.

والجواب الثاني: أنه أبطل دعوتهما إذا أسقط بينهما، ويقرع بينهما إن لم يسقطهما، ويكون معنى الكلام، أبطل دعوتهما، أو أقرع بينهما، لاختلاف قوله في تعارضهما.

فصل: وإذا كانت الدار في يدي رجل، فادعاهها طالب، وأقام البيئة على أنها ملك أجرها من صاحب اليد، أو أودعها، وأقام صاحب اليد بيئة أنها ملكه حكمنا بيئة الخارج المدعي على بيئة الداخل صاحب اليد، لأن بيئة الخارج لما شهدت له، بأنه أجره إياها أو أودعها صارت اليد له، فصار الداخل خارجاً، والخارج داخلياً. ولو تداعها رجلان، وهي في يد ثالث، فأقام أحدهما البيئة أنها له أجره إياها، وأقام الآخر أنها له أودعها إياها صارت اليد لهما بما شهد لأحدهما أنه مؤجر، وللآخر أنه مودع، فصار لكل واحد منهما بيئة داخل في النصف المضاف إلى يده، وبيئة خارج في النصف المضاف إلى يد صاحبه، وقد تعارضت فيه البيئتان، فإن أسقطنا، صارت الدار بينهما يداً إن حلفاً أو نكلاً وإن أقرع بينهما، جعلت لمن قرع منهما، وإن استعملتا في القسمة قسمت بينهما ملكاً.

فصل: فإذا كانت الدار في يد من يدعيها ملكاً، فنازعه فيها رجلان وأقام أحدهما البيئة أنها ملكه منذ سنة وأقام الآخر البيئة على هذا الأول أنه ابتاعها منه منذ خمس سنين فلا تمنع بيئة الأول أنها له منذ سنة أن تكون له ملكاً قبل ذلك. بخمس سنين، فلذلك سمعت بيئة الثاني على الأول، ووجب بها انتزاعها من صاحب اليد، ثم ينظر في بيئة المدعي الثاني أنه ابتاعها من المدعي الأول، فإن شهدت بأنه باعها وكان مالكاً لها، حكم بها للثاني ملكاً، فإن شهدت أنه باعها وكانت في يده، حكم بها للثاني ابتاعها فجرى عليه حكم الملك؛ لأن الظاهر من اليد أنها لمالك، فتسلم الدار في هاتين الحالتين إلى المدعي الثاني وترفع عنها يد المدعي الأول.

ووافق أبو حنيفة عليهما. وإن شهدت بيعة الثاني، أنه ابتاعها من الأول، ولم يشهدوا أنها كانت ملكاً للأول ولا في يده. قال أبو حنيفة: لا تنتزع من الأول، ولا تسلم إلى الثاني لأن البيع متردد، بين أن يكون قد باع ما في ملكه، أو ما في يده فيصح وبين أن يبيع ما ليس في ملكه، ولا يده فيبطل.

فلم يجز أن يحكم بصحة البيع، ورفع يد الأول، بمجوز متردد بين الصحة والفساد، وعند الشافعي أن يد الأول ترفع وتسلم الدار إلى الثاني ابتاعاً من الأول، لأن البيع في حقه صحيح إن ملك، ولا يقضي بها ملكه للثاني، وإن قضى له بابتاعها من الأول، فكان له فيها يد إن نوزع فيها، ترجح بيد لا بدفع بيعة المنازع.

فصل: وإذا تنازعا داراً في يد غيرهما، وأقام أحدهما البيعة أن الدار كانت له منذ سنة، وأقام الآخر البيعة أن الدار كانت في يده منذ سنة، فإن لم تجعل الشهادة بقديم الملك موجبة للملك، وبقديم اليد موجبة لليد لم يحكم لواحد منهما، ورجع إلى صاحب اليد في تصديقهما أو تكذيبهما وإن جعلت الشهادة بهما موجبة للملك واليد في الحال، حكم بالدار لمن أقام الشهادة بقديم الملك، دون من أقامها بقديم اليد، وكذا لو أقامها بيد في الحال، لأن الملك أقوى من اليد، فلذلك حكم به على صاحب اليد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدَيِ ثَلَاثَةِ فَادَعَى أَحَدُهُمُ النِّصْفَ وَالْآخَرُ الثُّلُثَ وَالْآخَرُ الشُّدُسَ وَجَحَدَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فَهِيَ لَهُمْ عَلَى مَا فِي أَيْدِيهِمْ ثُلُثًا ثُلُثًا».

قال الماوردي: وصورتها في دار في أيدي ثلاثة تداعوها، فادعى أحدهم نصفها ملكاً، وباقيها يداً بإجارة من مالك غائب، أو عارية، أو ودیعة، وأنه لا ملك فيها لهذين ولا يد حق، وادعى الثاني ثلثها ملكاً وباقيها يداً بإجارة، أو عارية، أو ودیعة لغائب، وأنه لا ملك فيها لهذين ولا يد لحق.

وادعى الثالث سدسها ملكاً وباقيها يداً بإجارة، أو عارية، أو ودیعة لغائب، وأنه لا حق فيها لهذين، ولا يد بحق، وأنها كانت متأولة على هذه الصورة بما أشار إليه الشافعي من قوله «وجحد بعضهم بعضاً»، لأن كل واحد منهم لو لم يدع الباقي يداً لما كان بينهم تجاحد، وكانوا متفقين على ما ادعوه ملكاً، وكان لصاحب النصف النصف، وإن كان أكثر مما بيده، لأنه ليس في هذين الحاضرين من يدعيه ملكاً،

ولصاحب السدس السدس، وإن كان أقل مما في يده، لأنه ليس يدعي ما زاد عليه ملكاً وكان لصاحب الثلث الثلث وهو قدر ما في يده، وليس يدعي ما زاد عليه ملكاً.

وإذا كان في المسألة بعد ما ذكروه من أملاكهم فيها تجاحد، لم يتصور إلا على ما ذكرناه، وأن كل واحد منهم ادعى ما ادعاه ملكاً، وادعى باقيةا يداً وهم في أملاكهم متفقون، وفي أيديهم متجاحدون، وقد تساوت أيديهم عليها، وإن اختلفت أملاكهم فيها ففرقت أيديهم أثلاثاً على ما أوجبه تساويهم، فينقص صاحب النصف عما زاد على الثلث، لأنه يدعيه ملكاً، وهو في يد غيره فلم تقبل دعواه، ويزاد صاحب السدس، باستكمال الثلث، لأن له فيه يداً يدعيه ملكاً لغائب. فأقرت يده عليه للغائب، لأنه منازع فيه بغير بيّنة، ولا يد، وصاحب الثلث لم يزد على ما ادعاه ملكاً ولم ينقص، لأن له في الثلث يداً، فلم ينقص وليس له فيما زاد عليه يد فلم يزد، فإن أراد كل واحد من الثلاثة إحلاف صاحبيه فيما ادعاه من استحقاق اليد في الجميع، نظرت دعوى يده فإن لم يتعلق له بها حق بحصة لأنه ادعاها إجارة، كان له إحلافها عليها، وإن ادعاها بعضهم وديعة وادعاها بعضهم إجارة، كان لمدعي الإجارة إحلافها على العلم دون البت، لأنها يمين على نفي فعل الغير، ولم يكن لمدعي الوديعة إحلافها.

فصل: وإذا تنازعا داراً في أيديهما، وادعى كل واحد منهما ملك جميعها، وعدم البيّنة، وتحالفا عليها، وحلف كل واحد منهما أنه مالك لنصفها، ولا يحلف أنه مالك لجميعها، وإن كان مدعياً لجميعها، لأننا نحكم عليه بيمينه على ما في يده، ولا نحكم عليه بيمينه على ما في يد منازعه، فكانت يمينه مقصورة على النصف، وإن كان مدعياً للكل، لأنه لا يجوز أن تتضمن يمينه ما لا يحكم له به، وذكر في كتاب الصلح وجهاً آخر أنه يحلف على الجميع اعتباراً بالدعوى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِذَا كَانَتْ فِي يَدَيِ اثْنَيْنِ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً عَلَى الثُّلُثِ وَالْآخَرَ عَلَى الْكُلِّ جَعَلْتُ لِلأَوَّلِ الثُّلُثَ لِأَنَّهُ أَقْلٌ مِمَّا فِي يَدَيْهِ وَمَا بَقِيَ لِلْآخَرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن اليد ترجح بها بيّنة صاحبها، وترفع بيّنة منازعها، فإذا كانت الدار في يدي رجلين تنازعاها، فأقام أحدهما البيّنة على أن له ثلثها، وأقام الآخر البيّنة على أن له جميعها، قُضِيَ لصاحب الثلث بثلثها، لأن له في اليد بيّنة ويدا، وله في السدس الزائد على الثلث يد، قابلتها بيّنة فرفعت بها، وقضى لصاحب الكل بالباقي، وهو الثلث، لأن له بنصفها بيّنة ويدا، وله بالسدس الزائد

على النصف بينة بلايد، قابلتها يد بلايينة، فقضي له بينة على يد منازعه، فصار له ثلثاها، وللأول ثلثها، وسقط تعارض البيتين في الثلث باليد.

فصل: وإذا كانت دار في يد أربعة تقارعوها، فادعى أحدهم جميعها، وادعى الثاني ثلثها، وادعى الثالث نصفها، وادعى الرابع ثلثها، فإن لم يكن لهم بينة، جعلت الدار بينهم أربعاً باليد والتحالف، وإن كانت لهم بينة بما ادعوه جعلت بينهم أربعاً بالبينة واليد من غير تحالف، لأن كل واحد منهم قد أقام بينة داخل فيما بيده وبينة خارج فيما بيد غيره، فحكم له بينة الداخل دون الخارج، فصار الحكم فيها مع وجود البينة وعدمها سواء في القدر وإنما يختلفان في التحالف، ولو كانت بحالها في الدعوى، والدار في يد خامس، ليس لواحد منهم عليها يد، وأقام كل واحد منهم البينة على ما ادعاه، خلص لمدعي الكل الثلث الزائد على الثلثين، لأنه قد أقام عليه بينة لم تعارضها بينة غيره وتعارضت البيئات في الثلثين الباقيين، فكان على الأاويل الثلاثة في تعارض البيتين:

أحدها: إسقاطهما بالتعارض، والرجوع إلى صاحب اليد فإن ادعاها لنفسه حكم بها له بعد يمينه، وفي قدر ما يحكم له فيها قولان:

أحدهما: يحكم له أو بثلثها، إذ قيل: إن البينة إذا ردت في بعض الشهادة لم ترد في باقيها، لأن البينة بالكل قد ردت في الثلثين فلم ترد في الثلث الباقي.

والقول الثاني: يحكم له بجميع الدار، إذا قيل: إن البينة إذا ردت في بعض الشهادة، ردت في جميعها، لأن البينة بالكل لما ردت في الثلثين ردت في الكل، وإن لم يدعها صاحب اليد وأقر بها لبعضهم، أو لجميعهم حملوا فيه على إقراره وفي إحلافه لهم قولان:

والقول الثاني: أن تعارض البيئات يوجب القرعة دون الإسقاط، قيل هذا لا يعارض في الثلث الخالص لصاحب الكل، وترتيب القرعة في الثلثين ثلاث مراتب:

فالرتبة الأولى: أن تقرع في السدس الذي بين النصف والثلثين بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، لأنه قد تعارضت فيه بينتهما، ولم يتعارض فيه بينة غيرهما، فمن قرعت فيه بينته، حكم له به.

والرتبة الثانية: أن تقرع في السدس الذي بين الثلث، والنصف بين ثلثه مدعي الكل، ومدعي الثلثين، ومدعي النصف، لأن بينة صاحب الثلث لم تعارضهم فيه، وتعارضت فيه بينة الثلاثة فمن قرع منهم حكم به له.

والرتبة الثالثة: الإقراع في الثلث الباقي بين الأربعة، لأن بيئات جميعهم قد

تعارضت ويحكم به لمن قرع منهم .

والقول الثالث: أن تعارض البيئات، يوجب استعمالها بالقسمة دون القرعة، فعلى هذا يقسم الثلثين بعد الثلث الخالص لصاحب الكل بين الأربعة الذين تعارضت فيهم البيئة على ستة وثلاثين سهماً، هي مضروب ثلاثة في ستة في اثنين، وترتبت القسمة فيه ثلاث مراتب، كما ترتبت القرعة فيه ثلاث مراتب:

فالرتبة الأولى: قسمة السدس الذي بين النصف والثلثين، وهو ستة من ستة وثلاثين، تقسم بين صاحب الكل، وصاحب الثلثين، لأنه قد تعارضت فيه بيناتهما، ولم تتعارض فيه بيئة غيرهما، فيكون لكل واحد منهما نصفه ثلاثة أسهم، وقد صار إلى صاحب الكل بالثلث اثنا عشر سهماً، فإذا انضم إليها هذه الثلاثة، صار له في الحاليتين خمسة عشر سهماً، ولصاحب الثلثين ثلاثة أسهم، ثم يقسم السدس الذي بين الثلث والنصف أثلاثاً بين صاحب الكل، وصاحب الثلثين، وصاحب النصف، لأنه قد تعارضت فيه بيناتهم، ولم تتعارض فيه بيئة صاحب الثلث، فيكون لكل واحد من الثلاثة سهمان من الستة فإذا ضمها صاحب الكل إلى ما حصل له في الحاليتين، وهو خمسة عشر سهماً، صار له سبعة عشر سهماً، وإذا ضمها صاحب الثلثين إلى ما حصل له في الحالة الواحدة، وهو ثلاثة أسهم صار له خمسة أسهم، ولم يحصل لصاحب النصف إلا هذين السهمين .

والرتبة الثالثة^(١): قسم الثلث الباقي، وهو اثنا عشر سهماً بين الأربعة كلهم، لأنه قد اجتمع فيه تعارض بيناتهم كلهم، فيكون لكل واحد منهم ثلاثة أسهم، فإذا ضمها صاحب الكل إلى ما صار له، وهو سبعة عشر سهماً، صار له عشرون سهماً، وإذا ضمها صاحب الثلثين إلى ما صار له، وهو خمسة أسهم صار له ثمانية أسهم. وإذا ضمها صاحب النصف إلى ما صار له، وهو سهمان صار له خمسة أسهم، وينفرد صاحب الثلث بثلاثة أسهم ليس له غيرها، فإذا جمعت سهامهم، وهي عشرون سهماً لصاحب الكل، وثمانية أسهم لصاحب الثلثين، وخمسة أسهم لصاحب النصف وثلاثة أسهم لصاحب الثلث استوعبت ستة وثلاثين، وقسمت عليها الدار بينهم .

فصل: وإذا تنازع زيد وعمرو داراً في يد زيد فأقام عمرو البيئة، أن الدار له انتزعت منه الدار، وسلمت إلى عمرو، فإن عاد زيد بعد انتزاع الدار من يده، فأقام البيئة أن الدار ملكه، حكم له بالدار، وأعيدت إليه وإن لم يكن له في الحال يد، لأن زوال يده بيئة خارج عرف سبب زوالها، وصارت له بيئة مع يده، وهي بيئة داخل فقضى بها على بيئة الخارج .

(١) لم يذكر الرتبة الثانية .

