

كتاب الدعوى

قال: (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سبباً داعياً إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب. ثم إن هاهنا أموراً من دأب الشراح بيان أمثالها في أوائل الكتب، وهي معنى الدعوى لغة وشرعاً وسببها وشرطها وحكمها ونوعها، فقال صاحب العناية: وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي عرف الفقهاء: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة. أقول: هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها، إذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء؛ ألا يرى أن كل شيء مباین لصحته لكونها وصفاً مغايراً له وليس بمباين لنفسه قطعاً غاية ما لزم هاهنا أن يكون صحة الدعوى مشروطاً بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه، فإن صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائماً وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل: وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيع، لأن دعوى المدعي لا تخلو إما أن تكون أمراً راجعاً إلى إبقاء نسله أو أمراً راجعاً إلى بقاء نفسه وما يتبعهما، وكلاهما قد ذكرا. وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء، لأن الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعي عليه جواب المدعي. ومن شرائط صحتها أيضاً أن يكون دعوى المدعي على خصم حاضر، وأن يكون المدعي به شيئاً معلوماً، وأن يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضراً وأن يكون المدعي به مجهولاً، لأن عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو أن يدعي أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره، فإن القاضي لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر آخر لأنه يمكنه عزله في الحال. وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا، ولهذا وجب على القاضي إحضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب. وأما أنواعها فثيخان: دعوى صحيحة، ودعوى فاسدة. فالصحيحة ما يتعلق بها أحكام وهي إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر، وفي مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدعي بالبينة أو بالنكول، والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الأحكام، وفساد الدعوى بأحد معنيين: إما أن لا يكون ملزماً للخصم شيئاً وإن ثبتت على ما قلنا من أن يدعي على غيره أنه وكيله. والثاني أن يكون مجهولاً في نفسه والمجهول لا يمكن

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة. وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره. وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته. وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات، لأن المدعي به إما أن يكون راجعاً إلى النوع أو الشخص. وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعي به وكونه ملزماً على الخصم، فإن ادعى على غائب لم تسمع، وكذا إذا كان المدعي به مجهولاً لعدم إمكان القضاء. ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لإمكان عزله في الحال. وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على

كتاب الدعوى

قوله: (وهي مطالبة حق الخ) أقول: فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة.

بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه، فمنها ما قال في الكتاب

إثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى. أقول: في تحريره نوع اختلال واضطراب، فإن قوله وأما شرط صحتها على الخصوص إلى قوله وأن يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطاً أربعة: وهي مجلس القضاء، وحضور الخصم، وكون المدعي به شيئاً معلوماً وأن يتعلق به حكم على المطلوب. ويقتضي هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهي: انتفاءات هذه الشروط الأربعة، وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضراً إلى قوله لأنه يمكنه عزله في الحال يشعر بأن فسادها إنما هو بأمور ثلاثة، وهي عدم حضور الخصم، وأن يكون المدعي به مجهولاً، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على أن المعروف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ كما في قوله إن الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو: الكرم التقوى. والإمام من قرئش على ما عرف في علم العربية، وأن قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الأمرين لا غير، لأن إضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربني زيداً في الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني في شروح التلخيص، ثم إن قوله وأما أنواعها فشيئان لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطة (قال) أي القدوري في مختصره (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في متنه: المدعي من لا يجبر على الخصومة، وقال في شرحه لم يقل إذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لأنه غير مجبور حالتي الترك والفعل، والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى. أقول: فيه بحث إذ على تقدير ترك قبل الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعي بالمدعى عليه حالة الفعل فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصوّر الجبر على الفعل حالة حصوله. وأما إيهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أي بين المدعي والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فإن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١) والإنسان قد يكون مدّعياً صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أي في الفرق بينهما (فمنها ما قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري (وهو حدّ عام صحيح، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة) وهي البينة أو الإقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس بإقرار كما سيعلم في باب اليمين (كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد). قال صاحب العناية: وهو ليس بعام: أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة انتهى. أقول: يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين: أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة قول المودع

الخصم بالنفي أو الإثبات. وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعاً للفساد المظنون ببقائها، وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة. قال (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لا تحصل إلا من مدّع على مدعى عليه؛ فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، فإن النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فلا بد من معرفتهما. وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه. فمنها ما قال في الكتاب: يعني القدوري: المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة، وهو حدّ عام صحيح. وقيل: المدعى من لا يستحق إلا بحجة: يعني البينة أو الإقرار كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله

قوله: (إما أن يكون واجباً إلى النوع) أقول: كما في دعوى النسب قوله: (بل من حيث) أقول: للتعليل.

وهو حدّ عام صحيح. وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من

مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة، وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئاً، فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة. ثم أقول: يمكن الجواب عن الوجهين معاً بأنه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعاني دون الصور، فلهذا أن المودع إذا قال رددت الوديعة فالحق مع اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة، فحيث لا ضير في عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة لعدم كونه مدعياً حقيقة أو معنى. ويمكن جواب آخر عن الوجه الأول بأن المودع من حيث أنه مدّع ردّ الوديعة لا يستحق إلا بحجة، وأما استحقاقه بقوله فإنما هو من حيث أنه مدعى عليه، وبالجمله قيد الحيثية معتبر. وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور: ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى. أقول: ويمكن الجواب عن هذا أيضاً بأن دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه، بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق، فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقاً بقوله، وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقاً بقوله من غير حجة، فإنه إذا قال هو لي كان مستحقاً له ما لم يثبت الغير استحقاقه. فإن قلت: صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقاً بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع أن استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقياً على ما كان عليه قبل الدعوى. قلت: هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضاً بأن يقال: المراد بمن يكون مستحقاً بقوله من يكون ثابتاً على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقاً مجازاً ثابتاً على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد، ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى: ﴿اهدنا الصراط المستقيم﴾ [الفاتحة: ٥] من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم؛ فالذي يلزم حيثن من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا أن يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه. وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: قد مرّ في الدرس السابق أو لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء، مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً بقوله إيماء إلى دفع هذا الكلام، لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات اهـ. أقول: في كل من شقي جوابه نظر: أما في شقه الأول فلأننا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب

من غير حجة كذي اليد، وهو ليس بعام: أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة، ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره. وقيل: المدعى من يلتزم غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وبمعناه قول من قال: المدعى كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً، والمدعى عليه من ادعى ظاهراً وقرار الشيء على ماهيته، والظاهر كون الأملاك في يد الملاك وبراءة الذمم، فالمدعى هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه، ولعله منقوض بالمودع، فإنه مدعى عليه وليس بتمسك بالظاهر، إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ولهذا قلنا: إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالحق لرب المال، لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم

قوله: (بمعنى البينة أو الإقرار) أقول: أي بإقرار المدعى عليه قوله: (لعدم تناوله صورة المودع) أقول: إذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة حيث يقبل قوله أيضاً مع يمينه بل هو لا يستحق لشي وهذا هو الأولى في توجيه النقض قوله: (إذا ادعى رد الوديعة) أقول: فإنه لا يستحق لشي قوله: (ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه الفخ) أقول: قد مرّ في الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً إيماء إلى دفع هذا الكلام لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات.

غير حجة كذى اليد، بقوله من غير حجة كذى اليد، وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من

السابق، ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتأمل. وأما في شقه الثاني فإنه لا يذهب على من له درية بالعلوم الأدبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقاً بقوله في إفادة التجدد والحدوث، لأن صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعاً، وكون الخبر اسماً في الثانية مما لا مدخل له في إفادة الدوام والثبات أصلاً، على أن الثقات من محققي النحاة كالرضى وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص، إما ماضياً أو حالاً أو استقبلاً، فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال. وقال الفاضل الرضى: وذهب بعضهم إلى أن كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي، وشبهته قوله تعالى: ﴿وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعاً بَصِيراً﴾ [النساء: ١٥٤] وذهل أن الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعاً بصيراً لا من لفظ كان؛ ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائماً فاستيقظ، وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضاً. وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائماً أو منقطعاً ردّ على ذلك القائل يعني أنه يجيء دائماً كما في الآية، ومنقطعاً كما في قولك كان زيد قائماً، ولم يدل لفظ كان على أحد الأمرين بل ذلك إلى القرينة، إلى هنا كلامه. فقد تقرر من هذا أنه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين، وإنما ذهب إليه بعض ذهبوا. وأم الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب إليه أحد قط، فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية، نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر). قال صاحب العناية: ولعله متقوض بالموعد فإنه مدعى عليه، وليس بمتمسك بالظاهر إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ولهذا قلنا: إذ ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدّع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان هـ. أقول: فيه بحث، إذ لا نسلم أن الموعد من حيث هو مدعى عليه ليس هو بمتمسك بالظاهر. قوله إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر. قلنا: مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه، بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر، وكذا لا نسلم أنه من حيث هو مدّع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتزم بغير الظاهر وهو ردّ الوديعة. والحاصل أن صاحب العناية زعم حيثية كون الموعد مدعياً حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد النقض على تعريفهما، وليس الأمر كما زعمه، كيف ولو تم ما زعمه لو ردّ النقض بالموعد إذا ادعى ردّ الوديعة على التعريف الأول أيضاً بأنه مدّع ردّ

الضمان. وقال محمد: في الأصل: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله ﷺ «اليمين على من أنكر» وروي «اليمين على المدعى عليه» لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا: يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحدهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، فإن الموعد إذا قال رددت الوديعة فهو يدّعي الرد بصورة، فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة، وإذا عجز عنها اعتبر معناها، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه. قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره الخ) قد ذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يمينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحطّة وغير ذلك، وقدره مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كراً، لأن فائدة الدعوى الإلزام بإقامة الحجة، والإلزام في المجهول غير متحقق، فإن كان المدعى به عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة

قوله: (ولعله متقوض بالموعد الخ) أقول: ويندفع باعتبار قيد الحيثية في كلا التعريفين.

يتمسك بالظاهر. وقال محمد رحمه الله في الأصل: المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور، فإن المودع إذا قال رددت

الوديعة ويجبر على الخصومة مع أنهم اتفقوا على أنه حدّ عام صحيح. ثم إن ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضاً فيما إذا ادعى المودع رد الوديعة، وأما على تقدير أن كان الاعتبار هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلاً. واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية هاهنا حيث قال: فيه كلام، وهو أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل، بل إنما هي مجرد إنكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته، بخلاف صورة الدين، وأشير إلى هذا في الكافي ١ هـ. أقول: نعم قد أشير إليه، بل صرح به في الكافي وعامة الشروح. والظاهر أن صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال، ولكن في عهده حفظ مال الوديعة، إذ قد تقرر في كتاب الوديعة أنها عقد استحقاق، وأن حكمها وجوب الحفاظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ، والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه، ويتم مراده. وأما قوله ولهذا قلنا إذا ادعى المدينون براءة ذمته بدفع الدين الخ، فيجوز أن يكون مبنياً على مجرد الاشتراك بين المسألتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، وإن كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في إحداهما بالمال وفي الأخرى بالحفظ، فالذي يقطع عرق إيراد صاحب العناية هاهنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله: في الأصل المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي ﷺ «واليمين على من أنكر»^(١) وروي «اليمين على المدعى عليه»^(٢) (لكن الشأن في معرفته) أي معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أي بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصورة فإن المودع

إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط نفيًا للجهالة، وذلك في المنقول بالإشارة لأن النقل ممكن، والإشارة أبليغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين فيها ممكن، فإذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهمًا مثلاً أشخص إليه، لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك، فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم: أي أجمعوا. والأصل فيه قوله تعالى ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ إلى قوله ﴿بل أولئك هم الظالمون﴾ سماهم ظالمين لإعراضهم عن الطلب، فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره، ولزم عليه إحضار المدعي به لما قلنا من الإشارة إليها، ولزم عليه اليمين إذا أنكره وعجز المدعي عن إقامة البينة، وسنذكره: أي وجوب اليمين عليه في

قوله: (يعني إذا تعارض الجهتان الخ) أقول: المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي.

(١) حسن لشواهد. أخرجه أبو داود ٣٦١٩ والبيهقي ٢٥٢/١٠ والدارقطني ١١٠/٣ كلهم من حديث أبي هريرة: «البيئة على من ادعى، واليمين على من أنكر إلا في القسامة».

وكرره الدارقطني ١١١/٣ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بأسانيد ضعاف. وأخرجه البيهقي ٢٥٢/١٠ من حديث ابن عباس بلفظ «لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البيئة على المدعي، واليمين على من أنكر». وأصله في البخاري ٤٥٥١ ومسلم ١٧١١ والنسائي ٢٤٨/٨ والشافعي ١٨١/٢ والبيهقي ٢٥٢/١٠ وأحمد ٣٤٣/١، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣ كلهم من حديث ابن عباس. ولفظه: «لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وأخرجه البخاري مسلم مختصراً بلفظ «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه» فهذا شاهد للحديث.

(٢) رواه البخاري ومسلم بهذا اللفظ، وهو عجز حديث، وتقدم تخريجه في الذي قبله.

الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان. قال: (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره) لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق فإن كان

إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين. قال صاحب العناية: يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحدهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة، فلو أقام على ذلك بينة قبلت، والقول له مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة، وإذا عجز عنها اعتبر معناها، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه هـ. أقول: شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح. أما أولاً فلأنه غير مطابق للمشروح لأن قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في أن المعتبر هو المعاني لا غير، وقول صاحب العناية: فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه مخالف له لأنه صريح في أن الصورة أيضاً معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح إحدهما على الأخرى. وأما ثانياً فلأن أول هذا الشرح مخالف لآخره، فإن قوله في الأول إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحدهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، صريح في أن المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة، وقوله في الآخر فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناها، صريح في أن كلتا الجهتين معتبرتتان. ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية هاهنا وتبيين مراده فقال: المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي هـ. أقول: هذا أيضاً غير صحيح. أما أولاً فلأن الشرح لا يطابق المشروح حيث أنه أيضاً، فإن قول المصنف لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة يدل قطعاً على أن المراد بالصورة هاهنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيداً للادعاء في قوله وإن كان مدعياً للرد صورة. وأما ثانياً فلأنه لا معنى للتعارض بين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي، لأنه إما أن يراد بالتعارض هاهنا مجرد التخالف في الحقيقة أو التنافي في الصدق، وكلاهما غير متحقق بين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي. أما عدم تحقق الأول بينهما فظاهر، وأما عدم تحقق الثاني بينهما فلأن المنكر المعنوي فيما إذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان، والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد، ولا تنافي بين إنكاريهما في الصدق لجواز أن يصدق معاً بأن لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة في يده من غير تعدد منه، فإذا لم يتحقق شيء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان في قوله: يعني إذا تعارض الجهتان. وأيضاً إنما يتصور التعارض بين الشيتين عند اجتماعهما في محل واحد، ومحل الإنكار الصوري مغاير لمحل الإنكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما، بخلاف الادعاء الصوري والإنكار المعنوي فإنه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الأول قطعاً، ومحلها واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعاً للتعارض ونعم ما قيل ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر. ثم إن الحق عندي أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف، وهو أنه إذا تعارضت الجهتان: أي جهة الادعاء الصوري وجهة الإنكار المعنوي فالترجيح بالفقه:

آخر هذا الباب. قال (وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها (ليصير المدعي به معلوماً) وذكر الوصف ليس بكاف (لأن العين لا تعرف بالوصف) وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر، فذكره في تعريفها غير مفيد (والقيمة) شيء (تعرف به) العين فذكرها يكون مفيداً، وقوله (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف: يعني والحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبه لا يخفى (وقال

عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار

أي بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعياً للرد صورة، وأن يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة: إنما تقبل بينة المودع إذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه، فإن البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه، منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال: إن المرأة تدعي الزيادة، فإن أقامت بينة قبلت، وإن أقام الزوج تقبل أيضاً لأن البينة تقبل لدفع اليمين كما إذا أقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل ١ هـ. فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) أي القدوري في مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه) كالدرهم والدنانير، والحنطة وغير ذلك (وقدوره) مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كراً. واعلم أن هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين، فإن العين إذا كانت حاضرة تكفي الإشارة إليها بأن هذه ملك لي، وإن كانت غائبة يجب أن يذكر قيمتها على ما سيفصل. فإن قلت: عبارة الكتاب لا تدل على التقييد. قلت: نعم، إلا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان، ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه إيضاحاً للمقام. وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة (لأن فائدة الدعوى الإلزام) أي الإلزام على الخصم (بواسطة إقامة الحجة)، والإلزام في المجهول لا يتحقق. أقول: فيه بحث، وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع، إذ قد تقرّر في كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقد مرّ في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالإنكار، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضاً لكونه مؤاخذاً بإقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضاً لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار. وبالجمله إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار، فإن لم يتصور الأول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب. لا يقال: إقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل. لأننا نقول: المراد بتحقيق الإلزام الذي عدّ فائد الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل، وإلا يلزم أن لا تتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم أيضاً، كما إذا عجز المدعي عن البينة ولم يقرّ الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذ حينئذ لا يقع الإلزام بالفعل قطعاً (فإن كان) أي المدعي (عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها) أي كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم (ليشير) أي المدعي (إليها بالدعوى) هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف

الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة، لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده، فإنه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته، فلو لم يكن عين المستهلك ملكاً له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة، والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز، وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم

قوله: (فإن كان المدعي به عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحاكم للإشارة إليها) أقول: يعني كلف المدعى عليه إحضار تلك العين للإشارة إلى تلك العين قوله: (والإشارة أبلغ في التعريف لكونها الخ) أقول: يعني لكون الإشارة.

العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره، وسنذكره إن شاء الله تعالى. قال: (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً) لأن العين لا تعرف بالوصف، والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين. وقال الفقيه أبو الليث:

المدعى عليه عليها كلف إحضاره إلى مجلس الحكم ليشير الشهود إليها عند أداء الشهادة، وليشير المدعى عليه إليها عند الحلف (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف) حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها أو بعث أميناً، كذا في الكافي وغيره (ويتعلق بالدعوى) أي بالدعوى الصحيحة: أي بمجرد ما، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي (وعلى هذا القضاة) أي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ إلى قوله: ﴿بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [النور: ٤٨] ساهم ظالمين لإعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أي من آخرهم إلى أولهم وقال صاحب النهاية: أي بأجمعهم، وهذا أيضاً صحيح بالنظر إلى المآل. وقال تاج الشريعة: أي من أولهم إلى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية، وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (في كل عصر) فإن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله، وعثمان وعلي رضي الله عنهما فعلا ذلك، والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير تكبر منكر، وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله، إلى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الإجماع (ووجوب الجواب إذا حضر) عطف على وجوب الحضور: أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أم بلا (ليفيد حضوره) أي حضور الخصم، فإن المقصود من حضوره الجواب (ولزوم إحضار العين المدعاة) أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة إلى مجلس القاضي (لما قلنا) إشارة إلى قوله ليشير إليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على إحضار العين المدعاة، فالمعنى: ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم اليمين على المدعى عليه (إذا أنكره) أي إذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة (وسنذكره إن شاء الله تعالى) أي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب قال: (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدوري في مختصره: أي وإن لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعي معلوماً) فنصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لأن العين لا تعرف بالوصف) لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد

القاضي بماذا يقضي، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة. ومن المشايخ من أبى ذلك لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلة القيمة، فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة. قال (وإن ادعى عقاراً حذره الخ) إذا كان المدعي به عقاراً فلا بد من ثلاثة أشياء: تحديده، وذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه به. أما الأول فللإعلام بأقصى ما يمكن فيه، وذلك إنما يكون

قوله: (لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك) أقول: فيه تأمل قوله: (على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم) أقول: الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم إلى أولهم قوله: (أي أجمعوا الخ) أقول: يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة، وأن يكون تفسيراً لقلول من أولهم إلى آخرهم قال المصنف: (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً) أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: إن المدعي إن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى. وعزاه إلى القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة. وقال العلامة الزيلعي في شرح الكنز: فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته قال المصنف: (والقيمة تعرف به وقد تعلق مشاهدة العين) أقول: حال من الضمير المستتر في قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد إلى ذي الحال لاتحاده معه، ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقول تعرف به في الحال قوله: (إذا وقع الدعوى، إلى قوله: فذكرها يكون مفيداً) أقول: يعني أن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ في الوصف لإمكان المشاركة في الوصف كما مر. فذكر الوصف في تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيداً قوله: (جملة حالية من قوله لأن العين الخ) أقول: بل من قوله والقيمة تعرف به فإنه أقرب لفظاً ومعنى.

يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة. قال: (وإن ادعى عقاراً حدّده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه

(والقيمة تعرف به) أي والقيمة شيء تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به: أي والقيمة شيء تعرف به: يعني والحال أن المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يمكن الإعلام. وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الإختيار (وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) قال صاحب الكافي نقلاً عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة: وإن كان العين غائباً وادعى أنه في يد المدعى عليه فأنكر أن بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بيته، وإن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اهـ. وقال صاحباً النهاية والكفاية نقلاً عن الإمام فخر الإسلام البزدوي: إذا كانت المسألة مختلفاً فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة، وإذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضرب به، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه، ثم قال: وإذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط عن الشهود بالطريق الأولى اهـ. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكثر بعد نقل ما ذكر في الكافي: فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً، بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته اهـ. وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي: أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر، والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل، فإن كلام الكافي لا يكون كافياً إلا بهذا التحقيق، الحمد لله على التوفيق انتهى. أقول: يرد عليه ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول ديناً كان أو عيناً، فيقتضي صحة دعوى المجهول ملقاً مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعي معلوماً غير مجهول، وأن رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة إنما وردت في دعوى العين الغائبة فقط. ويمكن أن يقال في دفعه إن مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقاً، بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مرتبة عليها، وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة، وهي أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. وبقي بيان الفائدة فيها فيبينها صاحب الدرر والغرر، بخلاف سائر صور دعوى المجهول إذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها، ولكن يرد حينئذ أن يقال: إن مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة أيضاً من صور دعوى المجهول، كما إذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما، فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به، إذ الإنسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلاً عن أن يعرفهما عند كونه في ذمم الناس، فينبغي أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما

بذكر البلدة، ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده، لأنه لما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف، ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، إلا إذا كان معروفاً مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فإنه يستغني عن ذكرهما، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا، خلافاً لزفر لوجود الأكثر، ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي، بخلاف ما إذا غلط في الحد الرابع وأنت في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به: أي بالغلط في الحد المدعي، ولا كذلك بتركها، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز، ولو غلطوا في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً آخر بالغلط، وبهذا الفرق بطل قياس زفر

قوله: (على أكثر من قيمته) أقول: كما سيحيي في كتاب الصلح.

به) لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التجديد فإن العقار يعرف به، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر

قيل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع أنه مما لم يقل به أحد. ثم أقول: الظاهر من قولهم: وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود بالطريق الأولى أن في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعي وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به، لكنه مشكل جداً، فإن القاضي بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعي على المدعى عليه، والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا: إن من شروط صحة الدعوى كون المدعي معلوماً، وعلوه بعدم إمكان القضاء بالمجهول. لا يقال: القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول. لأننا نقول: الجبر عليه إنما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة، فإن التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعله البيان على ما تقرر في كتاب الإقرار. وأما إذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يجهل شيئاً فلا وجه لإجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الإشكال. فإن قلت: القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برذ تلك العين نفسها إلى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول. قلت: قد مر في الكتاب أن العين إنما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها. وأيضاً إذا حكم القاضي برذ العين الغائبة إلى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها إلى صاحبها ولم يردّها إليه فالقاضي إن حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الإشكال، وإن لم يحكم بها يضيع حق المدعي ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بيئته فائدة. فإن قيل: القاضي لا يحكم على الخصم بشيء من المال بلا يحبسه ليرذ العين المدعاة إلى المدعي ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس. قلنا: إلى متى يحبسه، إن حبسه أبداً يصير ظالماً له بعد أن ظهر عجزه عن ردها إلى المدعي بأن يمضي على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب، وإن حبسه إلى مدة ظهور عجزه عن ردها إلى المدعي ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد في الشرع عند إثبات الحقوق المالية. وبالجمله لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الإشكال (قال) أي القدوري في مختصره (وإن ادعى عقاراً حده) أي ذكر المدعي حدوده (وذكر أنه) أي العقار (في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) أي وذكر أن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعي. أقول: هكذا وقع وضع هذه المسألة في عامة معتبرات المتون، ولكن فيه قصور إذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى، وليس كذلك إذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية أيضاً بأنه إذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود. وقال في الخلاصة: تصح الدعوى إذا بين المصّر والمحلة والموضع والحدود.

الترك على الغلط، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وأما الثاني فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان المدعي به في يده، وفي العقار لا يكفي بذكر المدعي وتصديق المدعي عليه أنه في يده، بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل، وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفياً لتهمة المواضعة لأن العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يقضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث، بخلاف المنقول فإن اليد فيه مشاهدة. وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه، وفي عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه

قوله: (وذلك إنما يكون بذكر البلدة الخ) أقول: يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذي هو فيه بطريق الدلالة فافهم.

أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الأكثر، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعي ولا كذلك بتركها، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده، وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة، أو علم

وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم، وذكر المصير أو القرية لازم انتهى. وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضاً بأن الفقهاء اختلفوا في البداية، فقال الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه: إذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار، ثم من ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة، فيبدأ أولاً بذكر الكورة ثم بالمحلة اختياراً لقول محمد، فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأعم ثم ينزل منه إلى الأخص. وقال أبو زيد البغدادي: يبدأ بالأخص ثم بالأعم، فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد، فيبدأ بما هو الأقرب ثم يترقى إلى الأبعد. قال: في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن، لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمه، فإن جعفرأ في الدنيا كثير، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد وهذا أخص، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الجد انتهى. وقال في المحيط: اختلف أهل الشروط في البداية بالأعم أو بالأخص، وأهل العلم بالخيار في البداية بأيهما شاء انتهى. وقال عماد الدين في فصوله: قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الأعم إلى الأخص، أو من الأخص إلى الأعم لإجماع منهم على شرطية البيان انتهى. فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار، بل لا بد أيضاً من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر. قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار (لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل) أي نقل العقار (فيصار إلى التحديد، فإن العقار يعرف به) أقول: لقائل أن يقول: إن تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالإشارة لجواز أن يحضر القاضي عند العقار أو يبعث أمينه إليه فيشير المدعى إليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر. ويمكن أن يدفع بأن المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديه إلى الحرج، بخلاف المقارات فإنها كثيرة، فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه إليها لأدى إلى الحرج فافترقا

يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده، وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا: أي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول: يجب أن يقول وهو في يده بغير حق، لأن العين في يد ذي اليد في هاتين صورتين بحق، وإن كان المدعي به حقاً في الذمة ذكر المدعي أنه يطالبه به لما قلنا: يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة، لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهباً أو فضة، فإن كان

قال المصنف: (نفياً لثمة المواضعة إذ العقار صاه في يد غيرهما) أقول: قال ابن البرزقي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر: ذكر الصدر الشهيد وغيره في الفرق بين النقول وغيره أن النقلي لو كان قائماً لا بد من إحضاره فيعين الحاكم يده، وإن كان هالكاً فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه وإقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لأنه ليس في يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم، وربما يتواضع المدعي مع غير المالك حتى يقر باليد ويقم عليه شهوداً زوراً فيسامحه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض آخر ويبرهن عليه فإن القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الأداء بأنه ملكه بحكم الحاكم، ولو فسره أيضاً على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد، حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم، وهذه التهمة في المنقول منتفية لأن المنقول يكون في يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة، ولأن المالك لا يمكنه من النقل والإحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البرزقي، فلا يرد ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين أيضاً قوله: (لبحكم القاضي باليد) أقول: فيه بحث، إذ لا حكم هنا من القاضي للمدعى عليه، ولو سلم فهو

القاضي هو الصحيح نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة.

(ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الأب يكفي (ولو كان الرجل مشهوراً) مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى (يكتفي بذكره) يعني لا حاجة إلى ذكر الأب والجد حيثند لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب. وفي الدار لا بد من التحديد وإن كانت مشهورة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه. وله أن قدرها لا يصير معلوماً إلا بالتحديد، كذا في الكافي وغيره (فإن ذكر ثلاث من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الأكثر) دليل لنا: يعني أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به هاهنا أيضاً (بخلاف ما إذا غلط في الرابعة) أي في الحد الرابع وأنه المصنف باعتبار الجهة يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافاً لزفر. وأما إذا ذكر الحد الرابع أيضاً وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لأنه يختلف به) أي بالغلط (المدعي ولا كذلك بتركها) ونظير ما إذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلط في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً آخر بالغلط، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) فيجري في الثانية ما يجري في الأولى (وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (وذكر أنه) يعني العقار (في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه) أي المدعى عليه (إنما ينتصب خصماً) أي في دعوى العين (إذا كان في يده) أي إذا كان المدعي في يده (وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعي عليه أنه) أي العقار (في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبيينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعي في يد المدعى عليه، حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم، وكذا الحال في غير هذه الصورة، وقد لا يفرق الشهود بين الأمرين فلا بد أن يسألهم القاضي أعن معاينة تشهدون أم عن سماع، كذا ذكر في معتبرات الفتاوى (أو علم القاضي) عطف على البيينة أي أو يعلم القاضي أن ذلك العقار المدعي في يد المدعى عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإن عندهم يكفي تصديق المدعى عليه أنه في يده، وإنما لا تثبت اليد في العقار إلا بالبيينة أو علم القاضي على القول الصحيح (نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه) أي لعله (في يد غيرهما) أي غير المدعي والمدعى عليه. قال صاحب النهاية: أي يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه، وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير، ويؤدي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث اهـ كلامه. وقد اقتفى أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم

مضروباً يقول كذا ديناراً أو درهماً جيد أو رديء أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك. وبالجمل: لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف. قال (وإذا صحت الدعوى الخ) إذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم، فإنه على وجهين: إما أن يكون أمراً بالخروج عما لزمه بالحجة، أو يصير ما هو بعربية أن يصير حجة حجة، وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر، فإن كان

قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك؛ ألا يرى أنهما إذا ترافعا إلى القاضي وعجز المدعي عن البيينة فحلف المدعى عليه بترك المدعي في يده، ثم إذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه. والحق ما في النهاية أخذاً من المبسوط فراجع متأملاً قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول: ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها، ثم الظاهر أن ضمير طلبة راجع إلى المدعي لا إلى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار قال المصنف: (وهن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق) أقول: قال صاحب الوقاية: وفي المنقول يزيد بغير حق. قال صدر الشريعة في شرحه: فإن الشيء يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لأجل الثمن. أقول: هذه تشمل العقار أيضاً، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى. ونحن نقول: فإن احتمال كون المنقول في يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية. وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال: إن

وقوله أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، ولأنه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في

الشارح العيني. أقول: هذا خبط عظيم منهم، أما أولاً فلأن المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على أحد شيئاً بل يصدق المدعي في قوله إن العقار في يد المدعى عليه، ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه، والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى. وأما ثانياً فلأن الحكم من القاضي لا يصح إلا بحجة من البينة أو الإقرار وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة. أما انتفاء البينة فلأن المفروض أن لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه. وأما انتفاء الإقرار فلأن الإقرار هو الإخبار بحق للغير على نفسه. ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة إلى حق اليد في تلك الصورة، فإذا لم تتحقق الحجة أصلاً لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك، فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ. والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن العقار قد يكون في يد غيرهما، وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعي في أن ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعي عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير، ولقد أفصح الإمام قاضيهان في فتاواه عن هذا حيث قال: وذكر الخصاص عن أصحابنا أن رجلاً لو أقام البينة على رجل أن في يده الدار التي حذها كذا وبين حدودها فإن القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقيم البينة أن الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعي أحدهما فيقول الآخر بأنها في يده ويقيم المدعي بينته عليه أنها له والدار في يد غيرهما، وهذا باطل لأن هذا قضاء على المسخر اهـ (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أي قول القدوري في مختصره (وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية: في عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالب مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالبة حقه فلا بد من طلبه اهـ كلامه. أقول: كل من إirاده وجوابه ساقط. أما سقوط الأول فلأن الضمير في طلبه ليس برافع إلى حقه كما توهمه، بل هو رافع إلى ما يرجع إليه ضمير حقه وهو المدعي؛ فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي إعانته فلا مسامحة أصلاً. وأما سقوط الثاني فمن وجهين: الأول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول هاهنا هو المدعى عليه، والذي دخل عليه الباء هو المدعي، فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي، ولا خفاء في فساده.

الأول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقر به لأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الإنسان على نفسه، فكان الحكم من القاضي أمراً بالخروج على موجب ما أقر به، ولهذا قالوا: إطلاق الحكم توسع، وإن كان الثاني فالحكم فيه أن يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية أن تصير حجة إذا قضى القاضي بها حجة

دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين: إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد كما قال في الهداية إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهداً لا يحتاج إلى إثباته، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى. ورد هذا الجواب بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضاً ليزول احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن. ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضاً، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر انتهى. وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعيناً بالملك العلامة ومستمدداً من ولي الفيض والإلهام فأقول: لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق، وأن الثانية شبهة الشبهة، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم، وأن شبهة الشبهة غير

يده، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق. قال: (وإن كان

والثاني أن المدعي أيضاً ليس بحق المدعي البتة، بل إن ثبت دعوى المدعي يكون المدعي حقه وإلا فلا، ففي ابتداء الأمر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه، اللهم إلا أن يقال إنه حقه في ابتداء الأمر أيضاً على زعمه، لكنه يحتاج حينئذ إلى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج إلى جعل المصدر بمعنى المفعول. ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف. وقال بعض الفضلاء: ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها هـ. أقول: هذا بعيد عن الحق، وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه. أما الأول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين. وأما الثاني فلأن مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة، بخلاف ما قال صاحب العناية (ولأنه يحتمل أن يكون) أي المدعي (مرهوناً في يده) أي في يد المدعى عليه (أو محبوساً بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) إذ لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذي اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أي بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أي المشايخ (في المنقول) أي في دعوى المنقول (يجب أن يقول في يده بغير حق) أي يجب أن يقول المدعي هذا الشيء الذي أدعيه في يد المدعى عليه بغير حق إزالة لهذا الاحتمال، فإن العين في يد ذي اليد في تينك الصورتين بحق، أقول: يرد عليه أنه إن كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضاً فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة، كما في دعوى العقار فينبغي أن لا تجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول، كما لا تجب في دعوى العقار، وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضاً بصورة دعوى المنقول. ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام، وهو أن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضاً على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين، لكن لا يجب ذكرها قبل إحضار المدعى عليه المنقول إلى مجلس القاضي، بل إنما يجب ذكرها بعد إحضاره إليه لأن إعلام المدعي بأقصى ما يمكن شرط، وذلك في المنقول لا يكون إلا بالإشارة كما مر، فما لم يحضر المنقول إلى مجلس القاضي لم تحصل الإشارة إليه، وما لم يحصل الإشارة إليه لم يصير معلوماً بما يجب إعلامه به، وما لم يصير معلوماً بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به، يرشد إليه قول المصنف فيما سيأتي، لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة حيث يشير إلى أنه ما بقي شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة. ولا شك أن

في حق العمل مسقطاً احتمال الكذب فيها، فإذا لا بد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين؛ فإذا سأل، فإن اعترف به أمره بالخروج عنه، وإن أنكر سأل المدعي البينة لقوله ﷺ «لك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمين» سأل ﷺ ورتب اليمين على فقد البينة، فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب، وإن عجز عنها وطلب يمين

معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة تكون شبهة معتبرة؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة، وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتباراً لشبهة الصدق. إذا تحققت هذه المقدمات فنقول: لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه، فأوجبوا تلك الزيادة لتدفع شبهة كون اليد بحق. أو تقول: لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته، ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نهت عليه، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره، فاغتنم هذا

حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من

إحضار المنقول إلى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى، فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة، فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذاك أن يقول في يده بغير حق إزالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعي عليه إحضار المدعي المنقول إلى مجلس القاضي، ويصح للقاضي تكليفه بإحضاره إليه. والحاصل أن الاحتياج إلى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لأجل أن يجب على المدعي عليه إحضار المدعي إلى مجلس الحكم، ووجوب إحضار المدعي إلى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها. ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل إحضار المدعي عليه المدعي إلى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد إحضاره إليه إلا علة واحدة، وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين، بخلاف دعوى العقار فإن لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف؛ وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية: أقول هذه العلة تشمل العقار أيضاً، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اهـ. ثم إنها هاهنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين، فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها. فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال: إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين: إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد، كما قال في الهداية: إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهداً لا يحتاج إلى إثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اهـ ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضاً ليزول احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن، ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضاً، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر اهـ. وقال بعض الفضلاء: وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام، فاستمع لما يتلى عليك مستعيناً بالملك العلامة، ومستمداً من ولي الفيض والإلهام، فأقول: لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق، وأن الثانية شبهة الشبهة، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحذر لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة. وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وأدعت النكاح لا يحذر الرجل اعتباراً لشبهة الصدق. إذا تحققت هذه المقدمات فنقول: لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود، وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها، فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطلابه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق. أو نقول: لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملة، ولم يندفع في تلك الحالة. شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة

خصمه استحلفه عليها لما روي، يريد به قوله ﷺ «لك يمينه» ولا بد من طلبه الاستحلاف لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام في قوله «لك يمينه». قيل إنما جعل يمين المنكر حق المدعي لأنه يزعم أن خصمه أتوى حقه

تعريفه بالوصف لأنه يعرف به. قال: (وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فإن اعترف قضي عليه بها) لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وإن أنكر سأل المدعي البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام «ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمين» سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه

متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نهت عليه، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره، فاغتم هذا فإنه هو الكلام الفصل والقول الجزل. ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار، إلى هنا كلامه. وأقول: ما ذكره ذلك الفاضل هاهنا وسماء بالتحقيق مما لا يجدي طائلاً وما هو بذلك التلقب بتحقيق. أما أولاً فلأن خلاصة كلامه هي أن مدعي العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيداً للكلام الأول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها إذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد، وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة، فأحالوا دفع شبهة الشبهة إلى كلام مستقل متأخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه، فإن في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فأوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة، لأن الحاصل منها أن لا يصح الإتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيداً للكلام الأول، وهذا لا ينافي صحة الإتيان بها على أن تجعل كلاماً مستقلاً بأن يقول المدعي إنه في يده وإن يده بغير حق، فإن الزيادة حينئذ تصير كلاماً مستقلاً كما ترى وتصير متأخراً في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لأنه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد، كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها، إذ قيل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة أيضاً في بيان أن يده بغير حق، وهذا مما لا ستره به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقاً في دعوى المنقول. وبالجمله إن ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيداً للكلام الأول لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعاً. وأما ثانياً فلأنه حينئذ يبقى الإشكال في المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع في دعوى المنقول أيضاً بالمطالبة، فينبغي أن تترك الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تترك في دعوى العقار، ولا ينحل هذا الإشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى، لأن دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعاً من ذكر المطالبة في المنقول أيضاً فلا يدفع: أي لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه. وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الإشكال ما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل. ﴿الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾ (قال) أي القدوري في مختصره (وإن كان حقاً في الذمة) أي وإن كان المدعي حقاً ثابتاً في الذمة: يعني إن كان ديناً لا عيناً (ذكر أنه يطالبه به) يعني ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه وإشارة إلى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) أي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه) أي تعريف ما في الذمة وهو الدين (بالوصف) أي بالصفة؛ فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري، ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره (لأنه يعرف به) أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف: أي الصفة، بأن يقال إنه جيد أو وسط

بإنكاره، فالشرع جعل له حق استحقاقه، حتى إذا كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع كالفقاص، وإن كان الأمر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقاً، ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه، لأن فيه إساءة الظن فإنه هو الكلام الفصل، والقول الجزل. ﴿الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾. ثم اعلم أن المطالبة في

الاستحلاف. قال: (فإن أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه

أو رديء بعد أن يذكر جنسه وقدره، ولكن إنما يحتاج إلى ذكر الصفة فيما إذا كان المدعي ديناً وزنياً إن كان في البلد نقود مختلفة. أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى، وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف هاهنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ، لكن الأظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان، فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة أيضاً بالبيان: أي بيان ما يحتاج إلى ذكره من جنسه وقدره مطلقاً، ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلاً عن الذخيرة وفصول الأستروشنى. وبالجملة لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا صحت الدعوى) أي وإذا صحت الدعوى بشروطها (سأل) أي القاضي (المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى (ليتكشف له وجه الحكم) أي ليتكشف للقاضي وجه الحكم: أي طريق إن ثبت حق المدعي فإن الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة: البينة، والإقرار، والنكول. ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال ليتكشف له طريق حكمه (فإن اعترف قضي عليه بها) أي فإن اعترف المدعى عليه قضي القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعي أو بموجب الدعوى. ثم إن إطلاق لفظ القضاء هاهنا توسع لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء، فكان الحكم من القاضي إلزاماً للخروج عن موجب ما أقر به، بخلاف البينة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها، كذا في الشروح وغيرها، وقد أشار إليه المصنف بقوله (لأن الإقرار موجب بنفسه ثبأمره) أي يأمر القاضي المدعى عليه (بالخروج عنه) أي عما يؤجبه الإقرار (وإن أنكر) أي المدعى عليه (سأل المدعي البينة) أي طلب القاضي من المدعي البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي عليه الصلاة والسلام للمدعي (ألك بينة؟ فقال لا) أي قال المدعي لا بينة لي (فقال) أي قال النبي ﷺ (لك يمينه)^(١) أي يمين المدعى عليه (سأل) أي سأل رسول الله ﷺ المدعي عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) أي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) أي ليتمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أي القدوري في مختصره (فإن أحضرها) أي فإن أحضر المدعي البينة على وفق دعواه (قضى بها) أي قضى القاضي بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي: أي البينة فعيلة من البيان لأنها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل، وقيل فيغلة من البين إذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي (وإن عجز عن ذلك) أي وإن عجز المدعي عن إحضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو

بالآخر وذلك لا يجوز، فوجب إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه

المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار.