ولو كانت المسألة بحالها، فأقام زيدُ البيّنة والدار في يده، بأنه مالکها، وأقام عمرو البيّنة أنه ابتاعها من زيد، حكم بها لعمرو، لأن بيّنته قد أثبتت لزید ملكاً، زال عنه إلى عمرو، بابتیاعها، فكانت أزيد بيّناً، وأثبت حكماً، فلو أقام زيد البيّنة والدار في يده، أنه مالکها، وأقام عمرو البيّنة أن حاكماً حكم له على زيد بملكها كشف عن حكم الحاكم بملكها لعمرو، فإن بان أنه حكم بها له، لأن زيداً لم يكن له في تلك الحال بيّنة نزعها من يده بالبيّنة، وجب أن ينقض حكم الحاكم بها لعمرو، لأن زيداً قد أقام بها بيّنة مع يده وإن بان أنه حكم بها لعمرو على زيد لعدالة بيّنة عمرو وجرح بيّنة زيد نظر، فإن أعاد زيد تلك البيّنة بعد أن ظهر عدالتها حكم بها لعمرو دون زيد، لأن البيّنة إذا ردت بالجرح في شهادة لم تسمع منها تلك الشهادة بعد التعديل، وكان حكم الحاكم بها لعمرو ماضياً، وإن أقام زيد بيّنة غير تلك المردودة، حكم بالدار لزید، ونقض حكم الحاكم بها لعمرو. وإن بان أن الحاكم حكم بها لعمرو على زيد مع بيّنة كل واحد منهما لأنه كان ممن يرى أن يحكم بيّنة الخارج على بيّنة الداخل، كراي أهل العراق.

ففي نقض حكم الحاكم بها لعمرو وجهان:

أحدهما: لا ينقض، لنفوذه باجتهاده فلم ينقض، وتقر الدار في يد عمرو.

والوجه الثاني: ينقض حكم بيّنة الخارج على بيّنة الداخل، ويحكم بها لزید، لأن هذا الاختلاف وإن لم يكن فيه نص فالقياس فيه جلي، والاجتهاد فيه قوي، فنقض بأقوى الاجتهادين أضعفهما، وإنما لا ينقض الاجتهاد مع التكافؤ، واحتمال الترجيح. وإن بان أن الحاكم حكم بها لعمرو على زيد بيّنته، ولم تسمع بيّنة زيد، نُظِر في الحاكم، فإن كان يرى أن لا يحكم بيّنة الداخل مع بيّنة الخارج، ففي نقض حكمه ما قدمناه من الوجهين كما لو سمعها ولم يحكم بها.

وإن كان يرى أن بيّنة الداخل أولى بالحكم، فلم يسمعها، بعد سماع بيّنة الخارج، نقض حكمه لعمرو وحكم بها لزید، وإن لم يبين بعد الكشف السبب الذي أوجب الحكم بها لعمرو، دون زيد مع ثبوت يد زيد وبيّنته، ففي نفوذ الحكم بها لعمرو وجهان:

أحدهما: أن الحكم بها نافذ ممضًى ولا ينقض إلا أن يعلم ما يوجب نقضه على ما شرحناه في أحد الأسباب الموجبة لنقضه، لأن الظاهر من حكم الحاكم نفوذه على الصحة، حتى يعلم فساده.

والوجه الثاني: ينقض حكم الحاكم بها لعمرو تغليياً ليد زيد، وبيّنته، حتى يعلم أن حكم الحاكم نفذ على وجه الصحة دون الفساد لاحتمال تردده بين الأمرين وهذا قول محمد بن الحسن، ولأن كان له وجه فهو ضعيف. والله أعلم.

بَابُ فِي الْقَافَةِ وَدَعْوَى الْوَالِدِ مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ وَمِنْ كِتَابِ نِكَاحِ قَدِيمٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَعْرَفُ الشُّرُورِ فِي وَجْهِهِ فَقَالَ «أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجْرَزَا الْمُدَلِجِيِّ نَظَرَ إِلَى أَسَامَةَ وَزَيْدٍ عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطِيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ» (قال الشافعي) فَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْقَافَةِ إِلَّا هَذَا انْتَبَهَى أَنْ يَكُونَ فِيهِ دَلَالَةٌ أَنَّهُ عِلْمٌ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عِلْمًا لَقَالَ لَهُ لَا تَقُلْ هَذَا لِأَنَّكَ إِنْ أَصَبْتَ فِي شَيْءٍ لَمْ أَمِنْ عَلَيْكَ أَنْ تُحْطِيَءَ فِي غَيْرِهِ وَفِي خَطِّكَ قَذْفٌ مُخَصَّصَةٌ أَوْ نَفْيٌ نَسَبٍ وَمَا أَقْرَهُ إِلَّا أَنَّهُ رَضِيَهُ وَرَأَاهُ عِلْمًا وَلَا يَسْرُهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﷺ وَدَعَا عُمَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَانْفَأَ فِي رَجُلَيْنِ ادَّعَى وَوَلَدًا فَقَالَ لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ وَالِ أَيُّهُمَا شِئْتَ وَشَكَتَ أَنَسُ فِي ابْنِ لَهُ فَدَعَا لَهُ الْقَافَةَ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَخْبَرَنِي عَدَدٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ الْمَدِينَةِ وَمَكَّةَ أَنَّهُمْ أَدْرَكُوا الْحُكَّامَ يُفْتَوْنَ بِقَوْلِ الْقَافَةِ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَمْ يُجْزِ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ نَسَبَ أَحَدٍ قَطُّ إِلَّا إِلَى أَبِي وَاحِدٍ وَلَا رَسُولُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح القيافة يحكم بها في إلحاق الأنساب، إذا اشتبهت بالاشتراك في الوطاء الموجب للحقوق النسب، فإذا اشترك الرجلان في وطاء امرأة يظنها كل واحد منهما زوجته، أو أمته، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجاً فاسداً يطؤها فيه، أو كان نكاح أحدهما صحيحاً يطؤها فيه ووطنها الآخر بشبهة، أو يكونان شريكين في أمة فيشتركان في وطنها، ثم تأتي بولد بعد وطنها لمدة لا تنقص عن أقل الحمل، وهي ستة أشهر، ولا تزيد على أكثره، وهي أربع سنين فيمكن أن يكون من كل واحد منهما، فلا يجوز أن يلحق بهما ولا يجوز أن يخلق من مائهما، فيحكم بالقافة في إلحاقه بأحدهما:

وكذلك لو اشترك عدد كثير في وطنها، حكم بالقافة في إلحاقه بأحدهم، وسواء اجتمعوا على ادعائه، والتنازع فيه أو تفرد به بعضهم في استوائه في إلحاقه بأحدهم، وهو في الصحابة قول علي بن أبي طالب عليه السلام في القافة، إذا وجدوا، ويقرع بينهم إذا فقدوا وحكم عمر رضي الله عنه بالقافة في إحدى الروايتين عنه، وبه قال

أنس بن مالك، وبه قال من التابعين عطاء ومن الفقهاء مالك، والأوزاعي، وأحمد بن حنبل.

وقال أبو حنيفة، وأصحابه لا يحكم بالقافة، ويجوز أن يخلق الولد من ماء رجلين وأكثر، وألحقه بجمعهم، ولو كانوا مائة.

وإذا تنازع امرأتان ولدًا ألحقته بهما كالرجلين.

وقال أبو يوسف: ألحقه بالواحد إجماعاً، وبالاثنين أثراً وبالثلاثة قياساً ولا ألحقه بالرابع، فتمحّر الخلاف مع أبي حنيفة في ثلاثة أشياء:

أحدها: في إلحاقه بالقافة منع منها أبو حنيفة وجوزناه.

والثاني: في إلحاقه بأبوين جوزه أبو حنيفة، وأبطلناه.

والثالث: في خلقه من ماءين فأكثر، صححه أبو حنيفة، وأفسدناه.

واستدل أصحاب أبي حنيفة على إبطال قول القافة، وأن لا يكون للشبه تأثير في لحوق الأنساب بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ وهذه صفة القائف، وبقوله تعالى: ﴿فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ ولو تركبت عن الاشباه زالت عن مشتبه. وبقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْتَغُونَ﴾.

والقيافة من أحكام الجاهلية، وقد أنكرت بعد الإسلام، وعدت من الباطل، حتى قال جرير في شعره:

وَطَالَ خِيَارِي عُزْبَةَ الْبَيْنِ وَالنَّوَى وَأُخْدُوئَةَ مِنْ كَاشِحٍ يَتَّقَوْفُ (١)
أي يقول: الباطل.

ومما روي أنّ رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسوداً وأنا أنكره.

فقال: هل لك من ابل؟ فقال: نعم. قال: ما ألوانها؟ قال: حُمْرٌ. قال: فهل فيها من أورك؟ قال: نعم. قال: فمن أين هذا؟ قال: لعلّ عزقاً نزعته. قال: وهذا لعلّ عزقاً نزعته. فأبطل الاعتبار بالشبه الذي يعتبره القائف. وبما روي أن العجلاني لما قذف من شريك بن السخّماء بزوجه وهي حامل، فقال النبي ﷺ: «إن جاءت به على نعت كذا فلا آراه إلا وقد صدق عليها، وإن جاءت به على نعت كذا، فلا آراه إلا وقد كذب عليها»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال النبي ﷺ: «إن أمره لبيّن لولا ما حكّم

اللَّهُ لَوْلَا الْإِيمَانُ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ». فدل على أن حكم الله يمنع من اعتبار الشبه.

قالوا: ولو كانت القيافة علماً لعم في الناس، ولم يختص بقوم ولأمكن أن يتعاطاه كل من أراد كسائر العلوم فلما لم يعم ولم يمكن أن يتعلم بطل أن يكون علماً يتعلق به حكم، ولأنه لما لم يعمل بالقيافة في إلحاق البهائم كان أولى أن لا يعمل بها في إلحاق الأنساب، واستدلوا على جواز إلحاق الولد بأبائه لعموم قول النبي ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفَرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ». فلما لم يمتنع الاشتراك في الفراش لم يمتنع الاشتراك في الإلحاق، وبما روي من قضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «اختصما في رجلين إليه وقد وطئا امرأة في طهر واحد فأتت بولد فدعا بالقائف وسأله فقال: قد أخذ الشبه منهما يا أمير المؤمنين، فضربه عمر بالدرة، حتى أضجعه ثم حكم بأنه ابنهما يرثهما، ويرثانه، وهو للباقي منهما. فلم يظهر له في الحكم بهما فخالف مع اشتهاار القضية، فصار كالإجماع.

قالوا: ولأنهما قد اشتركا في السبب الموجب لثبوت النسب، فوجب أن يكون لاحقاً بهما كأبوين.

قالوا: ولأن أسباب التوارث لا يمتنع الاشتراك فيها كالولاء، واستدلوا على جواز خلقه من ماء رجال بأنه لما خلق الولد من ماء الرجل الواحد، إذا امتزج بماء المرأة في الرحم كان أولى أن يخلق من ماء الجماعة، إذا امتزج ماؤهم بمائها، لأنه بالاجتماع أقوى وبالانفراد أضعف، والقوة أشبه بملوق الولد من الضعف.

قالوا: ولأنه إذا جاز أن يخلق من اجتماع ماء الرجل الواحد من إنزال بعد إنزال، جاز أن يخلق من اجتماع ماء الجماعة من وطء بعد وطء، لأن اجتماع المياه من الجماعة كاجتماعها من الواحد.

فصل: والدليل على اعتبار الشبه في الأنساب، إذا اشتبهت، والعمل فيها بالقيافة، ما روى الشافعي في صدر الباب عن سفيان، عن الزهري عن عروة، عن عائشة رضوان الله عليها، قالت: دخل علي رسول الله ﷺ أَعْرَفُ الشُّرُورِ فِي وَجْهِهِ^(١).

وروى ابن جريج عن الزهري: تبرق سرائر وجهه، فقال: أَلَمْ تَرَى أَنَّ مُجَزَّزاً الْمُذَلَّجِيَّ نَظَرَ إِلَى أَسَامَةَ وَزَيْدٍ، عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ، قَدْ غَطِيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتِ أَقْدَامَهُمَا فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض. ففيه دليلان:

أحدهما: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة بن زيد بن حارثة، لأن زياداً كان قصيراً عريض الأكتاف أخنس أبيض اللون، وكان أسامة مديد القامة أفتى أسود

اللون، وكان زيد حب رسول الله ﷺ يكره القدح فيه وفي أسامة، فلما جمع مجزراً المدلجي بينهما في النسب، بقوله: «هذه أقدام بعضها من بعض» سر رسول الله ﷺ بقوله لزوال القدح فيهما، ممن كان يطعن في نسبهما فلو لم تكن القيافة حقاً، لما سر بها، لأنه لا يسر باطل ولرد ذلك عليه، وإن أصاب، لأن لا يأمن من الخطأ في غيره.

والثاني: أن الشرع مأخوذ عن الرسول ﷺ من قوله وفعله، وإقراره، فكان إقراره لمجزز على حكمه شرعاً من الرسول ﷺ في جواز العمل به.

ويدل عليه ما روي. أن النبي ﷺ خَرَجَ ذَاتَ يَوْمٍ إِلَى الْأَبْطَحِ فَرَأَى بَعْضَ قَافَةِ الْأَعْرَابِ، فَقَالَ: مَا أَشْبَهَ هَذَا الْقَدَمَ بِقَدَمِ إِبْرَاهِيمَ الَّتِي فِي الْحَجَرِ، فَالْحَقُّهُ بِالْجَدِ الْأَبْعَدِ، وَأَقْرَهُ عَلَى اقْتِفَاءِ الْأَثَرِ، وَلَمْ يَنْكَرْهُ فَثَبَتَ اعْتِبَارَ الشَّبهِ بِالْقَافَةِ شَرْعاً. ويدل على اشتهاؤه في الإسلام، أنه لما خرج رسول الله ﷺ مع أبي بكر رضي الله عنه إلى غار ثور مختفياً فيه من قريش، أخذت قريش قائفاً يتبع به أقدام بني إبراهيم، فيتبعها حتى انتهى إلى الغار ثم انقطع الأثر فقال: إلى هاهنا انقطع أثر بني إبراهيم، فلم يكن من الرسول ﷺ فيه إنكار فثبت أنه شرع ويدل عليه أن النبي ﷺ قد اعتبر لشبهه في ولد العجلاني، فقال: «إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا فَلَا أَرَاهُ إِلَّا وَقَدْ صَدَقَ عَلَيْهَا، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا فَلَا أَرَاهُ إِلَّا وَقَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا»، فجاءت به على النعت المكروه. فقال النبي ﷺ: «لَوْلَا الْأَيْمَانُ وَرُؤْيِي الْقُرْآنُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ». يعني في إلحاق الولد بالفراش، ونفيه عن العاهر، ولولا أن الشبه مع جواز الاشتراك حكم، لأمسك عنه كيلا يقول باطلاً فيتبع فيه وقد نزه الله تعالى رسوله ﷺ عن قول الباطل كما نزهه عن فعله.

ويدل عليه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا غَلَبَ مَاءَ الرَّجُلِ كَانَ الشَّبَهُ لِلْأَعْمَامِ وَإِذَا غَلَبَ مَاءَ الْمَرْأَةِ كَانَ الشَّبَهُ لِلْأَخْوَالِ». فدل على أن للشبه تأثيراً فيما أشبه فقد كان بعض أصحابنا يستدل عليه بقول النبي ﷺ: «اتَّقُوا فِرَاسَةَ الْمُؤْمِنِ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ بِنُورِ اللَّهِ». فجعل للفراصة حكماً، ويدل عليه من طريق الإجماع اشتهاؤه في الصحابة، رضي الله عنهم أنهم فعلوه، وأقروا عليه، ولم ينكروه، حتى روي أن أنس بن مالك شك في ابن له، فأراه القافة، ولو كان هذا منكراً لما جاز منهم إقرارهم على منكر، فصار كالإجماع، وقد جرى في أشعارهم ما يدل على اعتبار القيافة عندهم. واشتهاار صحتها بينهم، حتى قال شاعرهم:

قَدْ زَعَمُوا أَنْ لَا أَحَبُّ مُطَرِّفًا
يَعْرِفُهُ مَنْ قَافٍ أَوْ تَقَوَّفًا
وَطَرِّفُ عَيْنِيهِ إِذَا تَشَوَّفًا
كَلَّا وَرَبِّ الْبَيْتِ حُبًّا مُسْرِفًا
بِالْقَدَمَيْنِ، وَالْيَدَيْنِ، وَالْقَفَا
.....

ويدل عليه من طريق المعنى، هو أن الحادثة في الشرع، إذا تجاذبها أصلان حافظ ومبيح، لم ترد إليها، وردت إلى أقواهما شهماً بها، كذلك في اشتباه الأنساب.

والدليل على إبطال إحقاق الولد يأتي في قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾ [الحجرات: ١٣]، وهذا خطاب لجميعهم فدل على انتفاء خلق أحدهم من ذكرين وأنثى، وقال تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ﴾ [الإنسان: ٢] فمنع أن يكون مخلوقاً من نطفتين، ويدل عليه أن ليس في سالف الأمم، وحديثها، ولا جاهلية، ولا إسلام، أن نسبوا أحداً في أعصارهم، إلى أبوين، وفي إلحاقه باثنين خرق العادات، وفي خرقها إبطال المعجزات، وما أفضى إلى إبطالها، بطل في نفسه، ولم يبطلها. والقياس، هو أنهما شخصان، لا يصح اجتماعهما على وطء واحد فلم يجز أن يلحق الولد بهما كالحرم مع العبد، والمسلم مع الكافر فإن أبا حنيفة يمتنع من إلحاقه بهما، وإن اشتركا في الوطاء فيلحقه بالحر دون العبد، والمسلم دون الكافر، والدليل على إبطال خلقه من ماءين مع ما قدمناه من نص الكتاب شيان:

أحدهما: ما أجمع عليه أمم الطب في خلق الإنسان، أن علوق الولد يكون حين يمتزج ماء الرجل بماء المرأة، ثم تنطبق الرحم عليهما بعد ذلك [الامتزاج] فينعد علقه لوقته، ولا يصل إليه ماء آخر، من ذلك الواطء ولا من غيره، وقد نبه الله تعالى على قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّا خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ ذَافِقٍ يُخْرَجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ يعني أصلاب الرجال، وترائب النساء، والترائب الصدور فاستحال، بهذا خلق الولد من ماءين من ذكر أو من ذكرين.

والثاني: أنه لما استحال في شاهد العرف أن تنبت السنبله من حبتين، وتنبت النخلة من نواتين، دل على استحالة خلق الولد من ماءين.

فإن قيل لما لم يستحل خلق الولد من ماء ذكر، وأنثى، لم يستحل أن يخلق من ماء ذكرين وأنثى.

قيل: قد جوزتم ما يستحيل إمكانه في العقول، والعيان من إحقاق الولد، بأمين فكيف اعتبرتم إنكار إلحاقه بأبوين؟ وتعليكم بالإمكان في الأبوين يبطل إلحاقكم له بأمين، وكلا الأمرين عندنا مستحيل في الأبوين، والأمين، ثم نقول ما استحال عقلاً وشرعاً في لحوق الأنساب. لم يثبت به نسب كابن عشرين إذا ادعى أبوه ابن عشرين سنة لم يلحق لاستحالاته، كذلك ادعاء امرأتين ولداً لم يلحق بهما لاستحالاته.

فصل: فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ

عِلْمٌ ﴿الإسراء: ٣٦﴾ فهو عائد عليهم في إلحاقه بالجماعة، فلم يكن لهم دليل.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿مَنْ أَيُّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ [الانفطار: ٨] فهو: أنه يراد به فيما شاء من شبه أعمامه، وأخواله، وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْتَغُونَ﴾ [المائدة: ٥٠]. فهو: أن ما ورد به الشرع، لا ينسب إلى حكم الجاهلية، وإن وافقه. وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَهُ» فهو أنه دال على اعتبار الشبه، لأنه علل بنزوع العِرْقِ الأول.

وأما الجواب عن حديث العجلاني: فهو ما جعلناه دليلاً منه. وأما الجواب عن اختصاص قوم به، وتعذر معاطاته، وتعلمه: فهو أنه ليس يمتنع، أن يكون في العلوم، ما يستفاد بالطبع دون التعلم كقول الشاعر:

إِنْ لَمْ يَسْتَفِدْهُ الْإِنْسَانُ طَبَعًا تَعَدَّرَ أَنْ يَقُولَهُ بِتَعَلُّمٍ وَاكْتِسَابٍ

ولا يمتنع أن تكون صناعة الشعر علماً، كذلك القيافة.

وأما الجواب عن قوله: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»: فهو أن الفراش عند أبي حنيفة الزوجة، وعندنا من يجوز أن يلحق ولدها، ولا يجوز أن تكون المرأة ذات زوجين، فلم يجز عندهم أن تكون لاثنين، وعندنا لا يجوز أن يلحق ولدها إلا بواحد فلم يكن فراشاً إلا لواحد.

وأما الجواب عن استدلالهم بامتناع القيافة في البهائم. فهو أن المقصود بإلحاق البهائم الملك، واليد أقوى فاستغنى به عن القيافة، والمقصود في الآدميين النسب، واليد لا تأثير لها فاحتيج فيه إلى القيافة.

وأما الجواب عن قصة عمر رضي الله عنه في إلحاق الولد باثنين. فهو: أن الرواية اختلفت في هذه القصة فروى الشافعي في كتاب «الأم» عن ابن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رجُلَيْنِ تَدَاعَيَا وَكَلَدَا فدعا عمر رضي الله عنه القافة فقالوا: قد اشتركا فيه. فقال عمر: وإلى أيهما يثبت؟ ويروى أنه دعا عجائز من قريش، فقلن: إن الأول وطئها، فعلمت منه، ثم حاضت فاستحشف الولد ثم وطئها الثاني فانتعش بمائة، فأخذ شهماً منهما فقال عمر: «الله أكبر» وألحق الولد بالأقرب. وإذا تعارضت فيها الروايات المختلفة، سقط تعلقهم بها وكانت دليلاً لنا لاجتماعهم، فيها على استعمال القافة، واستخبارهم عن إلحاق الولد.

وأما الجواب عن قياسهم على إلحاقه بأبويه مع انتقاضه بدعوى المسلم والكافر فهو أن الأب والأم هما مشتركان في وطء واحد، فلحق الولد بهما والرجلان لا يشتركان في وطء واحد، فلم يلحق الولد بهما.

وأما الجواب عن استدلالهم بالولاء تعليلاً بالتوارث بها، فليست الأنساب معتبرة بالتوارث لثبوت الأنساب مع عدم التوارث بالرق، واختلاف الدين، ثم المعنى في الولاء حدوده عن ملك، لا يمتنع فيه الاشتراك، وحدث النسب عن وطء واحد، يمتنع فيه الاشتراك.

وأما الجواب عن استدلالهم، بأنه لما لحق بذكر وأنثى، لحق بذكرين وأنثى، فقد تقدم بما ذكرناه من امتناعه أن يخلق من ماءٍ بعد ماء، من واحد، أو اثنين.

فصل: وإذا كان أحد الواطئين زوجاً وطئها في نكاح صحيح، والآخر أجنبياً، وطئها بشبهة كانا في استلحاق الولد سواء، ويلحقه القافة بأشبههما به، وقال مالك يلحق بالزوج من غير قافة لقوته بالنكاح، وتميزه بالاستباحة.

ودليلنا: هو أن كل واحد منهما لو انفرد، لكان الولد لاحقاً به فوجب إذا اجتمعا أن يستويا في استلحاقه لاستوائهما في السبب الموجب للحوق.

وليس اختصاص أحدهما بالاستباحة موجباً، لاختصاصه بلحوق الولد كمن باع أمة بعد وطئها، ووطئها المشتري قبل استبرائها وجاءت بولد يمكن لحوقه، بهما استويا في استلحاقه وألحقه القافة بمشبهه.

وإن كان وطء البائع مباحاً ووطء المشتري محظوراً.

فصل: فإذا تقرر وجوب الحكم بالقيافة في الأنساب، إذا اشتبهت بعد الاشتراك في أسباب لحوقها، فالكلام فيها يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: صفة القائف.

والثاني: صفة القيافة.

والثالث: الموجب لها.

والرابع: نفوذ الحكم بها.

فأما الفصل الأول: في صفة القائف، فيشتمل على أربعة شروط، يصح أن يكون بها قائفاً - وهو: أن يكون رجلاً حراً، عدلاً، عالماً، لأنه متردد الحال بين حكم، وشهادة، فأعتبرت فيه هذه الشروط الأربعة، فإن كان امرأة أو عبداً، أو فاسقاً أو غير عالم لم يجز أن يكون قائفاً. وعلمه ضربان:

أحدهما: علمه بالقيافة.

والثاني: علمه بالفقه.

فأما علمه بالقيافة، فهو المقصود منه، فلا بد أن يكون معتبراً فيه ومختبراً عليه، واختباره فيه أن يجرب في غير المتنازعين، بأن يضم ولد معروف النسب، إلى جماعة ليس له فيهم أب، ويقال له: من أبوه منهم؟ ولا يقال ألحقه بأبيه منهم، لأنه ليس له فيهم أب، فإذا قال: ليس له فيهم أب، ضمه ذلك الولد إلى جماعة له فيها أب، وقيل له: ألحقه بأبيه منهم، لأن له فيهم أباً، فإن ألحقه بأبيه منهم، عرف أنه عالم بالقيافة.

وإن أخطأ في الأول فألحقه بواحد منهم، أو أخطأ في الثاني فألحقه بغير أبيه منهم، علم بأنه غير عالم بالقيافة، ولا يقنع، إذا أصاب مرة أن يجرب في ثانية، وثالثة، لأنه قد يجوز أن يصيب في الأولة، اتفاقاً وفي الثانية، ظناً وفي الثالثة يقيناً، فإذا وثق بعلمه عمل على قوله ولا يلزم أن يختبر ثانية بعد المعرفة بعلمه.

وأما علم الفقه فإن نزل به منزلة المخير لم يفتر إلى علم الفقه وإن نزل منزلة الحاكم على ما سنذكره، من الفرق بين حالتيه اعتبر فيه من علم الفقه، ما اختص بلحوق الأنساب ولم يعتبر فيه العلم بجميع الفقه، لأن اعتباره في القافة متعذراً. ولا يلزم أن يكون في بني مدلج، ولا من العرب، إذا تكاملت فيه شروط القيافة، وهم بعض أصحابنا، فقال: لا يصح أن يكون إلا من بني مدلج، لاختصاصهم بعلم القيافة طبعاً في خلقهم، وهذا لا وجه له لأن مقصود القيافة قد يجوز أن يعدم في بني مدلج، ويوجد في غير بني مدلج، وإن كان الأغلب وجوده في بني مدلج.

فصل: وأما الفصل الثاني في صفة القيافة، فالمعتبر فيها التشابه من أربعة أوجه:

أحدها: تخطيط الأعضاء وأشكال الصورة.

والثاني: في الألوان والشعور.

والثالث: في الحركات والأفعال.

والرابع: في الكلام، والصوت، والحدة، والأناة، ولئن جاز أن تختلف هذه الأربعة في الآباء والأبناء في الظاهر الجلي، فلا بد أن يكون بينهما، في الباطن تشابه خفي، ولئن لم يكن في جميعها لغلبة التشابه بالأمهات، فلا بد أن يكون في بعضها لأن المولود من أبيض، وأسود، لا يكون أبيض محضاً، ولا أسود محضاً فيكون فيه من البياض، ما يقارب الأبيض، ومن السواد ما يقارب بالسواد.

وإذا كان كذلك لم يخل حال الولد مع المتنازعين فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون فيه شبه من أحدهما، وليس فيه شبه من الآخر، فيلحق بمن فيه شبهه، وينفي عن من ليس فيه شبهه، وسواء كان الشبه بينهما من جميع الوجوه، أو من بعضها ظاهراً كان أو خفياً.

والقسم الثاني: أن لا يكون فيه شبه من كل واحد، منهما فلا يكون في القيافة بيان، ولا يجوز أن ينفي عنها، لأن نسبة موقوف عليهما، فيعدل إلى الوقف على الانتساب، على ما سنذكره.

والقسم الثالث: أن يكون فيه شبه من كل واحد منهما فهذا على خمسة أضرب: أحدها: أن يتماثل الشبهان، ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء، فلا يكون في القيافة بيان، ويعدل إلى غيرها.

والضرب الثاني: أن يتماثل الشبه بينهما في العدد، ويختلفا في الظهور، والخفاء، يكون فيه من كل واحد منهما شبهان، وهو في أحدهما ظاهر، وفي الآخر خفي، فيلحق بمن ظهر منه الشبه دون من خفي فيه.

والضرب الثالث: أن يتماثل في الظهور، والخفاء، ويختلفان في العدد، فيكون الشبه في أحدهما من ثلاثة أوجه، وفي الآخر من وجهين، فيلحق بمن زاد عدد الشبه فيه دون من قل.

والضرب الرابع: أن يكون الشبه في أحدهما أكثر عدداً، وأظهر شبهاً، وهو في الآخر أقل، وأخفى، فيلحق بمن كثر فيه عدد الشبه، وظهر دون من قل، فيه وخفي، وهو أقوى من الضربين المتقدمين.

والضرب الخامس: أن يكون أحدهما في الشبه أكثر عدداً، وأخفى شبهاً، والآخر أقل عدداً، وأظهر شبهاً، فيكون الشبه في أحدهما من ثلاثة أوجه خفية، وفي الآخر من وجهين ظاهرين، ففه وجهان:

أحدهما: يرجح كثرة العدد على ظهور الشبه، فيلحق بمن فيه الشبه من ثلاثة أوجه خفية، تغليباً لزيادة التشابه.

والوجه الثاني: يرجح ظهور الشبه على كثرة العدد، فيلحق بمن فيه الشبه من وجهين ظاهرين، تغليباً لقوة التشابه. فهذا أصل في اعتبار التشابه في القيافة، وقد يختلف فطن القافة فمنهم من تكون فطنته من أعداد التشابه أقوى، ومنهم من تكون فطنته في قوة التشابه أقوى، فيعتمد كل واحد منهما على ما في قوة فطنته، تغليباً لقوة حسه، فإن كان القائف عارفاً بأحكام هذه الأقسام، جاز أن يكون فيها مخبراً، وحاكماً وإن لم يكن عارفاً بأحكامها كان فيها مخبراً، ولم يكن فيها حاكماً، ليحكم بها من الأحكام من يعلمها، ويجتهد رأيه فيها.