قوله: (وإذا صحت الدعوى، إلى قوله فإنه الخ) أقول: يعني فإن الحكم على وجهين: إما أن يكون أمراً بالخروج الخ.

قوله: (وإن كان الثاني، إلى قوله: إذا قضى القاضي بها حجة) أقول: قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف: (لقوله عليه

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٩ وأبو داود ٣٦٢٣ والترمذي ١٣٤٠ والطحاوي ١٤٨/٤ وفي المشكل ٢٤٨/٤ وكذا النسائي في الكبرى كما في التحفة ٨٦/٩ والبيهقي ١٤٤/١٠، ٢٥٤، ١٣٧، ٢٦١ وأحمد ٣١٧ كلهم من حديث علقمة بن وائل عن أبيه.

ولفظه مسلم: «قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزورها ليس له فيها حق فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: ألك بينة قال: لا قال: فلك يمينه قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يُبالي على ما حلف عليه، وليس يتوَّع في شيء فقال: ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ لما أدير: أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقنن الله، وهو عنه معرض».

ورود بنحوه في حديث عبد الله بن مسعود، أخرجه البخاري ٢٤١٦، ٢٤١٧، ٢٦٦٦، ٢٦٦٧، وأبو داود ٣٢٤٣ والترمذي ١٢٦٩ وابن ماجه ٢٣٢٣ والبيهقي ١٧٩/١٠، ١٨٠ وأحمد ٢٧٩/١، ٤٢٦، ٢١١/٥.

عليها) لما روينا، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه.

المدعى عليه (استحلفه عليها) أي استحلف القاضي خصمه على دعواه (لما روينا) إشارة إلى قول النبي ﷺ لك يمينه بعد أن قال المدعى لا (ولا بد من طلبه) أي من طلب المدعى استحلاف خصمه (لأن اليمين حقه) أي حق المدعى (ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحلاف اللام) أي كيف أضيف اليمين إلى المدعى بحلاف اللام في قوله ﷺ «لك يمينه»^(١) والإضافة إليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصب على أن اليمين حقه، وإنما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسنداً إلى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم أو الحلف. قال صاحب الكافي: والفقه فيه: أي في كون اليمين حق المدعى أن المدعى يزعم أنه أتوى حقه بإنكاره فشرع الاستحلاف، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتياء بمقابل إتياء، فإن اليمين الفاجرة تدع الديار بلا وقع وألا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقاً، ولا يتضرر به بوجه انتهى. وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي: ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس، لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لأن فيه إساءة الظن بالآخر، وذلك لا يجوز فوجب إقامة البينة على المدعى لإثبات استحقاقه بها، فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، فلو حلفناه أولاً ثم أقام المدعى البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وفي نظر، ويترى وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال: وجه ذلك أن الشرع ولو ورد بتقديم اليمين لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة، كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة اهـ. وقال بعض الفضلاء: قوله لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل اهـ. أقول: بحثه هذا ليس بشيء لأن مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه يرشد إليه قطعاً قوله كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة، ومراد صاحب النهاية أيضاً بقوله إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه، لأن افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة إنما يلزم في هذه الصورة، فاحتمال كون مشروعية البينة إذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية، على أن هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لأن النكول عن اليمين ليس بعجز عنها، إذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعى، بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى. ثم أقول: بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية، وهو أن مشروعية إقامة البينة بعد اليمين تقتضي أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذوراً شرعياً، لأن إقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور، ومشروعية إقامتها بعد اليمين تقتضي حسناتها، فإن كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا، والظاهر أن ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي أيضاً فلا يصير الافتضاح المزبور محذوراً شرعياً فلا يتم التقريب فتأمل.

بل على وجه التذكير له، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، فمن الجائز إقامتها بعدها، وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة، وفيه نظر.

الصلاة والسلام «ألك بينة؟ فقال لا، فقال لك يمينه» أقول: الرواية في المصابيح «فك يمينه» وهذا أظهر في الدلالة على الترتيب. قوله: (قيل إنما جعل) أقول: هذا القيل لصاحب النهاية وأصله في المبسوط قوله: (وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول: انتهى كلام النهاية مع تفسير يسير في بعض عبارته قوله: (وفيه نظر) أقول: نقل من خط الشارح ما هو صورته: وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة. انتهى قوله لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل.

باب اليمين

(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه حاضرة في

باب اليمين

قال صاحب النهاية: وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة، فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين هـ. أقول: فيه شيء، وهو أن كون مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة لا يجري على قول أبي يوسف رحمه الله، وعلى قول محمد رحمه الله في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب، فلم يكن ما ذكره وجهاً جامعاً لأقوال أئمتنا، على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة إجمالاً ذكر فيه أيضاً حال اليمين إجمالاً، فهما مشتركان في الذكر الإجمالي فيما قبل هذا الباب. وأما تفاصيل أحكام البيئات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين في هذا الباب، فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي؛ فالأولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين انتهى. وقال صاحب غاية البيان: أقول ما كان يحتاج هاهنا إلى الفصل بالباب، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً، لأنه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان: قلت الذي رتب المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها انتهى. أقول: هذا الكلام منه في معرض الجواب عما نقله من العجائب، لأن ما استقبحه صاحب غاية البيان إنما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة، كيف وقد قال: بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً، فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه. ثم أقول: في دفع ذلك إن أفراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها، أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كأفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم، وهذا الباب أيضاً من ذلك القبيل، ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جرواً على أفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف هاهنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى (إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة) هذا لفظ القدوري. قال المصنف (معناه حاضرة في المصير) أي معنى قول القدوري: إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصير. واحتراز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم، فإن البينة إذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله فيما سيأتي كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس، واحتراز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصير، فإنها إذا غابت عن المصير يستحلف

باب اليمين

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين. قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة الخ) إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصير وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» فإذا طالبه به بجيبه. ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويانا من

باب اليمين

قوله: (فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ) أقول: فيه تأمل، فإن دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة على أن لا يكون

المصر. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف، فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه فلا يكون حقه دونه، كما إذا كانت البينة

بالاتفاق. ثم إن الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله فلعل وجه أمران: أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسألة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر. وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف، فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسألتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير، فاقضى هذا السر تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه) أي حق المدعي (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي ﷺ «لك يمينه»^(١) ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح: ويجوز أن يريد به قوله ﷺ «واليمين على من أنكر»^(٢) أقول: لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما رويناه كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرناه، فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»^(٣) لما عدل عن أسلوبه المقرر؛ ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه مريداً به الحديث المذكور فيما قبل. فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٤) أي ما جوزه صاحب الغاية لا غير. ويؤيده تحرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال: وقال أبو يوسف رحمه الله: يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٥) انتهى. فإن قلت: الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لأن اليمين حقه، فإن كون اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص. قلت: نعم ولكن يفهم ذلك أيضاً من قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فإن كلمة على في قوله «على من أنكر»^(٦)

قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه» فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي، ولا ترذ اليمين على المدعي لأنه ﷺ قسم بين الخصمين فجعل البينة على

حقه دونه ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع قال المصنف: (فلا يكون حقه دونه) أقول: لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقول تعالى: «فاشهدوا شهودين من رجالهم». فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان. ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز عن شهادة الرجال فكذلك هنا ينبغي أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل، فإنه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير إليه

(١) تقدم قبل حديث واحد.

(٢) تقدم قبل أربعة أحاديث.

(٣) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) تقدم قبل ستة أحاديث.

(٥) هو المتقدم.

(٦) هو المتقدم.

حاضرة في المجلس. ومحمد مع أبي يوسف رحمها الله فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي. قال: (ولا تروى اليمين على المدعي) لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» قسم

تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي. نعم انفهامه من الأول أظهر، لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فإذا طالبه به يجيبه) أي إذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي: أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعي: أي يحلف (ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه»^(١) فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن إقامة البينة: أي بغير العجز عنها. أقول: لقائل أن يقول: إن كون ثبوت الحق في اليمين مرتباً على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا، فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢) (كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا هاهنا والجامع القدرة على إقامة البينة. أقول: لأبي يوسف رحمه الله أن يفرق بين صورتين بأن يقول: إذ لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له حق اليمين، بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم، فإن هذا الغرض: أعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل إلى حقه في الحال يحصل بإقامة البينة، فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل إقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا بطريق القياس أيضاً كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي) قال صاحب غاية البيان: وهذه رواية عجيبة، لأن الشيخ أبا جعفر الطحاوي قال في مختصره: ومن ادّعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد إنكار المدعى عليه عند القاضي ما ادّعه المدعي، فإن أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه إن ذكر المدعي أن له على دعواه بينة حاضرة، ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يستحلف له على ذلك، ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه، إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره، وقد أنكر الرواية عن محمد أصلاً كما ترى، ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية أن محمداً مع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوي؛ ألا ترى أن القدوري قال في كتاب

المدعي واليمين على من أنكر، والقسمة تنافي الشركة لأنها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الأيمان على المنكرين في قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر» وليس وراء الجنس شيء) استدلال آخر بالحديث، وفيه خلاف الشافعي وسيأتي. قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لأنه مدعى عليه، وليس عليه البينة لما رويناه، وقيد بالملك المطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعى

قوله كما إذا كانت الخ قوله: (ومحمد مع أبي يوسف) أقول: ولعل أبا يوسف يكتفي بالعجز في المجلس فإن للمجلس خصائص قال المصنف: (قسم الخ).

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) تقدم مراراً.

والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الأيمان على المنكرين، وليس وراء الجنس شيء، وفيه خلاف الشافعي رحمه

التقريب: قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية. وقال الشارح العيني بعد أن ذكر إنكار صاحب الغاية على المصنف في جعله محمداً مع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية إجمالاً. قلت: لا وجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى. أقول: هذا الكلام منه عجيب، لأن الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف إنما هو إسناد المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة إلى الطحاوي بناء على أن الطحاوي قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره، فكيف يصح أن يسند المصنف إليه، وليس الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في أصلها، حتى يتمشى ما قاله العيني من أن عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها، وكون محل إنكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما يتأدى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني (قال) أي القدوري في مختصره (ولا تردّ اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «البيئة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)) وجه الاستدلال به ما أشار إليه المصنف بقوله (قسم) أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين حيث جعل البيئة على المدعي واليمين على من أنكر (والقسمة تنافي الشركة) لأن الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان. وبقوله (وجعل جنس الأيمان على المنكرين) إذ الألف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الأصول أن لام التعريف تحمل على الاستغراق، ويقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك معهود، وهاتنا كذلك (وليس وراء الجنس شيء) أي شيء من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين، فلو ردّ اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسألة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أي في عدم ردّ اليمين على المدعي خلاف الشافعي. قال صاحب الكافي: وعند الشافعي إذا لم يكن للمدعي بيئة أصلاً وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي، فإن حلف قضي به وإلا لا، لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه، وكذا إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يردّ اليمين عليه، فإن حلف قضي له بما ادّعى، وإن نكل لا يقضي له بشيء، لأنه عليه الصلاة والسلام قضي بشاهد ويمين^(٢)، ثم قال: وحديث الشاهد واليمين غريب، وما رويناه مشهور تلقته الأمة بالقبول

تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصور تقبل بيئة ذي اليد بالإجماع. فإن قيل: أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بيئة ذي اليد وهو مدعى عليه. قلت: نعم لأن قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتائج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبيئة للمدعي. فإن قلت: فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه قلت لا، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البيئة وهاتنا لم يعجز، وإذا تعارضت بيئة الخارج وبيئة ذي اليد في الملك المطلق فبيئة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعياً. وقال

أقول: استئناف بياني قال المصنف: (وفيه خلاف الشافعي) أقول: قيل إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعي صار الظاهر شاهداً للمدعي وصار المدعي من هذه الحيثية منكرأ، فإن المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظياً. قلنا: على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف، فإن الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعي وعدمه، وهذا يحققه، وإنما يكون تسليم ذلك رافعاً للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الأيمان على المنكرين وعدمه، وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في المجمع، ولا يجبر ردها على المدعي، فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعي منكرأ من حيثية النكول، إذ

(١) تقدم تخريجه قبل قليل.