فصل: وأما الفصل الثالث: في الموجب لاستعمال القافة، فالتنازع في الولد على

ضريين:

أحدهما: أن يكون من لقيط لا يعرف للمتنازعين فيه فراش، فلا يخلو حال الولد من أن يكون صغيراً، أو كبيراً، فإن كان كبيراً بالغاً عاقلاً توجهت الدعوى عليه، وكان الجواب مأخوذاً منه. فإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، لحق بالمصدق، ولا يمين عليه للمكذب، لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، ولم يغرم وإن كذبهما حلف لهما، ولم يلحق بواحد منهما، لأنه لو أقر قبل التكذيب قبل إقراره، وإن قال: أنا ابن واحد منكما ولست أعرفه بعينه، رجع إلى القافة في إلحاقه، بأحدهما فإن عدموا أخذ الولد جبراً بالانتساب إلى أحدهما غيباً، فإن سلمه أحد المتنازعين إلى الآخر، فإن كان قبل القافة والانتساب، جاز وصار ولداً لمن سلم إليه، وإن كان بعد الحكم بنسبه، إما بعد القافة، أو بعد الانتساب لم يجز.

وإن كان الولد صغيراً غير مميز، أو كان بالغاً مجنوناً، استعمل فيه القافة، ولم يعتبر فيه إقرار ولا فراش، فإن ألحقه القافة بأحدهما لحق به وإن عدموا أو أشكل عليهم، وقف إلى زمان الانتساب فإن سلمه أحدهما إلى الآخر، كان على ما قدمناه من جوازه قبل إلحاقه، وبطلانه بعد إلحاقه.

والضرب الثاني: أن يكون الولد عن فراش وقع فيه التنازع، فاستعمال القافة فيه معتبر، بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الفراش مشتركاً بين المتنازعين فيه، فإن تفرد به أحدهما، كان ولداً لصاحب الفراش من غير قيافة، وإن كان شبهه بغير صاحب الفراش أقوى.

فلو أن زوجاً شك في ولده من زوجته، فإن أراد أن يستعمل فيه القافة لم يجز، لأن القافة لا تنفي ما لحق بالفراش.

والشرط الثاني: أن يكون اشتراكهما في الفراش موجباً للحقوق الولد بكل واحد منهما، لو انفرد، فإن كان لا يلحق بكل واحد منهما لو انفرد، لأنهما زانيان بطلت دعواهما فيه، ولم يلحق بواحد منهما وإن كان يلحق بأحدهما دون الآخر، لأن أحدهما زان، والآخر ليس بزنان، بطل تنازعهما، ولم تستعمل القافة فيه، وكان لاحقاً بصاحب الفراش، دون الزاني لقول النبي ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ».

والشرط الثالث: أن يثبت فراش كل واحد منهما وثبوتها، معتبر بحال المتنازعين. فإن كان أحدهما زوجاً، والآخر ذا شبهة، ثبت فراش ذي الشبهة، بتصديق الزوج، ولم يعتبر فيه تصديق الموطوءة، لأن الفراش للزوج، وإن لم يكن

فيهما زوج اعتبر فيه تصديق الموطوءة، لكل واحد منهما إن كانت خالية من زوج، وإن كانت ذات زوج، اعتبر فيه تصديق زوجها، دونها، لأنه أملك بالفراش فيها، وصار الزوج داخلاً معها في التنازع، لأن له فراشاً ثالثاً، ولا يعتبر تصديق كل واحد منهما لصاحبه، لأن ثبوت النسب حق له وعليه.

فلو أنكرتها الموطوءة، أو زوجها لم يثبت لواحد منهما الفراش، وعلى منكرها اليمين.

ولو ادعت الموطوءة، أو زوجها عليها الفراش، وأنكرها فالقول قولهما مع أيماهما، ولا فراش على واحد منهما.

فإذا ثبت فراشهما بما ذكرنا من التصادق فيه أو قامت به بينة مع التجاحد على الوجه الذي تقوم به البينة في مثله، تكاملت شروط الاشتراك في لحوق النسب وصار الفراش حقاً لهما، وحقاً عليهما، فلا يقف على مطالبتهما ولا يجوز لواحد منهما أن يسلم لصاحبه، لما فيه من الحق عليه، ويستوي فيه حكم الولد صغيراً وكبيراً، ويستعمل القافة في إلحاقه بأحدهما، إذا طولب بها.

والذي يستحق المطالبة بها من كان قوله في الفراش معتبراً، والولد إذا كان بالغاً فإن لم يطلب الحاكم بها جاز له في حق الصغير أن يستعمل القافة إذا علم بالحال من غير طلب نيابة عن الصغير، ولم يكن له أن يستعملها في حق الكبير، لأنه أخص بطلب حقوقه.

فصل: وأما الفصل الرابع: في ثبوت الحكم بلحوق النسب بقول القافة فهو معتبر باستلحاق النسب، واستلحاقه على ضربين:

أحدهما: أن يكون لاشتراكهما في فراش.

والثاني: إذا تداعيا لقيطاً.

فإن كان لاشتراكهما في فراش، لم يصح إلحاقه بالقافة إلا بحكم الحاكم، لأن الفراش قد أوجب لهما حقاً، وأوجب عليهما حقاً في إلحاقه بأحدهما، ونفيه عن الآخر، وألحق لهما على الولد، وألحق عليهما للولد ولذلك وجب إلحاقه بأحدهما، وإن لم يتنازعا فيه، ولم يجز أن يسلمه أحدهما إلى الآخر فكان أغلظ من اللعان الذي لا يصح إلا بحكم حاكم فكان هذا أولى أن لا يصح إلا بحكم حاكم، لأن اللعان يختص بالنفي دون الإثبات، والقافة تجمع بين النفي والإثبات.

وإن كان استحقاق الولد في ادعاء لقيط لم يعرف لهما فيه فراش مشترك، فهو حق لهما وليس بحق عليهما في الظاهر، لأنهما لو لم يتنازعا فيه، لم يعترض لهما،

ولو سلمه أحدهما إلى الآخر صح وانتفى عن سلمه، ولحق عن سُلّم إليه فلم يفتقر استلحاقه إلى حكم، وجاز أن ينفرد باستعمال القافة فيه إن اختارا، وجاز أن يتحاكما فيه إلى حاكم، إن اختلفا فإن تنازعا فيه إلى حاكم وقف اختيار القائف على الحاكم، دونهما وإن لم يتنازعا فيه إلى حاكم، وقف اختيار القائف عليهما فإذا اتفقا على اختيار قائف كانا فيه بالخيار في تحكيمه، أو استخباره، على ما سنذكره من شرح التحكيم، والاستخبار.

فإن استخبره، فأخبر كان موقوفاً على إمضاءهما والتزامهما.

وإن حكماه فحكم كان في لزوم حكمه لهما قولان: وإن اختلفا في اختيار القائف، إذا حلفا بعد الاتفاق عليه في تحكيمه، أو استخباره لم يعمل على اختيار واحد منهما، وتنازعا فيه إلى الحاكم ليحكم بينهما، وإذا كان الحاكم هو الناظر بينهما في لحوق النسب، إما في الفراش المشترك حتماً واجباً، وإما في اللقيط المدعى، إما بالتراخي والاختيار، وإما أن يطلبه أحدهما دون الآخر، فيؤخذ الممتنع جبراً بالحكم، وإنما يجوز للمتنازعين في اللقيط أن ينفردا بالقيافة إذا اتفقا على التراخي في تفردهما به، دون الحاكم.

فإذا أراد الحاكم الحكم بينهما، اختار من القافة أو ثقتهم وأغلبهم، واجتهد رأيه في تحكيم القائف، أو استخباره فإن أداه اجتهاده إلى تحكيمه، كان ذلك استخلاقاً له في الحكم بينهما، فيراعي في استنابته شروط التقليد، واختبر في العلم بشروط الإلحاق، فإن قضى بها، أعلمه بها.

فأما المختص منها بفطنته فقوة حسه، فهو مركز في طبعه، ويجوز أن يقتصر على قائف واحد، لأنه حكم، فجاز من القائف الواحد، فإن جمع فيه بين قائفين احتياطاً كان أوكد، كما جمع في شقاق الزوجين بين الحكيمين.

ولا ينفذ الحكم في لحوقه بواحد منهما، حتى يجتمعان عليه، فإذا ألحقه القائف الواحد إذا أفرد أو القائفان إذا جمع بينهما بأحد المتنازعين فيه، ونفاه عن الآخر لحقه، وانتفى عن الآخر، ولو ألحقه بأحدهما، ولم ينفه عن الآخر، لم يلحق به، لجواز أن يرى اشتراكهما فيه، ولو نفاه عن أحدهما ولم يلحقه بالآخر، انتفى عن نفاه عنه، وصار الآخر منفرداً بالدعوى فلحق به، لانفراده بالفراش، لا بالقائف.

ولو تنازع في دعواه ثلاثة فألحقه بأحدهم، ونفاه عن الآخرين، أمضى حكمه في إلحاقه ونفيه، ولو نفاه عن أحدهم، خرج من الدعوى، وصارت بين الآخرين، ولو نفاه عن اثنين، خرجا من الدعوى، وصار لاحقاً بالباقي، لانفراده بالدعوى، لا بقول القائف، فإن لحق بأحدهم لإلحاق القائف به، ونفيه عن غيره استقر حكمه في ثبوت

نسبه، ولزم الحاكم تنفيذ حكمه، وإن نفاه القائف عن أحدهما استقر حكمه بالنفي، ولم يستقر حكمه باللحوق، حتى يحكم له الحاكم باللحوق، بحكم الانفراد بالدعوى، فإن رجع القائف بعد حكمه بذكر الغلط فيه، لم يقبل رجوعه، لأن نفوذ الحكم بالاجتهاد يمنع من نقضه باجتهاد.

وإن رأى الحاكم اجتهاده إلى استخبار القائف دون تحكيمه، أنكر القائف مخبراً، والحاكم هو المنفرد بالحكم، جاز ولزمه أن يجمع بين قائفين، ولم يجز أن يقتصر على واحد منهما، وإن كان خبر الواحد مقبولاً، لأن الحاكم لا يجوز أن يحكم بخبر الواحد، وإنما يجوز أن يحكم بشهادة اثنين. كما لا يحكم في التقويم إلا بقبول مقومين، فإذا أراد القائفان بعد اجتهادهما، أن يذكرا للحاكم، ما صح عندهما من لحوق الولد بأحدهما ففيه وجهان:

أحدهما: يكون خبراً يؤدي بلفظ الإخبار، ولا تكون شهادة تؤدي بلفظ الشهادة، لأن الشهادة تختص بفعل مشاهد وقول مسموع وليس في القيافة، واحد منهما فكان خبراً، ولم يكن شهادة فعلى هذا يجب على الحاكم، أن يسألها عن سبب علمها، ليجتهد رأيه فيهما إن ذكرا اشتراكهما في الشبه، ولا يجب عليه سؤالهما إن كان مختصاً بأحدهما، دون الآخر، لأن عليه في الاشتراك أن يجتهد رأيه في الترجيح، فلزمه السؤال، وليس عليه في اختصاص أحدهما بالترجيح بالشبه، اجتهاده في الترجيح، فلم يلزمه السؤال، ولكن عليه أن يسألها أفي الشبه اشتراك؟ حتى يسألها عن سببه، ويجتهد رأيه فيه، أو ليس فيه اشتراك؟ حتى لا يسألها عنه، ولا يجتهد رأيه فيه، ويقتنع منهما أن يقولوا هذا ولد هذا دون هذا.

والوجه الثاني: أن تكون شهادة تؤدي بلفظ الشهادة، وإن لم تكن عن مشاهدة، لأن الحال يشهد، والحكم مختص بالشهادة دون الخبر.

فعلى هذا لا يجب على الحاكم أن يسألها عن سبب علمها، لأن الشاهد لا يسأل عن سبب علمه بما شهد لكن إن كان الشبه مختصاً بأحدهما، جاز للقائفين أن يشهدا بأنه ولد هذا دون هذا، وإن كان الشبه مشتركاً يحتاجا إلى اجتهاد في ترجيح فقيما يشهدان به وجهان:

أحدهما: يشهدان بما أدى إليه اجتهادهما من لحوق نسبه بأحدهما.

والوجه الثاني: يشهدان بالشبه الموجب للحقوق النسب بأحدهما ليجتهد الحاكم رأيه دونها، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا، هل يسوغ للشهود أن يجتهدوا فيما يؤدوه إذا كان الاجتهاد فيه سماع.

فإذا أدى القائفان إلى الحاكم ما عندهما من لحوق النسب بأحدهما خبراً على

أحد الوجهين، أو شهادة على الوجه الآخر لزم الحكم بقولهما في إلحاق النسب بمن الحق، ونفيه عن نفوه، وهو قبل حكم الحاكم، غير لاحق بواحد منهما، فإن رجع القائضان في قولهما، وألحقوه بمن نفوه عنه لخطأ اعترفا به روعي رجوعهما، فإن كان بعد حكم الحاكم بقولهما، لم ينقص حكمه وأمضاه على ما حكم به، وإن كان قبل حكمه بقولهما لم يكن نسبه للأول، ولا للثاني.

أما الأول: فلبطلان الشهادة، بالرجوع عنها.

وأما الثاني: فلتعارض القولين فيه.

فإن أشكل على القائفين ولحقو نسبه، وبان ذلك لغيرهما عمل عليه، وإن أشكل على غيرهما عدم النسب من جهة القافة، ووجب أن يوقف النسب للشك، حتى ينتسب الولد بطبعه إلى أحدهما لقول النبي ﷺ: «مِنْ شَأْنِ الرَّحِمِ إِذَا تَمَاسَّتْ تَعَاطَفَتْ».

وله في زمان انتسابه قولان:

أحدهما: وهو القديم إلى استكمال سبع، وهي الحال التي يخير فيها بين أبويه.

والقول الثاني: وهو الجديد الصحيح إلى بلوغه، لأنه لا يمكن بقوله في لوازم الحقوق قبل البلوغ، وإن قبل في الاختيار لأحد أبويه، لأنه ليس من الحقوق، فإذا انتسب إلى أحدهما لحق به، ولا يعتبر فيه تصديق الأب، فلو رجع وانتسب إلى الآخر لم يقبل رجوعه بعد لحوقه بالأول.

ولو وجدت القافة بعد انتسابه إلى أحدهما، لم يلحق به لاستقرار لحوقه بالانتساب إلى الأول.

ولو مات الولد قبل انتسابه إلى أحدهما، قامت ورثته، مقامه في الانتساب، إلى أحدهما، ولو مات المتنازعان والولد باق جمع بينه وبين عصبتها، وكان له بعد الاجتماع معهم أن ينتسب إلى أحدهما، فإن مات أحدهما وبقي الآخر نُظِرَ، فإن كان التنازع في فراش مشترك انتسب إلى من اختار من الحي، أو الميت، وإن كان التنازع في لقب فففيه وجهان:

أحدهما: يكون كالفراش في انتسابه إلى أحدهما.

والثاني: أنه يلحق بالباقي، لانقطاع دعوى الميت.

وقد روى زيد بن أرقم أن علي بن أبي طالب عليه السلام حين قلده رسول الله ﷺ قِضَاءَ الْيَمَنِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ ثَلَاثَةٌ فِي وَدِّ امْرَأَةٍ، وَقَعُوا عَلَيْهَا، فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ؛ تَنَازَعُوا فِيهِ. فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، وَأَلْحَقَهُ بِمَنْ قَرَعَ مِنْهُمْ، وَأَخْبَرَ بِهِ

رسول الله ﷺ «فَصَحِّحْكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ فَقِيلَ: إِنَّهُ أَقْرَعٌ بَيْنَهُمْ لِإِشْكَالِهِ عَلَى الْقَافَةِ.

وقيل: إنما ضحك رسول الله ﷺ من القرعة: لأنه لا مدخل لها في لحوق النسب، لوجود ما هو أقوى، وهو انتساب الولد.

فصل: وإذا طلب القائف على قيافته أجراً، ولم يجد بها متطوعاً جاز أن يعطى عليها رزقاً من بيت المال، لأن له عملاً ينقطع به عن مكسبه، كما يعطى القاسم والحاسب ويستحقه سواء ألحقه بواحد منهما، أو أشكل عليه، فلم يلحقه، فإن تعذر رزقه من بيت المال، كانت أجرته على المتنازعين فيه، فإن ألحقه بأحدهما استحقها، وفيمن يجب عليه وجهان:

أحدهما: أنها تجب على من ألحق به الولد دون من نفي عنه، لأنه مستأجر للحقوق دون النفي.

والوجه الثاني: يجب عليهما، لأن العمل مشترك في حقهما، وهو في حق من نفي عنه كهو في حق من ألحق به.

وإن لم يلحق بواحد منهما. فإن كان لإشكاله عليه، لم يستحق الأجرة، لأنه لم يوجد منه العمل، وإن كان لتكافؤ الاشتباه ففي استحقاق الأجرة وجهان:

أحدهما: يستحقها إذا قيل: إنه لو أخذ منهما، كان تغليبا بوجود العمل منه.

والوجه الثاني: لا يستحقها إذا قيل: إنه لو ألحقه بأحدهما: اختص بالتزام الآخر، تعليلاً بالإلحاق.

فصل: وإذا وجد وادعاء من يجوز أن يولد مثله لمثله لحقه به، فإن ادعاه بعده آخر ففيه وجهان:

أحدهما: أن دعواه مردودة للحقوق نسبه بالسابق، إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه.

والوجه الثاني: وهو الظاهر في مذهب الشافعي أن دعوى الناس مسموعة ويرى القافة، فإن نفوه عن الثاني، كان على لحوقه بالأول وإن ألحقه بالثاني أرى مع الأول، فإن نفوه عنه لحق بالثالث، وإن ألحقه به لم يأت بالقافة بيان، لأنهم قد ألحقوه بهما، ووقف الولد إلى حد الانتساب لينتسب إلى أحدهما. فإن اجتمع جماعة في ادعاء اللقيط، وهو في يد أحدهم، فصاحب اليد كالسابق بالدعوى، فيكون على الوجهين:

أحدهما: يلحق به إلا أن تلحقه القافة بغيره.

والوجه الثاني: أن في الدعوى بغيره لا يلحق بواحد منهم إلا أن تلحقه القافة، أو يعترف له الباقي بنسبه، أو يبلغ حد الانتساب فينتسب إليه، فإن مات الولد مع بقاء الانتساب، فقبل الانتساب وقف من ماله ميراثاً حتى يعطلح المدعون عليه، وإن مات المدعون أو بعضهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، أنه يوقف من قال كل واحد منهم ميراث أب، كما يوقف من ماله إذا مات ميراث أب. حتى ينتسب بعد بلوغه حد الانتساب، فيستحق ميراث من انتسب إليه ويرد ما وقف من الباقي على ورثتهم.

والوجه الثاني: لا يوقف له من أموالهم شيء، ويدفع مال كل واحد إلى ورثته والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى حُرٌّ وَعَبْدٌ مُسْلِمَانِ وَذِمِّيٌّ مَوْلُوداً وَوَجَدَ لَقَيْطاً فَلَا فَرْقَ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنْهُمُ كَالْتِدَاعِي فِيمَا سِوَاهُ فَيْرَاهُ الْقَافَةُ فَإِنَّ الْحَقَّوَةَ بِوَاحِدٍ فَهُوَ ابْنُهُ وَإِنَّ الْحَقَّوَةَ بِأَكْثَرٍ لَمْ يَكُنْ ابْنٌ وَاحِدٍ مِنْهُمُ يَبْلُغُ فَيَنْتَسِبُ إِلَى أَيِّهِمْ شَاءَ فَيَكُونُ ابْنُهُ وَتَنْقَطِعَ عَنْهُ دَعْوَى غَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح يستوي إذا ادعى الولد، الحرُّ والعبدُ والمسلمُ، والكافر لقيطاً أو من فزاش مشترك، وليس بمشترك.

وقال أبو حنيفة الإمام رحمه الله: إذا تنازع حر وعبد ألحقته بالحر دون العبد. وإن تنازع مسلم وكافر، ألحقته بالمسلم دون الكافر، ولو تنازع حر كافر وعبد مسلم، ألحقته بالحر الكافر، دون العبد المسلم، ليكون الولد ملحقاً بأكملهما حكماً.

استدللاً بأن الغالب من دار الإسلام الحرية، والإسلام، فصارت كاليد لمن واقعها، فترجح بها.

ولأنهما لو تنازعا حضانتهم كان الحر المسلم أحق بها من العبد الكافر، كذلك حكم النسب ودليلنا هو أنهما قد اشتركا في سبب الدعوى، فوجب أن يشتركا في حكمهما، كالمسلمين الحرين.

ولأنه لو انفرد بالدعوى عبداً أو كافر كان فيها كالمسلم، ولا يدفع عنها بحكم الدار، كذلك إذا اجتمع مع الحر، أو المسلم، كالمال، وفيه انفصال.

فأما الحضانة ففيها ولاية، لو تفرد بها كافر وعبد لم يستحقها وليس كالنسب الذي يلحق بالعبد، والكافر.

فصل: فإذا ثبت استواءهما في الدعوى، فإن الحق بالمسلم، لحق به نسباً، ودينياً، وإن الحق بالكافر، لحق به نسباً، وفي إلحاقه به ديناً وجهان:

أحدهما: يلحق به في دينه اعتباراً بالولادة.

والوجه الثاني: لا يلحق بدينه تغليياً لحكم الدار، فأجري عليه حكم الإسلام، حتى يبلغ فيعرب عن نفسه، فإن أقر بالإسلام استقر حكم الإسلام، وإن ادعى الكفر أُرهب ثم أقر على الكفر فإن قيل بالوجه الأول أنه يجري على الكفر أقر في يده وإن قيل بالثاني، أنه يجري على حكم الإسلام لم يقر في يده، لثلا يلقنه الكفر، فيدعيه بعد بلوغه.

فصل: وإذا تنازع والد، وولده في ولد ادعياه كل واحد منهما، عن التقاط أو اشتراك في فراش فهما فيه سواء، ولا يغلب دعوى الوالد على الولد.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن كان الولد من أمة، اشتركا في إصابتها، فإن كانت الأمة للأب، أو مشتركة بين الابن والأب، فالولد يلحق بالأب، وإن كانت للابن فالولد يلحق بالأب والابن، وهذا حكم لا يوجه دليل، ولا يقتضيه تعليل، لأن الأبوة والبنوة لا تختلف فيها أحكام دعاوى، كالأموال.

ولأنه لم يختلف في ادعاء الولد حكم الأم، والجد، فلم يختلف فيه حكم الأب والابن.

فصل: وإذا تنازع في الولد امرأتان، وقيل: إن دعوتهما مسموعة على اختلاف المذهب فيه، استعمل القافة فيها، إذا عدت البينة على ولادته، وكانتا في منازعته، كالرجلين، وكذلك لو كانت إحداهما مسلمة، والأخرى كافرة، كانتا سواء، في ادعائه.

أو كانت إحداهما حرة، والأخرى أمة، تساويا فيه، وجاز للأمة أن تختص بالدعوى دون السيد لاختصاصها بحق النسب، وتفرد السيد بحق الملك فإن ألحقت القافة الولد بالأم، لم يثبت عليه لسيدها رق تعليلاً بأمرين:

أحدهما: يجوز أن يكون قد أولدها حر بشبهة.

والثاني: لأن إلحاق القافة طريقة الاجتهاد، دون العلم ولو قامت البينة على ولادتها له ففي دخوله في ملك السيد وجهان من اختلاف التعليلين:

أحدهما: لا يدخل في ملكه، لجواز أن يكون من حر بشبهه.

والوجه الثاني: يدخل في ملكه، لأنه لحق بها عن علم، لا عن اجتهاد، وحكم الولد حكم أمه، ويجيء على مذهب أبي حنيفة أن يكون الولد للحرّة دون الأمة، والمسلمة دون الكافرة.

فصل: فإذا أشكل على القافة حكم الولد في تنازع، وقف على إثبات الولد إلى أحدهما، كما يوقف على إثباته إلى الآخر، أو إلى أحد الرجلين، لأن الطبع يحرك الإنسان، ويجذبه فلو أن ولداً تنازع رجلان فيه، وادعى كل واحد، منهما أنه أخوه من أبيه، فإن كان أبواه باقين لم تسمع دعواهما، وكان أبواهما أحق بالدعوى منها، وإن كانا ميتين فإن ورثها معهما غيرهما لم تسمع دعواهما، إلا باجتماع جميع الورثة، فإن أنكرها أحدهم بطلت الدعوى وإن تفرد كل واحد منهما بميراث أمه، سمعت دعواهما، وجاز أن تستعمل القافة معهما عند عدم الشبه، فإن الشبه ينتقل من الأباء إلى الأبناء، حتى يشترك به الإخوة، فإذا ألحقته القافة بإخوة أحدهما، حكم بينهما بالأخوة كما يحكم بالبنوة، لأن عبد بن زمعة ادعى أخاً من أمه، وأبيه، فَسَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دَعْوَاهُ، وألحقه به، أخاً بفراش أبيه، فقال: هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنَ زَمْعَةَ أَخًا، الولد للفراش، وللغاهر الحجر، حِينَ نَازَعَهُ فِيهِ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ أَخِيهِ، لِأَنَّهُ غَاهَرَ بِأُمِّهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ.

وهكذا لو مات المتنازعان في الولد، أو أحدهما قبل حكم القافة جمع بين الولد وبين من ناسب المتنازعين، من الذكور والإناث، كالبنين، والبنات، والإخوة والأخوات، والأعمام والعمات، ولا يختص بالذكور دون الإناث، لوجود الشبه في الذكور والإناث وألحقه القافة بمن كان شبه أقاربه فيه، ونفوه عن من لم يكن شبه أقاربه فيه سواء كان الشبه في أقرب مناسبيه، أو أبعدهم لأن عِزَّ النَّسَبِ يَنْزِعُ إِلَى الْأَقْرَابِ وَالْأَبْعَادِ عَلَى إِيجَادِ الشَّبهِ، ومن الآخر في الأبعدين، ألحق بمن كان شبه في الأقربين، دون من كان شبهه في الأبعدين، لأن الشبه في الأقرب أقوى من الشبه في الأبعد.

بَابُ جَوَابِ الشَّافِعِيِّ

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْوَالِدِ يَدْعِيهِ عِدَّةَ رِجَالٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قُلْتُ لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ زَعَمْتَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ قَالَ إِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ فَهُوَ ابْنُهُمَا بِالْأَثَرِ فَإِنْ ادَّعَاهُ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ ابْنُهُمْ بِالْقِيَاسِ وَإِنْ ادَّعَاهُ أَرْبَعَةٌ لَمْ يَكُنْ ابْنٌ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَالَ هَذَا خَطَأً مِنْ قَوْلِهِ قُلْتُ فَاذْ زَعَمْتَ أَنَّهُمْ يَشْتَرِكُونَ فِي نَسَبِهِ وَلَوْ كَانُوا مِائَةً كَمَا يَشْتَرِكُونَ فِي الْمَالِ لَوْ مَاتَ أَحَدُ الشَّرَكَاءِ فِي الْمَالِ أَيْمَلِكُ الْحَيِّ إِلَّا مَا كَانَ يَمْلِكُهُ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ؟ قَالَ لَا قُلْتُ فَقَدْ زَعَمْتَ إِنْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَرِثَهُ مِيرَاثُ ابْنِ تَامٍ وَانْقَطَعَتْ أَبُوْتُهُ فَإِنْ مَاتَ وَرِثَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَهْمًا مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنْ مِيرَاثِ أَبِي فَهَلْ رَأَيْتَ أَبَا قَطُّ إِلَى مُدَّةٍ؟ قُلْتُ أَوْ رَأَيْتَ إِذَا قَطَعْتَ أَبُوْتَهُ مِنَ الْمَيْتِ أَيْتَرَوُجُ بَنَاتِهِ وَهَنَّ الْيَوْمَ أُخْبِيَّاتٍ وَهَنَّ بِالْأَمْسِ لَهُ أَخَوَاتٌ؟ قَالَ إِنَّهُ لَا يَدْخُلُ هَذَا قُلْتُ وَأَكْثَرُ قَالَ كَيْفَ كَانَ يَلْزِمُنَا أَنْ نُورِّثَهُ؟ قُلْتُ نُورِّثُهُ فِي قَوْلِكَ مِنْ أَحَدِهِمْ سَهْمًا مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنْ مِيرَاثِ ابْنِ كَمَا نُورِّثُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَهْمًا مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنْ مِيرَاثِ أَبِي (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا بِإِلْزَامٍ لَهُمْ فِي قَوْلِهِمْ لِأَنَّ جَمِيعَ كُلِّ أَبِي أَبُو بَعْضِ الْإِبْنِ وَلَيْسَ بَعْضُ الْإِبْنِ ابْنًا لِبَعْضِ الْأَبِ دُونَ جَمِيعِهِ كَمَا لَوْ مَلَكَوا عَبْدًا كَانَ جَمِيعُ كُلِّ سَيِّدٍ مِنْهُمْ مَالِكًا لِبَعْضِ الْعَبْدِ وَلَيْسَ بَعْضُ الْعَبْدِ مِلْكًا لِبَعْضِ السَّيِّدِ دُونَ جَمِيعِهِ فَتَفْهَمُ ذَلِكَ تَجِدُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.»

قال الماوردي: وهذه مناظرة جرت بين الشافعي ومحمد بن الحسن رحمهما الله لم يشبها الربيع في كتابه إلى محمد بن الحسن وحكى عن الشافعي رحمه الله أنه قال قلت لبعض الناس وصرح بها الشافعي في الإملاء فقال: قلت لمحمد بن الحسن فنقلها المزني عنه في الإملاء ولم يختلف عليه أبو حنيفة رضي الله عنه وأصحابه في المنع من استعمال القافة، واختلفوا بعد اتفاقهم على المنع من استعمال القافة فيمن يلحق به الولد من الأبناء المتنازعين، فيه فألحقه محمد بن الحسن رحمه الله باثنين، ولم يلحقه بأكثر اتباعاً لما حكى من الأثر عن عمر رضي الله عنه في إلحاقه باثنين.

وألحقه أبو يوسف رحمه الله بثلاثة، ولم يلحقه بأكثر منهم، فاللاحق بالثاني

أثراً، واللاحق بالثالث قياساً، ومنع من إلحاقه بالرابع قياساً وألحقه أبو حنيفة رضي الله عنه بكل من ادعاه وإن كانوا مائة قياساً على الأثر في الثاني، فناظر الشافعي رحمه الله محمد بن الحسن رحمه الله على قول أبي يوسف رحمه الله وعلى قول أبي حنيفة، وإن لم يكن قائلاً في العدد بقولهما فلأنه موافق لهما في ترك القيافة، وإلحاقه بالاثنين، وإذا بطل قولهما في إلحاقه بأكثر من اثنين بطل قوله في إلحاقه بالاثنين.