(٢) هو الآتي.

الله. قال: (ولا تقبل بيعة صاحب اليد في الملك المطلق، وبيعة الخارج أولى). وقال الشافعي: يقضي بيعة ذي اليد

حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه، على أن يحيى بن معين قد رده انتهى. وقال الإمام الزيلعي في التبيين: قال الشافعي: إذا لم يكن للمدعي بيعة يحلف المدعى عليه، فإذا نكل تزده اليمين على المدعي، فإن حلف قضى له، وإن نكل لا يقضي له لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعي عليه، فإنه لما كان الظاهر شاهداً له اعتبر يمينه. وقال أيضاً: إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضي له، لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين» ويروى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد»^(١). ولنا ما

يلزم منه عدم تعيين المدعي والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل، وكذا ما يؤدي إليه قال المصنف: (ولا تقبل بيعة صاحب اليد الخ) أقول: بل عليه اليمين إن عجز الخارج، ولهذا المعنى أوردها هنا، ويجوز أن يكون ذكرها

(١) جيد. أخرجه مسلم ١٧١٢ وأبو داود ٣٦٠٩ وابن ماجه ٢٣٧٠ وابن الجارود ١٠٠٦، والطحاوي ١٤٤/٤ والبيهقي ١٦٧/١٠، والشافعي ٢/١٧٨ والدارقطني ٢١٤/٤ وأحمد ٢٤٨/١، ٣١٥، ٣٢٣ كلهم من حديث ابن عباس ولفظ مسلم «أن رسول الله ﷺ قضى بيمين، وشاهد». وورد أيضاً من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو داود ٣٦١١، ٣٦١٠، والترمذي ١٣٤٣ وابن ماجه ٢٣٦٨ والبيهقي ٢٥٠٣ والطحاوي ١٤٤/٤ والبيهقي ١٦٨/١٠ والشافعي ١٧٩/٢ وابن الجارود ١٠٠٧ وأبو يعلى ٦٦٨٣ وابن حبان ٥٠٧٣ ولفظه «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وورد من حديث جابر. أخرجه الترمذي ١٣٤٤ وابن ماجه ٢٣٦٩ وابن الجارود ١٠٠٨ والبيهقي ١٧٠/١٠ وأحمد ٣٠٥/٣. وورد كذلك من حديث سعد بن عباد أخرجه الترمذي ١٣٤٣ والدارقطني ٢١٤/٤، والبيهقي ١٧١/١٠ والشافعي ١٧٩/٢ وأحمد ٢٨٥/٥. ومن حديث علي أخرجه الدارقطني ٢١٥/٤ والبيهقي ١٧٠/١٠. زاد أحمد في رواية «إنما ذلك في الأموال» وجاء في نصب الرأية ٩٧/٤: وأسند البيهقي عن الشافعي قوله: حديث ابن عباس ثابت لا يرى أحد من أهل العلم مثله، وهو لا يخالف ظاهر القرآن لأننا نحكم بشاهدين، وشاهد وامرأتين، ولا يمين، فإذا كان شاهد حكماً بشاهد ويمين اه. وقال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح لا مطعن لأحد في إسناده ولا خلاف بين أهل العلم في صحته، وقد روى القضاء باليمين، والشاهد من حديث أبي هريرة، وعمر، وابن عمر، وعلي، وابن عباس، وزيد، وجابر، وسعد ابن عباد، وعبد الله بن عمرو بن العاص، والمنفيرة بأسانيد حسان. قال الزيلعي: والجواب على حديث ابن عباس من وجهين أنه معلول بالانقطاع.

قال الترمذي في علله الكبير: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: إن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس اه. ومما يدل على ذلك قول الدارقطني عقب الحديث وخالفه عبد الرزاق حيث لم يذكر طائفاً، ومنهم من زاد جابر بن زيد، ورواية الثقات لا تملل برواية الضعفاء. وقال الطحاوي: لا أعلم قيس بن سعد يحدث عن عمرو بن دينار بشي. قال الزيلعي: فيصر فيه انقطاعاً. وقال ابن القطان: وإن أخرجه مسلم، فهو يروى بالانقطاع من مصنفين، ثم ذكر كلام البخاري، والطحاوي اه. وقال أبو داود عقب حديث أبي هريرة: وروينا عن الشافعي عن عبد العزيز الدراوردي قال: فذكرت ذلك لسهيل بن أبي صالح فقال: أخبرني ربيعة، وهو عندي ثقة. أنني حدثته إياه، ولا أحفظه. قال عبد العزيز: أصابت سهيلاً علّة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه.

ومن وجه آخر قال سليمان بن بلال: لقيت سهيلاً فسألته عن هذا الحديث، فقال: لا أعرفه. فقلت له: إن ربيعة أخبرني به عنك. قال: فإن كان ربيعة أخبرك، فحدث به عن ربيعة عني. وقال الترمذي: قال ربيعة: وأخبرني ابن سعد أن ابن عباد قال: وجدنا في كتاب سعد أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد. وحديث أبي هريرة حسن غريب وأخرجه الترمذي ١٣٤٥ من مرسل الباقر وقال: هذا أصح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، وهو قول مالك وأحمد وإسحاق، وخالفهم أهل الكوفة. وجاء في تلخيص الحبير ٢٠٥/٤ ما ملخصه: حديث ابن عباس قال النسائي: إسناده جيد وقال البزار: في الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده كذا قال، وقد قال عباس الدوري في تاريخ يحيى بن معين عنه: ليس بمحفوظ، وقال البيهقي: أهله الطحاوي بأنه لا يعلم قيساً يحدث به عن عمرو بن دينار بشي. قال البيهقي: ليس ما لا يعلمه الطحاوي لا يعلمه غيره. وقال الحاكم: قد سمع ابن دينار من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً وسمعه من بعض أصحابه عنه اه. الخلاصة: ابن دينار ثقة ثبت على فرض أنه لم يسمعه من ابن عباس فقد سمعه من بعض أصحابه كيف، وقد توبع! وورد عن جماعة في الصحابة كما ذكر ابن عبد البر وغيره، فهذا حديث مراتبه أنه حسن أو صحيح. فائدة: قال النووي في شرح مسلم ٤/١٢ عقب حديث الشاهد واليمين: واختلف العلماء في ذلك، فقال أبو حنيفة والكوفيون والشعبي والحاكم والأوزاعي والليث والأندلسيون من أصحاب مالك: لا يحكم بشاهد، ويمين في شيء من الأحكام. وقال جمهور علماء الإسلام من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من علماء الأمصار: يقضي بشاهد ويمين في الأموال وما يقصد به الأموال، وبه قال أبو بكر وعلي وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأحمد، وفقهاء المدينة، وسائر فقهاء الحجاز، ومعظم علماء الأمصار، وحجتهم حديث ابن عباس وغيره.

لاعضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالتناج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتائج

روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا، ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً عن أن يكون معارضاً للمشاهير، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد: يعني بجنسه وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة، والمراد على التعاقب، ولئن سلم أن يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه، ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر، فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملاً بالمشاهير، إلى هنا كلامه (قال) أي القدوري في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك، وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات، وقيد الملك بالمطلق احتراز عن المقيد بدعوى التناج، وعن المقيد بما إذا ادعى تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق، فإن في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع، كذا في الشروح. قال صاحب العناية بعد هذا، فإن قيل: أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه؟ قلت نعم، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة التناج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبيئة للمدعي. فإن قلت: فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه؟ قلت: لا، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البيئة، وهاهنا لم يعجز، إلى هاهنا كلامه. وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الأول بأنه لو كان مدعياً لصديق تعريفه عليه، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه. وعلى جوابه عن السؤال الثاني بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البيئة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلاً؟ أقول: إirاده الثاني متوجه ظاهر، وقد كنت كتبت في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه، وأما إirاده الأول فمندفع لأن ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة، وإنما يجبر عليها من حيث أنه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده، وهذا ظاهر وكذا الخارج إنما لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده. وأما من حيث أنه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها. وتحقيقه أن دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث

الشافعي: يقضى ببينة ذي اليد لأنها اعتضدت باليد والمعتمد أقوى، فصار كما إذا أقامها على تناج دابة وهي في يد أحدهما، أو أقامها على نكاح ولأحدهما يد، فإنه يقضى لذی اليد، وصار كدعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعنته، وأقام ذو اليد البينة أنه أعنته وهو يملكه، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق، وكذلك في دعوى الاستيلاء والتدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً: يعني في علم القاضي، أو إظهاراً: يعني في الواقع،

استطراداً للمسألة السابقة كأنه قيل: لا تقبل يمين المدعي ولا بينة المدعى عليه والدليل متحد وفي كليهما خلاف الشافعي قوله: (فهو من تلك الجهة مدع) أقول: لو كان مدعياً لصديق تعريفه عليه، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه قوله: (قلت لا لأن اليمين) أقول: أنت خير بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البيئة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلاً فليتأمل قوله: (لعدم زيادة يصير بها الخ) أقول: يعني لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعياً قوله: (أو إظهاراً الخ) أقول: لعل الأظهر أن أو للتخير في التعبير قوله: (لأن قدر ما أثبتته اليد الخ) أقول: تعليل لقوله إن بينة الخارج أكثر إثباتاً قوله: (وما هو إلى قوله لأجله فيه) أقول: الضمير في قوله فيه راجع إلى الموصول في قوله وما هو قوله: (كما تقدم الخ) أقول: في الورق السابق عند شرح قول المصنف: وإذا صحت الدعوى بشروطها:

لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأخته وعلى الولاء الثابت بها. قال: (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادع عليه) وقال الشافعي: لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التوزع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال،

يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالأصالة، فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة، ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه، وإن ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئاً لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج، وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلاً، ولولا هذا التحقيق لانقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم، وهو أن المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصورة المزبورة، كما إذا ادعى رجل على آخر ديناً معيناً فادعى الآخر عليه إيفاء ذلك الدين إياه أو إبراءه عن ذلك الدين فإن الأول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالإيفاء أو الإبراء، وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه. ثم أقول: بقي لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الأول، وهو أنه يبين الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالتنازع والقبض وسبق التاريخ، فالأول والثالث صحيحان، والثاني ليس بظاهر الصحة لأن معنى كون أحدهما قابضاً في الصورة الثانية أن يكون المدعي في يده بالفعل لا أن يثبت قبضه بالبينه على ما سيجيء تفسيره ويبيانه في الكتاب، وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان. ولا يخفى أن كون المدعي في يد القابض في تلك الصورة أمر معاین لا يدعيه ذو اليد أصلاً فضلاً عن إقامة البينة عليه وقبول بينته بالإجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتمام. فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقى الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج أولى) يعني أن بينه الخارج وبينه ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا، وفي أحد قولي الشافعي تهافتت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركاً في يده وهذا قضاء ترك. لا قضاء ملك، وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد) أي لتأكد البينة باليد لأن اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أي فيتقوى ظهور المدعي (وصار) أي صار حكم هذه المسألة (كالتنازع) أي كحكم مسألة التنازع بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضي لذي اليد (والنكاح) أي وكحكم مسألة النكاح بأن تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فبينة ذي اليد أولى (ودعوى الملك مع الإعتاق) أي وكحكم مسألة دعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أن عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى (أو الاستيلاء)

فإن بينته ما كان ثابتاً في الواقع لأن قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد، لأن اليد دليل مطلق الملك فبينة لا تثبته لتلا يلزم تحصيل الحاصل، بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك أو تظهره، وما هو أكثر إثباتاً في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه. فإن قيل: بينة الخارج تزيل ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذي اليد تنقيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل. أجب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعى عليه، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت، والتأسيس أولى من التأكيد، بخلاف التنازع والنكاح، لأن اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجح

قوله: (وهما قد استويا في ذلك) أقول: يعني استويا في الولاء، وقوله وهما راجع إلى البينتين في قوله معناه أن البينتين في الإعتاق الخ.

ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه . ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقرأً، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه . قال:

عطف على الإعتاق . فالمعنى : أو دعوى الملك مع الاستيلاء بأن تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذو اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذي اليد أولى (أو التدبير) أي أو دعوى الملك مع التدبير بأن يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذو اليد البينة أنه عبده دبره فبينة ذي اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً) أي في علم القاضي (أو إظهاراً) أي في الواقع فإن بيته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع (لأن قدر ما أثبتته اليد لا تثبت بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق للملك) ألا يرى أن من رأى شيئاً في يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه ملك له، فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لثلاث يلزم تحصيل الحاصل، وإنما هي مؤكدة للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا إثبات أصل الملك . وأما بينة الخارج فمثبتة لأصل الملك، فصح قولنا إنها أكثر إثباتاً، وما هو أكثر إثباتاً في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه . هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف هاهنا . فإن قيل : بينة الخارج تزيل ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك، ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجيب بأن البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعي عليه، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت، والتأسيس أولى من التأكيد، كذا في العناية . أقول : بقي هاهنا شيء، وهو أن المتبادر من قولهم إن بينة الخارج أكثر إثباتاً ومن قولهم إن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق أن لذي اليد أيضاً بينة وأن من حقه إقامتها على الملك المطلق أيضاً، إلا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بيته لكونها أكثر إثباتاً، لكن التحقيق يقتضي أن لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق، وأن لا يكون من حقه إقامتها على الملك المطلق أصلاً لأنه مدعى عليه محض، وليس على المدعي عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١) كما مر بيانه . فالأظهر في الاستدلال من قبلنا على مسائلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢) فإنه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي، لأن اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعي عليه إلا اليمين، والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه، ولهذا يقال لمسلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لأنه لا دلالة معه على الملك، بخلاف ذي اليد فإن اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتائج لأن اليد لا تدل عليه) فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجحت إحداهما باليد، وكذا الحال في النكاح، إلا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته إما نسياناً وإما اعتماداً على معرفة حاله مما ذكره في النتائج (وكذا على الإعتاق وأختيه) أي وكذا اليد لا تدل على الإعتاق وأختيه وهما الاستيلاء والتدبير، فاستوت البيتان في الإثبات في هذه الصور أيضاً فترجحت إحداهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أي بهذه الأشياء الثلاثة وهي : الإعتاق، والاستيلاء، والتدبير . يعني أن اليد لا تدل على الولاء

إحداهما باليد . فإن قيل : كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتاً لأنها تثبت اليد والنتاج، وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير . أجيب بأن بينة النتاج لا توجب إلا أولية الملك وهما تساويان في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضى له (قوله وكذا على الإعتاق) أي اليد لا تدل على الإعتاق والاستيلاء والتدبير، فتعارضت بينة الخارج وذو اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أي بالإعتاق والاستيلاء والتدبير، ومعناه أن البينتين في الإعتاق وأختيه تدلان على

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث .

(٢) تقدم مراراً .

(وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الإنذار

الثابت بها أيضاً فاستوت البيتان في ذلك أيضاً فترجحت إحداهما باليد (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أي وألزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي. وفي بعض نسخ مختصر القدوري: ولزمه بدل وألزمه: أي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي (وقال الشافعي: لا يقضى به) أي بالنكول (بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف المدعي (يقضى به) أي يقضى له بما ادعاه، وإن نكل المدعي أيضاً انقطعت المنازعة (لأن النكول) تحليل لقوله لا يقضى به (يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أي عن اليمين الصادقة، كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه أنه نكل عن اليمين وقال: أخاف أن يوافقها قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذباً، كذا ذكره الإمام خواهر زاده في مبسوطه (واشتباه الحال) أي ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدري أنه صادق في إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أي لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعي دليل الظهور) أي دليل ظهور كون المدعي محقاً (فيصار إليه) أي فيرجع إلى يمين المدعي (ولنا أن النكول) أي نكول المدعى عليه (دل على كونه باطلاً) أي دل على كون المدعى عليه باطلاً إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة (أو مقرراً) أي على كونه مقرراً إن كان النكول إقراراً كما هو مذهبهما (ولولا ذلك) أي ولولا كونه باطلاً أو مقرراً (لأقدم على اليمين إقامة للواجب) وهو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله ﷺ «واليمين على من أنكر» وكلمة على للوجوب (ودفعاً للضرر عن نفسه) أي دفعاً للضرر الدعوى عن نفسه (فترجع هذا الجانب) واعلم أن حلّ المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب، ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هاهنا عن اختلال واضطراب، فقال صاحب العناية: فترجع هذا الجانب: أي جانب كونه باطلاً إن ترفع أو مقرراً إن تورع، لأن الترفع والتورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن توزيع كونه باطلاً أو مقرراً إلى التورع والترفع مما لا يكاد يصح هاهنا، لأن النكول عند أبي حنيفة بذل لا غير، وعندهما إقرار لا غير، فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معاً في واحد من المذهبين، بل إنما يثبت رجحان كونه باطلاً في مذهب أبي حنيفة على الترفع فقط، ورجحان كونه مقرراً في مذهبهما على التورع فقط، وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين، لأن الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي، وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مراداً للتناكل حتى يتم المطلوب. والحاصل أن في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى. وأما ثانياً فلأننا لا نسلم

الولاء، إذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وها قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده (قال: وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ) وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادعاه عليه، وقال الشافعي: لا يقضى عليه بل ترّد اليمين على المدعي، فإن حلف قضى به، وإن نكل انقطعت المنازعة، لأن نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال، وما كان كذلك لا ينتصب حجة، بخلاف يمين المدعي لأنه دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دل على كونه باطلاً إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة، أو مقرراً إن كان إقراراً كما هو مذهبهما، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب لأنها واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على

قوله: (إذا لم يفض إلى الضرر الخ) أقول فيه بحث، فإن ما ذكره من الإفضاء بالضرر إلى الغير غير ظاهر قوله: (واعترض بأن الإلزام الخ) أقول: هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعي، إذ ليس في الآية دلالة على الإلزام بيمين المدعي أيضاً إلا أن يكون إلزامياً، ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهي نسخ عندكم فليأتمل قوله: (والإجماع يدل على جوازه) أقول: الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قول وهو بلفظ أهل الروم أصبت) أقول: بل معناه في لغتهم جيد.

لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء. قال: (فلذا كَوَّرَ العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار

أن التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه، إنما يحلّ إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورع عنها واجب في كل حال. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإن ما ذكره من الإفضاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى. أقول: هذا غير وارد، فإن الإفضاء إليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جداً، لأن كون المنكر كاذباً في يمينه إنما يتصور فيما إذا كان للمدعي حق عليه في الواقع، فحيث لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أفضى إلى الضرر بالمدعي قطعاً لتضييع حقه وهو ما ادعاه، وكذا الإفضاء إليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل، لأن يمين المنكر حق للمدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»^(١) كما مرّ، فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعي بالبذل ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه. وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية: فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باطلاً أو مقرراً على جانب التورع، لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أولاً فلأن ما ذكره من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب: أي جانب كونه باطلاً أو مقرراً على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغي أن يلتزمه الناكل، ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع، وإن أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والإقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضاً داخلاً في ذلك الجانب. يبقى أن يقال: ما ذكره من الدليل إنما أفاد رجحان جانب كونه باطلاً أو مقرراً على الترفع عن اليمين الصادقة فقط، وهو يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الخصم، وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مرّ آنفاً. وأما ثانياً فلأن ما ذكره من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير من فهم منه، فكيف يتم بناء شرح قوله المصنف، فترجح هذا الجانب عليه، والفاء في فترجح تقتضي التفرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان: فترجح هذا الجانب: أي ترجح جانب كون الناكل باطلاً أو مقرراً على الوجه المحتمل، وهو كونه متورعاً أو نحو ذلك لأن النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه، فلولا أن النكول بذل أو إقرار لكان النكول امتناعاً عن الواجب وظلماً على المدعي، والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم. والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أولاً فلأن قوله وظلماً على المدعي ليس بتام، إذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلاً أو إقراراً لكان ظلماً على المدعي لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة، فحيث لا يتحقق الظلم على المدعي لأن صدق المدعى عليه في إنكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يعدّ النكول ظلماً على المدعي في صورة صدق المدعى عليه أيضاً من جهة أن يمين المدعى عليه حق للمدعي بموجب الحديث على ما مر، وأن في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالماً على المدعي في الجملة. وأما ثانياً فلأن في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن

المدعي واليمين على من أنكره وكلمة على للوجوب، ودفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باطلاً إن ترفع، أو مقرراً إن تورع، لأن الترفع أو التورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير. واعترض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس، لأن الله تعالى قال ﴿واستشهدوا من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ فالقضاء بالنكول يخالفه. وقال عليه السلام «اليمين على المدعي واليمين على من أنكره» ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهداً له، ونكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي فنعود اليمين إلى جانب المدعي، ولهذا

ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر، فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى، ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف، وقد يكون حكماً بأن

اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً خلافاً حيث لا يكون المطلوب حيثث على واحد من المذهبين، بل يحتاج إلى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الأول في كلام صاحب العناية. فالصواب عندي في حل مراد المصنف هاهنا أن يقال: فترجح هذا الجانب: أي جانب كون الناكول باذلاً أو مقرأً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه. وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة. أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضروري أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهده، فإن لم يكن الناكول باذلاً أو مقرأً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعاً. وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطي حق خصمه فيسقط عن عهده الواجب، فإن لم يكن الناكول باذلاً أو مقرأً ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً. وبالجمله إن قول المصنف إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بأسرها فيترجح كون الناكول باذلاً أو مقرأً بالضرورة (ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه) أشار به إلى قوله ولا ترد اليمين على المدعي لقوله ﷺ «اليمين على المدعي واليمين على من أنكر»^(١) الخ، ونحن أيضاً قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في رد اليمين على المدعي وأجوبتنا عنه نقلاً عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعي عليه (إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً) أي ثلاث مرات (فإن حلفت) أي إن حلفت خلصت أو تركت (وإلا قضيت عليك بما ادعاه) أي بما ادعاه المدعي. قال المصنف (وهذا الإنذار) أي قول القاضي وإلا قضيت عليك بما ادعاه (لإعلامه بالحكم) أي الحكم بالنكول (إذ هو موضع الخفاء) لكونه مجتهداً فيه، فإن للشافعي خلافاً فيه، فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل، كذا في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (فإذا كثر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول). قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء الأعداء) أي في إظهارها: يعني أن هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لأنه شرط لجواز القضاء بالنكول، ونظيره إمهال المرتد ثلاثة أيام، فإنه مستحب لا واجب؛ وأوضح هذا بقوله (فأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم أنه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ، كذا

بدأنا في اللعان بالأيمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر، فإن الإنسان لا يلوّث فراشه كاذباً وإن كان مدعياً. وأوجب بأن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه، والإجماع يدل على جوازه، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك، وما روي عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعي بعد

قوله: (فإن للشافعي خلافاً فيه لما مر) أقول: فإن زمان الشافعي متأخر، ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبنياً عليه، وإنما قال أولى دون الصواب لأن مبنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعي، وخلاف الشافعي يستدل به على أنه حل الاجتهاد، فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل قوله: (ليس بشرط لجواز القضاء الخ) أقول: قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط قوله: (وليس التكرار بشرط في شيء منهما) أقول: يعني من البذل والإقرار قوله: (وصورة ذلك) أقول: أي صورة العرض ثلاث مرات.

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة، وقد تقدم تخريجه قبل قليل مستوفياً.

يسكت، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح. قال: (وإن كانت الدعوى

في أكثر الشروح، وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والجمهور على أنه للاحتياط، حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى. وقال صاحب غاية البيان: احتراز عن قول الخصاف فإنه يشترط التكرار انتهى. أقول: هذا ليس بشرط صحيح، فإن المصنف بعد ما صرح بأن الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعداء كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والأول أولى) أي العرض ثلاث مرات أولى: يعني أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات. وفي النهاية: وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسألة قال: رجل قدم رجلاً إلى القاضي فادّعى عليه مالا أو ضيعة في يده أو حقاً من الحقوق فأنكر فاستحلفه القاضي فأبى أن يحلف، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له -إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا ألزمتك المدعي، ثم يقول له القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف بالله في المرة الأولى يقول له في المرة الثانية كذلك، فإن أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي، وإن قضى القاضي بالنكول في المرة الأولى نفذ قضاؤه انتهى. قال صاحب الكافي: ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء، وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف انتهى. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكتز: ولا بد من أن يكون النكول في مجلس القاضي لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة، ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر. وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف. ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه، إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإن وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجع جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجع جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به، وليس بشيء أصلاً لأن عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر. وكان شريح رحمه الله يقول: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة؟ والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه: إن كان لفلان علي ألف درهم فادّعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفاً، وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه، وعند محمد لا يظهر، إلى هاهنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف وقد يكون حكماً بأن يسكت، وحكمه) أي حكم الثاني وهو الحكمي (حكم الأول) وهو الحقيقي (إذا علم

نكون المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك. روي عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعي، فقال: ليس لك إليه سبيل، وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه، فقال له علي: قالون، وهو بلغه أهل الروم أصبت وإذا ثبت الإجماع بطل القياس، على أن اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود، ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لأن ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا ردّ اليمين، فإن رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعي (قال: وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه، لأن الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول، وهذا أولى من قولهم لكونه مجتهداً فيه، فإن للشافعي خلافاً فيه لما مرّ غير مرة. ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء

قوله: (إلا في الحدود الخ) أقول: استثناء من قوله وقاله: يستحلف.

نكاحاً لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحد ودو اللعان. وقالوا: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة

أنه لا آفة به) أي بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتحتين أيضاً: آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف، فقال بعض أصحابنا: إذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش، فإن قالوا لا جعله ناكلاً وقضى عليه، ومنهم من قال يجلس حتى يجيب، والأول صحيح كذا في غاية البيان نقلاً عن شرح الأقطع (قال) أي القدوري في مختصره (وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضاً بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس (والفيء في الإيلاء) أي في دعوى الفيء بالإيلاء أيضاً بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاء) أي وفي دعوى الاستيلاء أيضاً بأن ادعت أمة على مولاهما أنها ولدت منه ولدًا وأنكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضاً بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولاء الموالاة، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) أي وفي دعوى الحدود أيضاً بأن ادعى على آخر ما يوجب حداً من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أي وفي دعوى اللعان أيضاً بأن ادعت على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج. واعلم أن هذه الأشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هاهنا، إلا اللعان فإنه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال أبو يوسف ومحمد: (يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) فتقرر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعاً، وإنما اختلفهم في الأشياء السبعة الباقية. وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير: والفتوى على قولهما، وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر

بالنكول، بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما. والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء الأعداء فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه أولى، وإن قتل بغير إمهال جاز لأن الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنه أضعف من البذل والإقرار فيشترط فيه التكرار، وصورة ذلك أن يقول القاضي أحلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن نكل يقول له ذلك ثانياً، فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعي (قال: وإذا كان الدعوى نكاحاً الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس، أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس، أو ادعى مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على

قال المصنف: (ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول: قال الزيلعي: قال القاضي الإمام فخر الدين: الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة: يعني في هذا التي عدتها سوى الحدود واللعان انتهى. إنما قال في الأشياء الستة نظراً إلى اتحاد النسب والاستيلاء قال المصنف: (يستحلف في ذلك كله الخ) أقول: قال في النهاية: لا يستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا فقال: إن زنت فأنت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق لا الزنا انتهى. ينبغي أن يقول العبد في دعواه إنه قد أتى بما علق عليه عتقي ولا يقول إنه قد زنى كي لا يصير قاذفاً مولاه قال المصنف: (وصورة الاستيلاء أن يقول الخ) أقول: يفهم من تصوير الاستيلاء فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لأنه لو ادعى المولى الخ قوله: (واللعان في معنى الحد) أقول: قوله واللعان مبتدأ، وقوله في معنى الحد خبره قوله: (وعليه نقوض إجمالية) أقول: بل الظاهر أن تلك الأمور الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودرية.