ولأن استعمال القافة بالشبه، والأثر، والعرف.

فابتدأ الشافعي بمناظرته على القياس في الرابع، كالثالث فلم جعل الثالث قياساً، ولم يجعل الرابع قياساً. وإن امتنع في الرابع، امتنع في الثالث فبطل فيه استعمال القياس، ولم يبق فيه إلا الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه في الثاني، وقد اختلفت الرواية فيه عن عمر فروى عنه عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، أنه قال للولد: انتسب إلى أيهما شئت.

وروى عنه الحسن البصري، أنه قضى به لهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما فلم تكن لإحدى الرويتين بأولى من الأخرى، فتعارضاً، وأوجب التعارض سقوطهما.

فصل: ثم عدل الشافعي في مناظرته على قول أبي حنيفة رحمه الله أنهم يشتركون في نسبه، ولو كانوا مائة كما يشتركون في المال، فأبطل الشافعي رحمه الله هذا القول من أربعة أوجه:

أحدهما: أنه قال لو مات أحد الشركاء في المال، لم يملك الحي إلا ما كان يملك قبل موت صاحبه.

قال: لا.

فقال الشافعي: «زعمت إن مات واحد منهم ورثه ميراث ابن تام، وانقطعت أبوته» فأبطل الشافعي بهذا قياسهم على المال، لأن موت أحد الشركاء فيه لا يوجب انتقال حقه إليهم، وعندهم أن موت أحد الأباء يوجب انتقال إبوته إليهم، فبطل الجمع بينهما قياساً.

والوجه الثاني: إن قال زعمت أن لو مات رجل واحد ورثه ميراث أب تام وانقطعت أبوته، فإن مات ورثه كل واحد منهم سهماً من مائة سهم من ميراث أب، فهل رأيت أباً قط إلى مدة؟ فأبطل الشافعي رحمه الله بهذا إلحاق نسبه بالجماعة، لأنهم يقولون إنه إذا مات أحد مات انتقطع نسبه منه فصار أباً في حياته وغير أب بعد موته، فجعلوا نسبه مقدراً بمدة حياته، ولم نر أباً قط إلى مدة.

والوجه الثالث: أن قال رأيت إذا انقطعت أبوته عن الميت. أيتزوج بناته، وهن

اليوم أجنبيات، وكنَّ له بالأمس أخوات، فأبطل الشافعي عليهم بهذا ما قالوه من انقطاع أبوته بالموت، فقال بنات الميت منهم ما حكمهم مع الولد أيحللن له أم لا؟ فقد كنَّ له بالأمس أخوات فإن قال: يحللن بطل أن يكن بالأمس أخوات محرّمات ويصرن في اليوم أجنبيات محللات، وإن قال يحرمن، بطل أن لا يكون له، ولهن أب جامع بين نسبه، ونسبهن، ويصرن أجنبيات محرّمات.

والوجه الرابع: مما قالوه في التوارث بينهم، أنه إن مات جعلوا ميراثه بين جميعهم، وأعطوا كل واحد منهم ميراث بعض أب، وإن مات أحدهم أعطوه جميع ميراث أب تام، فجعلوا كل واحد منهم بعض أب، ولم يجعلوا كل واحد منهم بعض ابن.

فقال محمد رحمه الله للشافعي: كيف يلزمن أن نورته، فقال الشافعي: يلزمك أن تورثهم في قولك: أن نورته من كل واحد منهم سهماً من مائة سهم من ميراث ابن، كما نورث كل واحد منهم سهماً من مائة سهم من ميراث أب، فاعترض المزني على الشافعي رحمه الله في هذا الجواب فقال: «ليس هذا بلازم لهم في قوله؛ لأن جميع كل أب أبو بعض الابن وليس بعض الابن ابناً لبعض الأب دون جميعه.

ثم استشهد عليه فقال: «كما لو ملكوا عبداً، كان جميع كل سيد منهم مالكاً لبعض العبد، وليس بعض العبد ملكاً لبعض السيد، دون جميعه فشد بعض أصحابنا فساعد المزني على اعتراضه، ومنع فيما ألزمهم الشافعي على قولهم أن يكون لازماً لهم، تعليلاً بما ذكره المزني، وذهب جمهور أصحابنا إلى صحة إلزام الشافعي لهم، وأبطل اعتراض المزني على الشافعي من وجهين:

أحدهما: أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ما يبطل اعتراض المزني، لأن عنده أن كل واحد من الأباء أب لكل الولد، وكل الولد ابن لكل واحد من الأباء، فبطل ما استشهد به المزني من اشتراك السادة في العبد الواحد.

والثاني: أنه إذا كان بعض الولد ابناً لكل واحد من الأباء، وجب إذا مات أحد الأباء، أن لا يرثه من بعض البنين ما يكون مستحقاً بجميع البنوة، فصح ما قال الشافعي وفسد ما اعتراض به المزني رحمه الله وإذا بطل إلحاق الولد بأباء ثبت استعمال القافة، لأن الناس فيه على قولين: فوجب فساد أحدهما صحة الآخر، وقد استشهد من علم القافة في إلحاق الأنساب، ما يزيل لارتباب به، فقد حكى أن رجلاً شك في ابن له، فسار به إلى ديار بني مدلج ومع الأب أخ له، وهما على راحلتين، والولد ماش، فأعيا، وأقبل صبي منهم فقال له الأب: اردف هذا الغلام بنا، فنظر إليه واليهما ثم قال: أردفه بأبيه، أو بعمه؟ فقال: بأبيه. فأردفه به، فعاد من فوره وزال ما كان في

نفسه. وكالذي رواه عبد الله بن وهب عن أبي لهيعة عن يزيد بن أبي حنيفة عن محمد بن شهاب عن أنس بن مالك قال «لَمَّا وَلَدْتُ مَارِيَةَ الْقَيْطِيَّةَ إِبْرَاهِيمَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانَ فِي نَفْسِهِ مِنْهُ شَيْءٌ بُعِثَ إِلَيْهِ جَبْرِيلُ فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكَ يَا أَبَا إِبْرَاهِيمَ، فَسَلَّمَ، وَذَهَبَ مَا كَانَ فِي نَفْسِهِ. وَكَانَ لِلشَّافِعِيِّ فِرَاسَةٌ، فَحَكَى أَبُو ثَوْرٍ قَالَ: كُنْتُ بِحَضْرَةِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، إِذَا جَاءَ رَجُلٌ فَجَلَسَ بَيْنَ يَدَيْهِ، فَنَظَرَ إِلَيْهِ مَلِيًّا وَقَالَ لَهُ: أَلَمْ أَخُ؟ قَالَ: نَعَمْ. وَلَكِنَّهُ غَائِبٌ فِي الْبَحْرِ مِنْذُ سَنِينَ. فَقَالَ لَهُ: لَعَلَّ هَذَا الْجَائِي فَقَامَ إِلَيْهِ، فَإِذَا هُوَ أَخُوهُ قَدْ قَدِمَ مِنْ سَاعَتِهِ. وَحَكَى أَبُو ثَوْرٍ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، فَجَاءَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: مَا صِنَاعَةٌ هَذَا؟ فَقَالَ: لَا أَعْرِفُ. وَلَكِنْ إِمَّا أَنْ يَكُونَ خِيَّاطًا، أَوْ نَجَّارًا، فَسَأَلْنَا الرَّجُلَ عَنِ صِنَاعَتِهِ، فَقَالَ: كُنْتُ خِيَّاطًا فَصُرْتُ نَجَّارًا.

وقال المصنف: كنت ذات يوم، وأنا جالس بجامع البصرة، ورجل يتكلم فجمعني وأصحابي حضوره، فلما سمعت كلامه، قلت له ولدت بأذربيجان، ونشأت بالكوفة قال: نعم. فعجب مني من حضر. والقيافة، والفراصة، غريزة في الطباع يعان فيها المجهول عليها، ويعجز فيها المصروف عنها، وبالله التوفيق.

بَابُ دَعْوَى الْأَعَاجِمِ وَوَلَادَةِ الشُّرَكَ وَالطِّفْلِ يُسَلِّمُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ادَّعَى الْأَعَاجِمُ وَوَلَادَةَ بِالشُّرَكَ فَإِنْ جَاءُواَنَا مُسْلِمِينَ لَا وَوَلَاءَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَعَثْنَا قَبْلَنَا دَعْوَاهُمْ كَمَا قَبْلَنَا مِنْ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ».

قال الماوردي: وأصل هذا الباب أن حفظ الأنساب ينقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم يجب حفظه وتعيينه، وقسم يجب حفظه ولا يجب تعيينه، وقسم لا يجب حفظه ولا تعيينه.

فأما القسم الأول: الذي يجب حفظه وتعيينه فهي الأنساب التي يستحق بها التوارث، لقربهما وضبط عددها، فحفظها بين المتناسبين فيها واجب لهم، وعليهم على تفضيل النسب وتعيين الدرج، لأنها توجب من حقوق التوارث لهم وعليهم وولاية النكاح بما لا يوصل إلى معرفة مستحقة، إلا منهم فلزمهم حفظه وتعدده.

وأما القسم الثاني: وهو الذي يجب حفظه، ولا يجب تعيينه فهي الأنساب المتباعدة عن التوارث، وتختص بأحكام تأتي من عددها، وهم ذوو رسول الله ﷺ من بني هاشم وبني عبد المطلب، لاختصاصهم بسهم ذي القربى، وتحريم الصدقات المفروضات. عليهم، فعليهم أن يعرفوا أنهم من بني هاشم، ومن بني المطلب على اختلافهم في البطون المتميزة، ليكونوا مشهورين في عشائهم، وإن لم يتعين لهم اتصال أنسابهم، ليعرفهم ولاة الغنى في حقهم. من سهم ذي القربى، ويعرفهم ولاة الصدقات في منعهم منها.

وأما القسم الثالث: الذي لا يجب حفظه، ولا تعيينه فهي الأنساب المتباعدة عن التوارث، ولا تختص بحكم يأتي به من عداها كسائر الأمم، وهل يلزمه إن كان عربياً أن يعرف أنه من العرب؟ على قولين من اختلاف القولين في تمييز العرب من العجم في حكم الاسترقاق، فإن ميزوا فيه عن غيرهم لم يلزمه أن يعرف أنه منهم كما لا يلزم إذا كان من غير العرب أن يعرف أنه من أي الأمم، وأي أجناس العالم.

فصل: فإذا تقرر هذه الجملة فمسألة الكتاب مقصورة على الأنساب التي يجب

حفظها، وتعيينها؛ لاستحقاق التوارث، فإذا كانوا أحراراً لا ولاء عليهم، انقسموا ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونوا مسلمين من ولادة الإسلام.

والثاني: أن يكونوا مسلمين من ولادة الشرك.

والثالث: أن يكونوا مشركين.

فإن كانوا مسلمين من ولادة الإسلام، وهو القسم الأول فعلينا في أنسابهم حقان:

أحدهما: حفظ أنسابهم.

والثاني: أن تعرف فرش ولادتهم؛ لوجوب حرمتهم نطفاً، ومولودين، فإن ادعوا اتصال قواعد أنسابهم، ولم يختلفوا فيها، لزم اعتبارها بفرش ولادتهم، فإن خالفت ما تعارفوا عليه حملوا في أنسابهم على ما أوجه على فرش ولادتهم، وأبطل تصادقهم على ما خالفها، وإن لم يوجد في فرش ولادتهم ما يخالفها، حملوا فيها على تصادقهم، وحفظت عليهم الأنساب التي تصادقوا عليها، ويستوي فيها المتلاصقة كالآباء مع الأبناء، والأنساب المنفصلة، كالإخوة، والأعمام، إذا لم يكن بينهم من الفرش ما يخالفهم، فإن رجعوا بعد التصادق فتكاذبوا، كان التكاذب مردوداً بالتصادق، لأن الإنكار يعلو الإقرار مردود، إلا أن يقدم بينة بخلاف ما تصادقوا عليه، فيحكم بها.

وأما القسم الثاني: وهم المسلمون من ولادة الشرك، فعلينا حفظ أنسابهم، بعد الولادة لحرمتهم بالإسلام، وليس علينا أن نعتبرها بفرش ولادتهم، بسقوط حرمة نطفهم بالشرك، فحملوا في الأنساب على تصادقهم، وتحفظ عليهم بعد التصادق بوجوب حرمتهم موجودين وسقوطها نطفاً.

وأما القسم الثالث: وهم المشركون، فلا يلزمنا حفظ أنسابهم نطفاً، ولا مولودين؛ لسقوط حرمتهم في الحالين، فإذا تصادقوا في أنسابهم لم يعترض فيها عليهم، وكانوا فيها محمولين على تصادقهم وإن تكاذبوا فيها، بطل ما تقدم من تصادقهم، ولم يكن أحد الأمرين فيهم ألزم من الآخر، فإن تحاكموا فيها إلينا، حكمنا بينهم بما يكونون عليه بعد التحاكم من التصادق، أو التكاذب.

فصل: وإذا ثبت ما قررناه من أصول الأقسام في هذين القسمين عموماً وخصوصاً، وحضر منهم من لا رق عليه، ولا ولاء، فادعى نسب لقيط لا رق عليه، ولا ولاء نُظِر في دعواه.

فإن ادعاه ولدأ، سمعت دعواه إذا مكنت، ولحق به ولدأ وناسب جميع من ناسبه مدعيه، من آبائه وأبنائه، وإخوانه، وأعمامه، سواء صدقوه عليه أو خالفوه. فإن كان مسلماً أجري على اللقيط حكم الإسلام ووجب حفظ نسبه في حقه، وإن لم يجب في حق المدعي، وإن كان كافراً فوجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم الإسلام، ويمنع منه قبل البلوغ، لثلا يلقنه الكفر.

والوجه الثاني: يجري على حكم الكفر، ولم يجب حفظ نسبه، لا في حقه ولا في حق المدعي، ولم يمنع منه ما كان في دار الإسلام فإن أراد أن يخرج به إلى دار الحرب، منع منه قبل بلوغه لجواز أن يصف الإسلام، إذا بلغ ولم يمنع من إخراجه بعد بلوغه إذا أجبر على الكفر.

وإن ادعاه أخأ، ولم يدعيه ولدأ، ردت دعواه إن كان أبوه باقياً، وكان الأب أحق بالدعوى منه، وسمعت إن كان ميتاً، ولم يكن لأبيه وارث سواء، ولا يسمع إن ورثه غيره، حتى يتفقوا عليه، ثم إذا سمعت على هذا التفصيل، وألحق به أخأ، صار مناسباً لجميع من ناسبه ممن علا وسفل من عصابات، وذوي أرحام وأجري عليه في الإسلام، والكفر ما ذكرناه.

ولو ادعى نسب بالغ مجهول النسب، لم يثبت عليه رق، ولا ولاء كانت دعواه على تصديقه، فإن أنكر وعدم البينة لم يلحقه نسبه، وإن صدقه لحق به نسبه بالدعوى، والتصديق ولهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يكونوا مسلمين فحفظ نسبهما واجب في الجهتين.

والحال الثانية: أن يكونا كافرين، فحفظ نسبهما غير واجب في الجهتين، إلا أن يكونا في الدعوى قد تنازعا إلى حاكم حكم بينهما بلحوق النسب، فيجب حفظه لتنفيذ الحكم، وإن لم يجب في حق النسب.

والحال الثالثة: أن يكون مدعيه مسلماً. وهو يقر بالكفر، فإن كان مولوداً على الإسلام امتنع أن يكون ولده كافراً، وقيل: الآن أنت بتصديقك له على الأبوة مسلم، وادعائك الكفر يجري عليه حكم الردة. فإن أسلمت وإلا قتلت، وإن كان الأب من ولادة الشرك، وأسلم بعد البلوغ، فاحتمل أن يكون مولوداً له قبل إسلامه، أقر الولد على كفره، ووجب حفظ نسبه في حق أبيه، دون حقه.

والحالة الرابعة: أن يكون مدعيه كافراً، وهو مسلم وليس يمتنع أن يكون للمسلم أب كافر، ولذلك جاز أن يلحق نسبه بكافر ويجري على كل واحد منهما حكم دينه، ووجب حفظ نسبه في حقه، وإن لم يجب في حق الأب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانُوا مِنْ بِلَادِ الشَّرْكِ اسْتَرْقَوْا وَعَلَيْهِمْ رِقٌّ أَوْ أُعْتِقُوا فَثَبَّتَ عَلَيْهِمْ وِلَاءٌ لَمْ يَقْبَلِ إِلَّا بَيْتَهُ عَلَى وِلَادَةٍ مَعْرُوفَةٍ قَبْلَ السَّنِيِّ وَهَكَذَا أَهْلُ حِصْنِ وَمَنْ يُحْمَلُ إِلَيْنَا مِنْهُمْ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في مسي من بلاد الشرك استرقه مسلم وأعتقه فصار له عليه الولاء، ثم قدم من بلاد الشرك من ادعى نسبه، فإن اقترن بدعواه بينة عادلة من المسلمين تشهد له بما ادعاه من النسب على الوجه الجائز في الإسلام، حكم بها وثبت النسب بينهما سواء كان مدعيه يدعي نسباً، أعلى كالأبوة، والإخوة، أو نسباً أسفل كالبنوة.

وإن عدم مدعيه البينة لم يخل حال المدعي ومن عليه رق، أو ولاء من أربعة أحوال:

أحدها: من أن يصدقه على النسب فيثبت النسب بينهما في الأعلى من الأبوة، والأسفل من البنوة.

والحالة الثانية: أن ينكره، أو يكذبه، فلا نسب وليس له إخلاف واحد منهما، أما العتق، فلأن إقراره لا ينفذ مع إنكار معتقه، وأما معتقه فيلتزم الدعوى على غيره.

والحالة الثالثة: أن ينكره المعتق، ويصدقه معتقه. فلا نسب له، وله إخلاف المعتق بعد تصديق معتقه، لأنه لو أقر له بالنسب ثبت

والحالة الرابعة: أن يصدقه المعتق، ويكذبه معتقه. فلا يخلو مدعي النسب من أحد أمرين: إما أن يدعي نسباً أعلى، أو نسباً أسفل. فإن ادعى نسباً أعلى كالأبوة والإخوة، لم يثبت النسب بينهما مع التصديق، الأثر وتعليل:

أما الأثر: فأثران أحدهما ماروى الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلاً إلا ببينة.

والثاني: ما رواه حبيب بن أبي ثابت أن عثمان بن عفان رضي الله عنه جمع أصحاب رسول الله ﷺ واستشارهم في ميراث الحميل، فأجمعوا أن لا يورث حميل إلا ببينة.

فصار هذا الأثر الثاني إجماعاً.

وأما التعليل: فلأن معتقه لما استحق بولائه عليه أن يرثه، وكان لحق النسب يدفعه عن الميراث، لتقديم الميراث بالنسب على الميراث بالولاء، لم يكن لهما إبطال حق بصفة من ميراث الميتين بإقرار مظنون محتمل.

فإن قيل: أفليس لو كان له أخ يرثه؟ فأقر بآبن يحجب أخاه عن الميراث، ثبت نسبه بإقراره. فما الفرق؟ قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الميراث بالولاء نتيجة ملك قد تفرد به بصفة لا يشتركه فيه فلم يقبل في دفعه إقرار عن مشارك فيه. والميراث بالنسب مشترك فجاز أن يثبت بإقرار الشريكين فيه فهذا حكم النسب الأعلى.

فأما دعوى النسب الأسفل: وهو أن يدعي الحميل أن هذا المعتق ابنه، فيصدقه على البنوة ويكذبه معتقه، ففي ثبوت نسبه وجهان:

وقال ابن أبي هريرة قولين:

أحدهما: لا يثبت نسبه مع تكذيب معتقه، كالنسب الأعلى.

والثاني: يثبت نسبه، وإن كذبه معتقه، لانتفاء الضرر عنه لإدخال والده في ولاء معتقه، الذي لا يدخل فيه أهل النسب الأعلى، فلذلك لا يثبت الإقرار بالنسب الأسفل، وإن لم يثبت بالنسب الأعلى.

وسمي حميلاً، لأنه يحمل بنسب مجهول.

فأما قول الشافعي: «فكذا أهل حصن ومن يحمل إلينا منهم». فإنما أراد به الرد على طائفة، قالوا إن الحميل إذا كان من بلد كبير لم تقبل دعواه، لتمكنه من إقامة البيعة، وإن كان من أهل حصن أو دير فتثبت وهما عند الشافعي سواء، لإطلاق الأثر وعموم التعليل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَسْلَمَ أَحَدَ أَبَوَيْ الطِّفْلِ أَوْ الْمَعْتُوهُ كَانَ مُسْلِمًا لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَى الْإِسْلَامِ عَلَى الْأَدْيَانِ وَالْأَعْلَى أَوْلَى أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ لَهُ مَعَ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَعْنَى قَوْلِنَا وَيُرْوَى عَنِ الْحَسَنِ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، فإن اجتمع إسلام الأبوين كان إسلاماً لصغار أولادهما معهما يكون للبالغين العقلاء وهذا إجماع فأما إذا أسلم أحد الأبوين فذهب الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنهما وأكثر الفقهاء إلى أن إسلام كل واحد عنهما يكون إسلاماً لهم سواء كان المسلم منهما أباً، أو أمّاً.

وقال عطاء: يكونون مسلمين بإسلام الأم دون الأب، لأنه من الأم قطعاً ومن الأب ظناً.

وقال مالك: يكون مسلماً بإسلام الأب دون الأم، لرجوعه في النسب إلى أبيه احتجاجاً بقوله تعالى: «إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم

مُقْتَدُونَ ﴿ [الزخرف: ٤٣] . والمراد بالآية الملة، فدلّ على إلحاقه بملة الأب دون الأم.

ولقوله تعالى: ﴿لَتُنذِرَ قَوْمًا مَّا أُنذِرَ آبَاؤَهُمْ﴾ [يس: ٦] فدل على إضافة الأولاد إلى الآباء، دون الأمهات.

ودليلنا قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١] وهم ذرية لكل واحد من الأبوين، فوجب أن يتبعوا لكل واحد من الأبوين. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَوْلَادُ الْمُسْلِمِينَ مَعَهُمْ فِي الْجَنَّةِ، وَهُمْ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ». فدلّ على إسلامهم ولأن الإسلام حق، والكفر باطل، واتباع الحق أولى من اتباع الباطل، ولأن تعارض البيئتين يوجب تغليب أقواهما وأعلاهما، والإسلام أقوى، وأعلى من الكفر، فوجب أن يغلب الإسلام على حكم الكفر لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَجَعَلَ كَلِمَةَ الَّذِينَ كَفَرُوا السُّفْلَىٰ وَكَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا﴾ [التوبة: ٤٠] ولقول النبي ﷺ «الإسلامُ يعلو، ولا يعلو».

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: أي ابن أمة أسلم فديته دية المسلمين وليس يعرف له مخالف.

ويملك عليه أن مسلماً لو تزوج كافرة كان الولد مسلماً، كذلك إذا أسلم بعد أن تزوجها وفيه انفصال عن دليله.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ﴾ [الزخرف: ٤٣] فإنه قاله على وجه الذم لهم، فدل على أن الحق لهم في عدولهم عنه. وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿لَتُنذِرَ قَوْمًا مَّا أُنذِرَ آبَاؤَهُمْ﴾ [يس: ٦] فهو أن الإنذار متوجه إلى الآباء والأمهات، وإن عبر عنه تغليبا لحكم التذكير.

فصل: وأما إذا أسلم الجد، أو الجدة فعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه يكون إسلاماً لهم مع بقاء الأبوين، وعدمهما، لأنهما محجوبان، بمن دونهما للبعضية، التي بينهما كالأبوين..

والوجه الثاني: لا يكون إسلاماً لهم مع بقاء الأبوين وعدمهما لأنهما محجوبان بمن دونهما.

والوجه الثالث: أن يكون إسلاماً لهم مع عدم الأبوين، ولا يكون إسلاماً لهم مع وجود الأبوين، لأنهم بحكم الأقرب أخص منهم بحكم الأبعد، إذا كان باقياً، والموجود دون المفقود إذا كان ميتاً.

بَابُ مَتَاعِ الْبَيْتِ يَخْتَلَفُ فِيهِ الزَّوْجَانِ مِنْ كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ يَسْكُنَانِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا أَوْ بَعْدَ مَا تَفَرَّقَا كَانَ الْبَيْتُ لهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا أَوْ يَمُوتَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا فَيَخْتَلَفُ فِي ذَلِكَ وَرَثَتُهُمَا فَمَنْ أَقَامَ بَيْنَهُ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمِ بَيْنَهُ فَالْقِيَاسُ الَّذِي لَا يُعْذَرُ أَحَدٌ عِنْدِي بِالْغَفْلَةِ عَنْهُ عَلَى الْإِجْمَاعِ أَنَّ هَذَا الْمَتَاعَ بِأَيْدِيهِمَا جَمِيعاً فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَقَدْ يَمْلِكُ الرَّجُلُ مَتَاعَ الْمَرْأَةِ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ مَتَاعَ الرَّجُلِ وَلَوْ اسْتَعْمَلْتُ الظُّنُونَ عَلَيْهِمَا لَحَكَمْتُ فِي عَطَارٍ وَدَبَاغٍ يَتَنَازَعَانِ عِطْراً وَدَبَاغاً فِي أَيْدِيهِمَا بِأَنْ أُجْعَلَ لِلْعَطَارِ الْعِطْرُ وَلِلدَّبَاغِ الدَّبَاغُ وَلَحَكَمْتُ فِيمَا يَتَنَازَعُ فِيهِ مُغْسِرٌ وَمُوسِرٌ مِنْ لَوْلُو بِأَنْ أُجْعَلَ لِلْمُوسِرِ وَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِالظُّنُونَ».

قال الماوردي: إذا كان الزوجان في دار يسكنها، إما ملكاً لهما، أو لأحدهما، أو لغيرهما. فاختلف في متاعها الذي فيها من آلة، ووسط وفرش، ودراهم، ودنانير، وادعاه كل واحد منهما لنفسه، أو ماتا فاختلف فيه ورثتهما أو مات أحدهما. فاختلف فيه الباقي وورثة الميت، أو كان ذلك في أخ، أو أخت، وكانا يسكنان داراً، اختلفا في متاعها. فكل ذلك سواء.

فإن كان لأحدهما بيعة بملك ما ادعاه، حكم بها، وإن عدما البيعة مع اختلافهما فيه، فهما مشتركان في اليد حكماً، ويد كل واحد منهما على نصفه، فيتحالان عليه ويجعل بينهما بعد أيمانها نصفين، ويشتركان فيما يختص بالرجال. كالعمائم، والطيايسة، والأقبية والسلاح.

وفيما يختص بالنساء كالحلى، والمقانع، ومصبغات الثياب، وقمص النساء.
وفيما يصلح للرجال، والنساء، من البسط، والفرش، والآلة، ولا يختص الرجال بالآلة الرجال، ولا النساء بالآلة النساء، ويستوي فيها يد المشاهدة، ويد الحكم.
ويد المشاهدة أن يكون مقبوضاً في أيديهما، ويد الحكم أن يكون في ملكهما.

وقال سفيان الثوري: يجعل ما يختص بالرجال للرجال، وما يختص بالنساء للنساء، في يد المشاهدة ويد الحكم.

وقال أبو حنيفة: إن كانت أيديهما يد مشاهدة كانت بينهما، وإن كان يد حكم، كان ما يختص بالرجال للزوج، وما يختص بالنساء للزوجة. وما يصح لكل واحد منهما يكون للزوج دون الزوجة، فإن ماتا قام ورثتهما مقامهما. وإن مات أحدهما، وبقي الآخر كان القول في جميعه قول الباقي منهما، فصار مخالفاً لنا في خمسة أشياء:

أحدها: في يد المشاهدة، ويد الحكم، وفرق بينهما وهما عندنا سواء.

والثاني: فيما يختص بالرجال جعله للزوج، وهو عندنا بينهما.

والثالث: ما يختص بالنساء جعله للزوجة، وهو عندنا بينهما.

والرابع: فيما يصلح لهما جعله للزوج، وهو عندنا بينهما.

والخامس: في موت أحدهما جعله للباقي منهما، وهو عندنا بينهما.

وقال أبو يوسف: القول قول المرأة، فيما جرت العادة، أن يكون جهازاً لمثلها، وقول الزوج فيما جرت العادة أن يكون له فيه. وقال زفر بما ذهبنا إليه، وهو في الصحابة قول ابن مسعود رضي الله عنه، واستدل أبو حنيفة ومن وافقه في تفصيل المتاع وتمييزه على الفرق في المشاهدة بين يد المشاهدة ويد الحكم، أن يد كل واحد منهما في المشاهدة على نصفه، وفي الحكم على جميعه. بدليل أن مدعياً لو ادعاه في يد المشاهدة لم يكن له أن يدعي جميعه إلا عليها ولم يجز أن يختص أحدهما بالدعوى دون الآخر، ولو ادعاه في يد الحكم جاز له أن يدعي جميعه على كل واحد منهما، فدل على أن يد المشاهدة، يد على نصفه، ويد الحكم يد على جميعه، فافترقا فلذلك ما افترقا فيه، إذا تنازعا، واستداما على التفصيل في يد الحكم، فإن منع منه في يد المشاهدة، فإن يد الحكم أقوى من يد المشاهدة، في استيلائهما في الحكم، على جميعه واختصاصها في المشاهدة على نصفه، فلما وقع الترجيح في يد المشاهدة بين راكب الدابة، وقائدها، في جعل الدابة لراكبها دون قائدها، اعتباراً بالعرف، كان الترجيح في يد الحكم، باعتبار العرف أولى.

وربما حرروا قياساً، وقالوا: كل يد ثبت بها الاستحقاق، جاز أن يقع فيها الترجيح قياساً على يد المشاهدة، واستدلوا على أن الأثاث، وآلته، مختص بالزوج دونها فإنه السابق إلى اقتنائه، والمنفرد بابتياعه، فصار فيه أرجح، فاخص به دونها واستدلوا على أن الحي منهما، أحق به من ورثة الميت، فإنه أسبق يداً، وأقوى

تصرفاً، وأظهر علماء، واستدلوا بأن الحادثة، إذا حاذها أصلان ألحقت بأقواهما شبيهاً بها، كالأحكام الشرعية.

ودليلنا عليهم في الجميع حديث عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ قال: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وكل واحد منهما مع اشتراكهما في اليد مدعى، ومدعى عليه.

ولأنه أثر مروى عن ابن مسعود ولم يظهر له في الصحابة مخالف، فصار كالإجماع.