الاستيلاء أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقراراً أو بدلاً عنه، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندري بالشبهات واللعان في معنى الحد. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لأنه معه لا تبقى

في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنناً يحلفه ويأخذه بقولهما، وإن كان مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقوله انتهى. وفي النهاية: هذا كله إذا لم يكن المقصود مالاً، وإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم، فإن نكل يقضي عليه بينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب. وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر؟ قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته فتتخلص منه وتحل للأزواج. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسألة، وهكذا في الواقعات أيضاً. وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل إن كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته، وإن كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى. والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنناً يحلفه ويأخذ بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضا أن القاضي إن علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم، وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك إلا برضا الخصم حتى يكون دافعاً للضرر من الجانبين، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي. وفي الحدود: لا يستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زنت فأنت حرّ فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى، حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي، إلى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاء أن تول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها) وإنما خص صورة الاستيلاء بالذكر من بين أخواته تنبيهاً على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد، بخلاف أخواته الخلافة فإن للدعوى فيها مساغاً من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار) أي في إنكاره السابق (على ما قدمناه) يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه، وفيها تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها (فكان) أي النكول (إقراراً أو بدلاً عنه) بفتح الدال: أم، خلفاً عن الإقرار: يعني أنه قائم مقام الإقرار. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركافة تحرير المصنف هاهنا، عين أولاً كون النكول إقراراً، ثم فرع على دليله كونه إقراراً أو بدلاً عنه بالترديد، ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالإقرار انتهى. إذ كان يمكن دفع

هذا الوجه في ولاء العتاقة أو الموالاة، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده، أو ادعت على مولاهما أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق إلا من جانب الأمة، لأن المولى إذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها، أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج، أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فإنه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة. وقالوا: يستحلف في ذلك كله، وإذا نكل يقضى بالنكول إلا في الحدود واللعان. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار السابق لما قدمناه: يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن

اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار، والبذل لا يجري

ذلك بذكر التردد أولاً أيضاً أو بالاكْتفاء بذكر كونه بدلاً عنه في الموضوعين معاً، بل كان هذا: أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والإقرار يجري في هذه الأشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة. تقريره أن النكول إقرار والإقرار يجري في هذه الأشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الأشياء، فإذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضاً لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) أي لكن النكول (إقرار فيه شبهة) لأنه في نفسه سكوت (والحدود تندريء بالشبهات) فلا يجري النكول فيها (واللعان في معنى الحد) لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج، حتى أن كل قذف يوجب حد القذف على الأجنبي إذا قذف الأجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضاً. قال صاحب العناية: وعليه نقوض إجمالية: الأول: ما ذكره في الجامع: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فردّ عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأنكر لم يلزمه ويستحلف، ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقرّ في تلك المرة. الثاني: الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل، ولو كان الإقرار لزم الوكيل. الثالث: ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن اليمين ف قضى عليه بالنكول لا يقضي به على الكفيل، ولو كان النكول إقراراً لقضى به. والجواب أن النكول إما إقراراً أو بدل منه. فوجه الإقرار ما تقدم، ووجه كونه بدلاً أن المدعي يستحق بدعواه جواباً يفصل الخصومة وذلك بالإقرار والإنكار، فإن أقرّ فقد انقطعت، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين، فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة. فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقراراً لا ترد على تقدير كونه بدلاً منه، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي، إلى هاهنا كلامه. أقول: ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجهه: الأول: أن الظاهر من قوله فوجه الإقرار ما تقدم، ووجه كونه بدلاً كيت وكيت أن ما تقدم إنما يصلح لأن يكون وجه الإقرار لا لأن يكون وجه كونه بدلاً منه مع أنه صالح لهما، ولهذا فزعهما المصنف عليه حيث قال: فكان إقراراً أو بدلاً عنه. الثاني: أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلاً منه غير تام، إذ يرد عليه منع قوله فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلاً كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلاً عن الإقرار، وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلاً عنه لتحقيق القطع المزبور بكونه بدلاً أيضاً، ولجواز أن يكون نفس الإقرار بدلاً عنه، فحينئذ أيضاً لا يتم التقريب. الثالث: أن الإقرار إذا كان مخالفاً في الأحكام لما هو بدل عنه كما هو في صورة النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الإقرار أيضاً في الأشياء المذكورة حتى يتم دليلهما

نفسه، فإن فيه تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله على لسانه معظماً له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه، فلولاً هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث، والإقرار يجري في هذه الأشياء فيعمل بالنكول فيها إلا أنه إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندريء بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضاً، وعليه نقوض إجمالية: الأول ما ذكره في الجامع: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فردّ عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف،

قوله: (ولو كان النكول إقراراً لقضى به) أقول: قال الزيلعي: لو كان إقراراً لجاز مطلقاً بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك، فإنه لا يجوز إلا في مجلس القاضي وقضائه فافهم، ولعل الجواب هو الجواب، وأيضاً الذي جملاه إقراراً هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها إنما هو في مجلس القضاء فليتأمل قوله: (فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار) أقول: أي خلفاً عنه فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة: يعني أنه خلف ضروري لا مطلق قوله: (بقطع الخصومة) أقول: الظاهر أن يقول بقطع الخصومة قوله: (ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي) أقول: بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف قوله: (وما كان كذلك فهو إما بدل أو إقرار الخ).

في هذه الأشياء. وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه

المذكور في الكتاب. الرابع: أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي إنما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول إقراراً فقط. ولما كان المذكور فيه كونه إقراراً أو بدلاً عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر إلى تغيير شيء أصلاً فلم يتم قوله المذكور. ثم إن لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية هاهنا: أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب. أما الأول: ففي قوله وعليه نقوض إجمالية حيث قال: بل الظاهر أن تلك الأسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى. وأما الثاني: ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي حيث قال: بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف انتهى. أقول: كل واحد منهما ساقط. أما الأول فلأن كون تلك الأسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لأن حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول إقراراً في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الإمامين، وهو صريح نقض إجمالي، ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لأن المدعي هاهنا وهو كون النكول إقراراً كلي، وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعي بالكلية، وإنما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الأسئلة، ولو كان النكول إقراراً لكان جواب المسألة خلاف ما ذكر، والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا إقامة الدليل على خلاف المدعي كما لا يخفى. وأما الثاني: فلأن مراد صاحب العناية بالمدعي هاهنا قولهما إن النكول إقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، فإذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة إلى كون النكول بدلاً عن الإقرار لا نفس الإقرار فقد غيّر ذلك المدعي قطعاً، وكون قولهما إن النكول إقرار مقدمة الدليل بالنظر إلى أصل المسألة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعي بالنظر إلى كونه مستدلاً عليه بالدليل المستقل. والعجب من ذلك القائل أنه جعل الأسئلة المذكورة معارضات والمعارضة إقامة الدليل على خلاف مدعي الخصم، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون المدعي هاهنا قولهما إن النكول إقرار، إذ لا مساس لتلك الأسئلة بأصل المسألة كما لا يخفى (ولأبي حنيفة أنه) أي النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها لا الهبة والتملك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعاً فأنكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعاً لا تصح، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفوائد الظهيرية (لأن معه) أي مع البذل (لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) أي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثاً على ترك الإقدام على اليمين، هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بدلاً، وأما العلة المرجحة لكونه بدلاً على كونه إقراراً فهي ما

ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة. الثاني الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل، ولو كان إقراراً لزم الوكيل. الثالث ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فأدعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل، ولو كان النكول إقراراً لقضى به. والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه فوجه الإقرار ما تقدم. ووجه كونه بدلاً أن المدعي يستحق بدعواه جواباً يفصل الخصومة، وذلك بالإقرار أو الإنكار فإن أقرّ فقد انقطعت، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين، فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة، فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقراراً لا ترد على تقدير كونه بدلاً منه، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي. ولأبي حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما

أقول: تقريره لا يطابق المشروح قوله: (إذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول: كما إذا أدى من الدراهم المودعة قوله: (الثاني لو كان بدلاً لكان إيجاباً الخ) أقول: الملازمة ممنوعة إن أريد كان إيجاباً من الناكل، وإن أريد في زعم المدعي فليس بزعمه ابتداء. والجواب أن المراد هو الأول، ولو لم يوجب لم يحكم القاضي به فتأمل، فلا ينتقض بالنذر إذ لا يحكم فيه القاضي قوله: (بل هو

المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً

أشار إليه بقوله (وإنزاله باذلاً أولى) أي من إنزاله مقرراً (كي لا يصير كاذباً في الإنكار) أي في إنكاره السابق: يعني لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق، ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. قيل عليه لو كان النكول بذلاً لما ضمن شيئاً آخر إذا استحق ما أدى بقضاء، كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئاً ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى. وأجيب عنه بأن بدل الصلح وجب بالعقد، فإن استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، وأما هاهنا فالمدعي يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء، فإذا استحق رجعت بما في الذمة. وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول، والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلاً. وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح. وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به بل هو موجب له قطعاً للمنازعة. وقيل عليه يقضي بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان باذلاً لما قضى به لأن البذل لا يعمل فيها، وأجيب عنه بأن لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل إذا كان مفيداً نحو أن يقول اقطع يدي وبها أكلة حيث لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترزه عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين. هذه خلاصة ما في الشروح هاهنا من الأسئلة والأجوبة (والبذل لا يجري في هذه الأشياء) فإنه لو قالت مثلاً لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها؛ وكذا لو قال أنا حرّ الأصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحت له أن يدعي نسبي لم يصح بذله، بخلاف الأموال فإنه لو قال هذا المال ليس له ولكني أبحتة وبذلت له لا أتخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل في هذه الأشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة. قال صاحب الكافي: فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»^(١) قلنا: خص من الحدود واللعان، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى. وقال صاحب العناية: لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله ﷺ «اليمين على من أنكر»^(٢) بالرأي، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلاً

يدعيه الخصم، لأن اليمين لا تبقى واجبة مع النكول، وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار لحصول المقصود به، لكن إنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار السابق، والبذل لا يجري في هذه الأشياء، فإنه إذا قال مثلاً أنا حرّ وهذا الرجل يؤذيني فدفعت إليه نفسي أن يسترقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي، أو قالت أنا لست بأمراته لكن دفعت إليه نفسي وأبحت له الإمساك لا يصح. وعليه نقوض: الأول أنه لو كان بذلاً لما ضمن شيئاً آخر إذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئاً، ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى. الثاني لو كان بذلاً كان إيجاباً في الذمة ابتداء وهو لا يصح. الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن

صحيح كما في الحوالة) أقول: لم يذكر الكفالة لأن الأصح أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا الدين فتأمل قوله: (وسائر المدائنات) أقول: وفيه تأمل، فإن قيد ابتداء يدفعه نعم في الصلح عن إنكار ذلك قوله: (لأن أبا حنيفة الخ) أقول: هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ. وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس، ولم يذكر الشارح لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً بالإجماع ليس كذلك وفيه تأمل قوله: (والبذل لا يجري فيها) أقول: أي في الأوصاف قوله: (ووجه ذلك أن البذل في الدين الخ).

(١) تقدم مراراً، وقد رواه أبو داود من حديث أبي هريرة.

(٢) تقدم مراراً.