ولأن الاشتراك في اليد يمنع من الترجيح بالعرف. قياساً على يد المشاهدة.

ولأن ما لم يترجح به يد المشاهدة، لم يترجح به يد الحكم، كتنازع الدبّاغ، والعطّار في عطره، ودياغته.

ولأن ما يسقط فيه اعتباراً بالعرف في اليد المفردة، سقط فيه اعتباره في اليد المشتركة، كالغني، والفقير، في اللؤلؤ، والجوهر. ولو كان العرف مع اشتراك اليد معتبراً، لأوجب تنازع العطار، والدبّاغ في العطر والدباغة أن يجعل العطر للعطار والدباغة للدبّاغ، وفي تنازع الغني، والفقير، في اللؤلؤ والجوهر أن تجعل للغني دون الفقير، وفي أمثال ذلك من آلات الصنّاع، وهم لا يقولونه فكذلك في أثاث البيت، وهذا إلزام لا يتحقق عنه انفصال ويد المشاهدة، تدفع جميع ما استدلوا به.

فأما الجواب عما قالوه أن يد الحاكم توجب استيلاء كل واحد منهما على جميعه، استشهاداً بما ذكره، فهي أنها دعوى نخالفهم فيها، وليس لكل واحد منهما في يد الحكم، أن يدعيه إلا عليها، ولا يدعيه على أحدهما، وإنما يختص كل واحد منهما بدعوى نصفه، كاليد المشاهدة فبطل احتجاجهم به، ثم لما صارت يد كل واحد منهما على جميعه، أن يكون موجباً لتفرد أحدهما ببعضه، وعكسه في يد المشاهدة أشبه، لتفرده باليد على البعض.

وأما الجواب على ما استدلوا به من راكب الدابة، وقائدها، فهو أن أصحابنا قد اختلفوا فيه على وجهين:

أحدهما: أنهما فيه سواء، فسقط الاستدلال.

والوجه الثاني: أن الراكب أحق بها من القائد، لأن للراكب مع اليد تصرفاً، ليس للقائد كلابس الثوب، وممسكه يكون اللابس أحق به من الممسك.

وأما الجواب عما استدلوا به من الأثاث، من سبق يد الرجل عليه فهو أنها دعوى مدفوعة، لجواز أن تسبق يد المرأة عليه بصنعة أو ابتياع من صانع، ولأن المرأة

تقد ترث متاع الرجل، والرجل قد يرث متاع النساء، وإن كان في ميراث متاع الرجال، ومتاع النساء، فلا يكون لأحدهما عليه يد سابقة، ولا ينفرد أحدهما بمتاع جهة دون صاحبه.

وأما الجواب عن استدلالهم بترجيح الأحكام الشرعية، فهو أن تعارض الأصول في الأحكام يوجب تغليب الأشبه، لاعتبار الشبه فيه إذا انفرد، ولما كانت الأملاك لا يعتبر فيها شبه العرف في اليد المنفردة، لم يعتبر في اليد المشتركة، كما لا يعتبر في يد المشاهدة.

فصل: إذا ثبت ما ذكرناه في تساوي الزوجين، في متاع البيت، تحالفا عليه عند عدم البينة، وحلف كل واحد منهما على نصفه، لأنه يحلف على ما في يده، ولا يحلف على ما في يد صاحبه.

وقال أبو حنيفة: يحلف كل واحد منهما على جميعه، لأن عنده أن يد كل واحد منهما على جميعه، وهذا فاسد، لأن اليد ما اختصت بالشيء، ومن الممتنع أن يختص كل واحد منهما بكل المتاع.

فإن قيل: ليس يمتنع هذا كما لم يمتنع في الرهن، إذا أوجب أن يكون لكل واحد من المرتهين، والمستأجر يد على جميعه.

قيل: يدهما في الرهن مختلفة، لأن المرتهن مستوثق بالرقبة، والمستأجر مستوثق بالمنفعة، ويدهما في متاع البيت متفقة، فامتنع في متاع البيت وإن لم يمتنع في الرهن.

وإذا أوجب بما ذكرناه أن يحلف كل واحد منهما على نصفه، لا على جميعه فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يحلفا، فيجعل بينهما ملكاً.

والحال الثانية: أن ينكلا فيجعل بينهما يداً.

والحال الثالثة: أن يحلف أحدهما وينكل الآخر، فيحكم للحالف بالنصف، ويكون النصف الذي في يد الناكل ترد اليمين فيه على الحالف فإن حلف اليمين الثانية في الرد، حكم له بالجميع، نصفه بيمينه على ما في يده، ونصفه بيمين الرد بعد نكول صاحبه، وإن امتنع في يمين الرد لم يحكم له، إلا في النصف الذي حلف بيمين اليد وكان النصف الذي في يد الناكل مقراً عليه. والله أعلم بالصواب.

بَابُ أَخْذِ الرَّجُلِ حَقَّهُ مِمَّنْ يَمْنَعُهُ إِيَّاهُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَانَتْ هِنْدُ زَوْجَةَ لِأَبِي سُفْيَانَ وَكَانَتْ الْقِيَمَ عَلَى وَلَدِهَا لِصِغَرِهِمْ بِأَمْرِ زَوْجِهَا فَأَذِنَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَمَّا شَكَتْ إِلَيْهِ أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ مَا يَكْفِيهَا وَوَلَدَهَا بِالْمَعْرُوفِ فَمِثْلُهَا الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ الْحَقُّ عَلَى الرَّجُلِ فَيَمْنَعُهُ إِيَّاهُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ حَيْثُ وَجَدَهُ بِوَزْنِهِ أَوْ كَيْلِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ كَانَتْ قِيَمَتُهُ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا بَاعَ عِرْضَهُ وَاسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ حَقَّهُ فَإِنْ قِيلَ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَدِّ إِلَى مَنْ ائْتَمَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» قِيلَ إِنَّهُ لَيْسَ بِثَابِتٍ وَلَوْ كَانَ ثَابِتًا لَمْ تَكُنِ الْخِيَانَةُ مَا أذِنَ بِأَخْذِهِ ﷺ وَإِنَّمَا الْخِيَانَةُ أَنْ أَخْذَ لَهُ دِرْهَمًا بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ دِرْهَمِي فَأَخُونَهُ بِدِرْهَمٍ كَمَا خَانَنِي فِي دِرْهَمِي فَلَيْسَ لِي أَنْ أَخُونَهُ بِأَخْذِ مَا لَيْسَ لِي وَإِنْ خَانَنِي».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وهو أن يكون لرجل على رجل دين، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون على مقر ومليء يقدر على أخذه منه متى طالبه به، فلا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه من مال الغريم بغير إذنه، وإن أخذه كان آثماً، وعليه رده، وإن كان جنس دينه، لأن لمن عليه الدين أن يقضيه من أي أمواله شاء، ولا يتعين في بعضه، ويجري على ما أخذه حكم الغاصب، على أن يرد ما أخذه، وله أن يطالب بما وجب له، ولا يكون قصاصاً، لأن القصاص يختص بما في الذم، دون الأعيان.

والضرب الثاني: أن لا يقدر صاحب الدين على قبض دينه، فهو ضربان:

أحدهما: أن يقدر على أخذه منه بالمحاكمة.

والثاني: أن يعجز عنه.

فإن عجز عن أخذه منه بالمحاكمة، وذلك من أحد وجهين: إما لامتناع الغريم بالقوة، وإما لجحوده مع عدم البيئة، فيجوز لصاحب الدين أن يأخذ من مال غريمه

قدر دينه سرأ، بغير علمه . فإن قدر عليه من جنس حقه، لم يتجاوز إلى غيره . وإن لم يقدر عليه من جنسه، جاز أن يعدل إلى غير جنسه، سواء كان من جنس الأثمان ومن غير جنسها، وإن قدر صاحب الدين على أخذه بالمحاكمة، وعجز عنه بغير المحاكمة، وذلك لأحد وجهين إما لمطله مع الإقرار، أو الإنكار مع وجود البينة فهو على ضربين :

أحدهما: أن يقدر على أخذ دينه سرأ من جنسه، فيجوز أخذه منه بغير علمه، لأن إحواجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم .

والضرب الثاني: أن لا يقدر على أخذه، إلا من غير جنسه ففي جواز أخذه سرأ بغير علمه وجهان :

أحدهما: يجوز تعليلاً بما ذكرناه من عدوان الغريم، وهو قول من زعم أن لصاحب الدين، أن ينفرد ببيعه من غير حاكم .

والوجه الثاني: ليس له أخذه إلا بالمحاكمة لقدرته عليه بما يزول عنه الهم، وهو قول من زعم أن صاحب الدين لا يجوز له بيعه، إلا بالحاكم فهذا شرح مذهبننا .

وقال أبو حنيفة: إن قدر على أخذ دينه إذا لم يصل إليه من غريمه، أن يأخذ من جنسه، جاز له أن يأخذ شيئاً من ماله، وكذلك لو كان دينه دراهم فوجد دنانير، أو دنانير فوجد دراهم، لأنها من جنس الأثمان، وإن تنوعت، وإن لم يقدر عليه إلا من غير جنسه في الأمتعة والعروض لم يكن له أخذه، احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَدْ الْأَمَانَةَ لِمَنْ ائْتَمَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» . وبقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ» ولأنه مال لا يجوز لأحد أن يملكه، فلم يجز أن يأخذه قياساً على ما في يد الغريم من رهون، وودائع .

ولأنه إذا أخذه من غير جنس حقه لم يحل أن يأخذه لأنه [إما أن] يملكه أو يبيعه، فلم يجز أن يملكه لأنه من غير جنس حقه، ولم يجز أن يبيعه، لأنه لا ولاية له على بيعه . فبطل أن يكون له حق في أخذه .

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لِصَاحِبِ الْحَقِّ يَدٌ وَمَقَالٌ» . فكانت اليد على العموم .

وروي الشافعي عن عياض عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن هند امرأة أبي سفيان قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح، وأنه لا يعطيني ما يكفيني، وولدي، إلا ما أخذت منه سرأ . فقال النبي ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ» .

ولأن من الحقوق المختلفة ما يتعذر وجود جنسها في ماله، فدل على جواز أخذه من غير جنسه ومن جنسه، ولأن من جاز له أخذ دينه من جنسه جاز له أخذه مع تعذر الجنس أن يأخذ من غير جنسه قياساً على أخذ الدراهم بالدنانير، والدنانير، بالدراهم. ولأن من جاز أن يقضى منه دينه، جاز أن يتوصل مستحقه إلى أخذه، إذا امتنع بحسب الممكن قياساً على المحاكمة.

فإن قيل: فالحاكم يجبر على البيع ولا يبيع عليه.

قيل: عندنا يبيع عليه في دينه، إذا امتنع من بيعه سواء، كان ماله عروضاً، أو عقاراً. وحكي عن أبي حنيفة: أنه منع من بيع العقار في الديون، وهو عندنا مبيع عليه، في الحالين جبراً، لأن جميع الديون تقضى من جميع الأموال كدين الميت. وأما الجواب عن قولهم: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ» فهو أن حمله على أن لا يدفع صاحب الدين من دينه، وهو مظلوم، أولى من حمله على من عليه الدين، وهو ظالم. وأما الجواب عن قوله: «أَدْ الْأَمَانَةَ لِمَنْ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ». وهو أن الأمانة هي الوديعة، تؤدي إلى مالها، وليس مال الغريم وديعة، يكون أمانة وقوله: «وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» فليس مستوفى حقه خائناً، فلم يتوجه إليه الخطاب.

فإن قيل: فما معنى الخبر. قيل: يحمل معناه مع ضعفه، عند أصحاب الحديث، على أحد وجهين: إما على الأعراض، إذا هتكت والحقوق إذا بطلت وإما على الودائع، إذا جحدت ثم أديت.

وأما قياسه على ما في يده من رهون وودائع، فتلك لا يملكها فلم يجز أن تؤخذ في دينه، وهذا ما له فجاز أن يؤخذ من دينه.

وأما الجواب عن استدلالهم بالتقسيم في أخذه ملكاً، أو مبيعاً فإنه ينقسم يؤخذ في أخذ الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم، ولا يمنع جوازه، فكذلك في غيره على أن لنا في البيع ما سنذكره.

فصل: فإذا ثبت أن له أخذه من جنسه، ومن غير جنسه.

قيل له: إن قدرت عليه من جنس حقه، لم يكن لك أن تعدل إلى غير جنسك. وكنت في أخذه من غير جنسه متعدياً فإن كان حقه دراهم لم يكن لك أن تأخذه إلا دراهم، وإن كان حقه دنانير، لم يكن لك أن تأخذه إلا دنانير، وكذلك إن كان حقه بُراً، أو شعيراً أخذت جنس حقه من البر، والشعير.

وله أن يبيع بوزنه، وكيله ويصير بأخذه في ضمانه، وعلى ملكه

وإن تعذر عليه جنس حقه وعدل إلى غير جنسه جاز فإذا أخذه ففي حكم يده وجهان أحدهما أنها يد أمانة، لا توجب الضمان، حتى تباع فيستوفي حقه منه كالرهن.

فعلى هذا لو تلف في يده قبل بيعه، كان حقه باقياً، وجاز أن يعود إلى مال الغريم ثانية، فيأخذ منه بقدر دينه.

والوجه الثاني: أن يده ضامنة لما أخذه قبل بيعه، وبعده بخلاف الرهن، لأن الرهن عن مرضاة، وهذا عن إجبار.

فعلى هذا إن تلف في يده كانت قيمته قصاصاً عن دينه إذا تجانسا على الصحيح من المذهب.

وإذا كان ما أخذه باقياً، لم يكن له أن يستبقه في يده رهناً، لأن الرهن عقد لا يتم إلا عن مرضاة تبذل، وقبول فإن استبقاه مع القدرة على بيعه، وأخذ حقه من ثمنه، ضمنه وجهاً واحداً ولا يجوز أن يملكه من غير بيعه، فإذا أراد بيعه في حقه، فلأصحابنا فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أكثرهم، يجوز أن يتولى بيعه بنفسه، لتعذر بيع الحاكم له، إذا تعذرت البيعة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا يجوز أن يتولى بيعه بنفسه، لامتناع أن يتفرد ببيع ملك غيره في حق نفسه كالرهن ويتوصل إلى بيع الحاكم له، بأن يأتمن عليه رجلاً، ويحضره إلى الحاكم، ويدعي عليه أن له ديناً على غريم وقد أؤتمن هذا على ما في يده أن يبيعه في ديني، وأسأل إلزامه بيع ذلك، وإلزامه قضاء ديني من ثمنه ويعترف الحاضر بما ادعاه من الدين وائتمانه على ما في يده. لبيع في دينه، فيأمر الحاكم ببيعه ولا يلزمه أن يسأله الحاكم مع يده واعترافه عن جملة الدين، وله ملك العين، فيصح البيع بإذنه، ويصل صاحب الدين إلى حقه من ثمنه، وقد حكى عن أبي علي بن أبي هريرة غير هذا، وأنه يتوصل إليه بأن يدعي الدين على المدفوع ذلك إليه، ويوافق على إقراره، وأن ما بيده ملكه، حتى يأمره الحاكم ببيعه، وهذا كذب صراح والأول محال محتمل، وذكر صريح الكذب حرام وكذا التحيل الموضوع يتنزه عنه أهل الورع والتحرج فدعت الضرورة إلى استعمال الوجه الأول. والله أعلم بالصواب.