لنفسه، والبذل معناه ما هنا ترك المنع وأمر المال هين. قال: (ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع) لأن

لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى. وقال بعض الفضلاء: وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس، ولم يذكره الشارح: يعني العناية لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً والإجماع ليس كذلك انتهى. أقول: مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكي أن تخصيص الحدود من الحديث هو إجماع الأمة، والظاهر أن مراده بالإجماع اتفاق الأئمة، فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه، ولا ينافي هذا كون المخصص نصاً ومقارناً، على أن قاعدة الأصول هي أنه إذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب، ويؤيد كون مراده بالإجماع اتفاق الأئمة في كون الحديث مخصوصاً أن الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الإجماع فتأمل (إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن النكول لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن في البذل معنى التبرع وهما لا يملكانه. فأجاب بأنهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة، وبذلها بالنكول من جملة ذلك، كذا في عامة الشروح. أقول: لمانع أن يمنع كون بذلها من جملة ذلك إذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدماً على اليمين إن كانا صادقين في إنكارهما، وبأن أقرأ إن كان المدعي هو الصادق فليتأمل (وصحته) أي صحة البذل (في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً لنفسه، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هين) هذا أيضاً جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون، إذ الدين وصف في الذمة والبذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف. فأجاب بأن معنى البذل هاهنا ترك المنع، فكان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له، وترك المنع جائز في الأموال لأن أمر المال هين حيث تجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء فإنه لا تجري فيها الإباحة، كذا في الشروح وسائر المعبريات، حتى أن صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال: فإن قيل: لو كان بذلاً لما جرى في الدين، لأن محله الأعيان لا الديون، إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة. قلنا: البذل هاهنا ترك المنع كأن المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له، وأمر المال هين، بخلاف النكاح ونحوه انتهى. وأقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وإن تلقت الثقات بالقبول، لأن الدين لما كان وصفاً ثابتاً في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلاً للأخذ والإعطاء، وأن ترك المنع إنما يتصور في الأموال المتحققة في الأعيان لا في الأوصاف الثابتة في الذمة، لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ، فما لم يكن قابلاً للأخذ لم يتصور فيه ترك المنع، فلم يكن الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين، وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين، فالجواب المذكور لا يدفعه. والحق

النكول بذلاً. الرابع أن العبد المأذون يقضي عليه بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضى لأن بذله باطل. الخامس يقضي بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضى لأن البذل لا يتحمل فيها. والجواب عن الأول أن بدل الصلح وجب بالعقد، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، فأما هاهنا فالمدعي يقول أنا أخذ هذا بإزاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فإذا استحق رجعت بما في الذمة، وعن الثاني بأن عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالات وسائر المداينات. وعن الثالث بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح، وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالتكول فلا نسلم أنه لا يوجه بل هو موجب قطعاً للمنازعة. وعن الرابع أنا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الإذن كإهداء المأكول والإعارة والضيافة اليسيرة ونحوها. وعن الخامس أنا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل، بل هو عامل إذا كان مفيداً، نحو أن

المنوط بفعله شيثان: الضمان ويعمل فيه النكول. والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان. قال: (وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلل الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً) لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال، وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق

عندي في الجواب أن يقال: معنى البذل في الدين إحداث مثله في ذمة المدعي بإعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعي وحصول المقاصة به من الطرفين، كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها على ما حقق في موضعه، فإذا قال المدعي مثلاً لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم، فالذي يلزم المدعي عليه عند نكوله عن اليمين إعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين وهو عشرة دراهم، فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطي لا الدين نفسه وإن كان المدعي ديناً (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ويستحلل السارق) يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلل السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات؛ ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة، فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بذل أو إقرار فيه شبهة، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذا لا تقام بالنكول، فلهذا لا يجري اليمين في الحدود. وعن محمد أنه قال: القاضي يقول للمدعي ماذا تريد؟ فإن قال أريد القطع، فالقاضي يقول له: إن الحدود لا يستحلل فيها فليست لك يمين، وإن قال أريد المال، فالقاضي يقول له: دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال، كذا في النهاية نقلاً عن الإمام المرغيناني والمحبوبي. قال المصنف: (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) أي بفعل السارق وهو السرقة (شيثان: الضمان) أي أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول. والقطع) أي وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أي لا يثبت القطع بالنكول. وقال صاحب العناية: يريد المصنف بفعله في قوله لأن المنوط بفعله شيثان: النكول، ثم قال: ويجوز أن يراد به فعل السرقة. أقول: الثاني هو الصحيح، والأول فاسد لأن المصنف صرح بأن القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعاً فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لأن المنوط بفعله شيثان على النكول وأحد الشيثين هو القطع. ثم أقول: بقي في كلام المصنف شيء، وهو أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيثان إلى آخره لا يفيد شيئاً يعتد به، إذ ليس فيه بيان لمية المدعي هاهنا، بل هو مجرد تفصيل لما قبله، فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول عاملاً فيه، وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة ثبوت القطع به فبقي المدعي غير معلوم اللمية. والأوجه في التعليل ما ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال: لأن موجب فعله شيثان الضمان، وهو يجب مع الشبهة فيجب

يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين، وله ولاية الاحتراز عن اليمين. لا يقال: أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر» والرأي، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم يفد اليمين فاندثتها وهو القضاء بالنكول لكونه بدلاً لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لقوات المقصود قوله: (وفائدة الاستحلاف) يعني أن البذل في هذه الأشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف، لأن فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلل فيها لعدم الفائدة. وقوله: (إلا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لو كان بدلاً لما ملكه المكاتب، والعبد المأذون لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفاً أنهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلها بالنكول من جملة ذلك.

أقول: لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره قوله: (يريد به النكول فيه) أقول: فيه بحث قوله: (والقطع ولا يثبت به) أقول: فيه شبهة التناقض، والأصوب تفسير فعله بفعل السرقة قوله: (وفيه نظر لأن الإطلاق يعني عن ذلك الخ) أقول: فيه بحث، فإنه لو أطلق ربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضاً فقيدهم حكمه بطريق الأولى، فإنه إذا استحلل قبل تأكيد

لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح، وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث، والحجر

بالنكول، والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى. وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: لأنه في السرقة يدعي المال والحد وإيجاب الحد لا تجامعه الشبهة، وإيجاب المال يجامعه الشبهة فثبت به انتهى، تبصر تنق (فصار) أي صار حكم هذه المسألة (كما إذا شهد عليها) أي على السرقة (رجل وامرأتان) فإنه يثبت هناك المال دون القطع، فكذا هاهنا وصار كما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع، ويثبت المال بالإقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال صاحب العناية: وفيه نظر لأن الإطلاق يعني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى. وأجاب عنه بعضهم بأنه لو أطلق لربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيده به ليعلم حكمه بطريق الأولوية، فإنه إذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى. قال المصنف (وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق) أي وكذا يستحلف الزوج بالإجماع فيما إذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لأن ذلك دعوى المال) أي المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعاً لأن المال يجري فيه الإقرار والبذل، ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن النكاح لا يجري فيه البذل. قال بعض الفضلاء: فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم. قلنا: يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقاً، على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرة والطلاق انتهى. أقول: كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختل. أما الأول: فلأنه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة: أي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط. وأما الثاني: فلأن المهر وإن لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى. ومعنى المسألة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال. ثم أقول في الجواب عن سؤاله: إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده

وقوله (وصحته في الدين) جواب عما يقال إنه لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأنه وصف الذمة والبذل لا يجري فيها. ووجه ذلك أن البذل في الدين إن لم يصح، فيما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع، فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه، وإن كان الثاني فالمراد به هاهنا أي في الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع. فإن قيل: فهلا جعل في الأشياء السبعة أيضاً تركاً للمنع حتى يجري فيها. أجيب بأن أمر المال حين تجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهين حيث لا تجري فيها الإباحة، وجعله هاهنا ترك المنع، وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة. والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى. قال (ويستحلف السارق الخ) إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول. وعن محمد أنه قال: القاضي يقول للمدعي ماذا تريد؟ فإن قال أريد القطع

المهر فبعده أولى كما لا يخفى، لكن بقي في قولنا بل ولكماله بحث تأمل قوله: (وكذا في النكاح إلى قوله ولا يثبت النكاح) أقول: فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم. قلنا: يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقاً على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرة والطلاق قوله: (قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم) أقول: فينبغي أن يثبت النكاح عندهما قوله: (فإن يستحلفه على النسب) أقول: فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق، نص عليه الإقناني نقلاً عن خواهر زاده. جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يجيء من أن السبب إذا كان لا يرتفع برفع يحلف

في اللقيط، والنفقة، وامتناع الروح في الهبة، لأن المقصود هذه الحقوق، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما

ظهوره له، إذ قد مر أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع، ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الأول دون الثاني كما فيما نحن فيه. فالذي يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت، وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب، فإن ما ذكرناه مخلص في الجميع. قال المصنف (وكذا في النسب) أي وكذا يستحلف في النسب بالإجماع (إذا ادعى حقاً) أي إذا ادعى مع النسب حقاً آخر (كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالإجماع، فإن حلف برىء، وإن نكل يقضي بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بأن ادعت امرأة حزة الأصل صبياً لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وأنها أولى بحضائنه فإنه يستحلف بالإجماع، فإن نكل ثبت لها حق نقل الصبي إلى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع، فإن نكل يقضي بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالإجماع، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لأن المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع: يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق: أي دون النسب المجرد، ثم إن صاحب العناية بعد ما فسر قول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق بقوله: أي دون النسب المجرد قال في تعليقه فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى. أقول: فيه نظر، لأن تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقاً بل إنما يلزم فيما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها، وأما فيما إذا كان مما يثبت بالإقرار كالأبوة والبنوة فلا، والمسائل المذكورة تعم صورتين معاً، ألا يرى أن المدعي في صورة النفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي فإن المسألة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة، وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط إذا قالت إن الصبي ابنها فإن المسألة بحالها أيضاً وكان التعليل المذكور قاصراً عن إفادة كلية المدعي. وقال بعض الفضلاء: الأظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره: فإن البذل لا يجري فيه كما قال آنفاً في صورة دعوى النكاح انتهى. أقول: وفيه أيضاً نظر، فإن المعلل هاهنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد، وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيدُه لأن الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول، بل منها أيضاً إقامة البينة وإقرار الخصم، والبذل إنما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصوداً بالدعوى في المسائل

يقول القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين، وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال. قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) يريد به النكول (شيئان: الضمان ويعمل النكول فيه، والقطع فلا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان)، يريد بذلك اشتغال الحجة على الشبهة، ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول بها استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم، لا سيما إذا كان المقصود هو المال) فإن قلت: هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل

على السبب بالإجماع قوله: (فادعت أخوته حرة) أقول: أو ادعى ذلك حر قوله: (فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز) أقول: الأظهر أن يقول بدله، فإن البذل لا يجري فيه كما قاله آنفاً في صورة دعوى النكاح، فإن ما ذكره من التعليل فيه قصور لأن المدعي في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلاً فإن المسألة بحالها وليس فيه تحميل النسب، وأما مذهب الإمامين في نفي الاستحلاف إذا ادعى المدعي الأخوة فيهم بتعليقه من قوله وإنما يستحلف الخ فانهم قوله: (ولهذا) أقول: أي لعدم الجواز قال المصنف: (لأن في دعواها) أقول: في النهاية: أي في إقرارها انتهى، وفيه كلام قوله: (فإن دعواهما الخ) أقول: فيه ركاكة ظاهرة وتندفع بإعادة الضمير إلى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى: ﴿اعبدوا هو أقرب للتقوى﴾.

إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما. قال: (ومن ادعى قصاصاً على غيره فبحده استحلف) بالإجماع (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: لزمه الأرض فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال، خصوصاً

المذكورة، بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فإن المعلن هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول، وعدم جريان البذل في النكاح يفيد قطعاً. لا يقال: التعليل الصحيح هنا أن يقال فإنه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقاً آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقاً آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث الخ. لأننا نقول: هذا إنما يتم فيما إذا كان النسب مما يثبت بالإقرار كالبنوة ونحوها، فإن دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة، فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقاً آخر، وأما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها فلا، لأن دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة، بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعي المدعي مع النسب حقاً آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقاً آخر لمجرد التوصل به إلى مقصوده وهو النسب المجرد، والمسائل المذكورة تتم صورتين معاً كما بيناه من قبل، فكان هذا التعليل أيضاً قاصراً على إفادة كلية المدعي. وبالجمله لم يظهر لقول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلاً مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله، وأن أكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وإنما يستحلف في المجرد) قيد به احترازاً عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفاً (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا كان يثبت بإقراره) أي إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فإن النكول عندهما إقرار فكل نسب له أقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضاً (كالأب والابن في حق الرجل) فإنه إذا أقر بالأب والابن يصح إقراره ويثبت نسب

الدخول فائدة؟ قلت: هي تعليم أن دعى المهر لا تتفاوت بين أن تكون في كل المهر أو نصفه، وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك (وكذا في النكاح إذا ادعت الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فإن قلت: وجب أن يثبت النكاح أيضاً لأنه يثبت بالشبهات. قلت: البذل لا يجري فيه كما تقدم (وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فإنه يستحلف على النسب، فإن حلف برئ، وإن نكل بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا إذا ادعى (الحجر في اللقيط) بأن كان صبيّاً لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته حرة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استخلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب، وكذا إذا وهب لإنسان عيناً ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع استحلف الواهب، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الأخوة قوله لأن المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع: أي دون النسب المجرد، فإن فيه تحميله على الغير وهو لا

قوله: (إذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول: أي امتنع القصاص لذلك المعنى قوله: (وفيما نحن فيه كذلك) أقول: أي الامتناع من جهة من عليه قوله: (لأنه لم يصرح بالإقرار) أقول: بل أتى بما فيه شبهة البدية أو شبهة الإنكار وهو النكول قوله: (فأشبه الخطأ) أقول: في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه قوله: (فإن قيل، إلى قوله: حيث يثبت المال فيها) أقول: أي في السرقة قوله: (أوجب بأن المال الخ) أقول: مأخوذ من النهاية قوله: (وإذا قصر لم يتعد الخ) أقول: أي إذا ثبت قصور في ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة. ثم أقول: لا يذهب عليك ما في هذا التقرير من القصور قوله: (وهو أن يكون مشروعاً الخ) أقول: لعل المراد أن يكون شبيهاً بقتل يكون المال مشروعاً فيه بطريق المنة اهـ. كما يلوح إليه قوله لعدم شبهها بالخطأ قوله: (لعدم شبهها بالخطأ) أقول: فإنه ما جاء

إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف

المقر له منه بمجرد إقراره (والأب في حق المرأة) فإنها إذا أقرت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد إقرارها، وأما لو أقرت بالابن فلا يصح إقرارها ولا يثبت نسبه منها (لأن في دعواها الابن) أي في ادعائها الابن: أي في إقرارها به، كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحصيل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أي وكالولي: يعني السيد (والزوج في حقهما) أي في حق الرجل والمرأة، وهذا القيد: أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعاً، فإن إقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح. وحاصل كلام المصنف هاهنا أن إقرار الرجل يصح بأربعة: بالأب والابن والمولى والزوجة، وإقرار المرأة يصح بثلاثة: بالأب والمولى والزوج، ولا يصح بالولد لأن فيه تحصيل النسب على الغير. وكان أصل المسألة في محلها أن إقرار الرجل يصح بخمسة: بالوالدين والولد والزوجة والمولى. وإقرار المرأة يصح بأربعة: بالوالدين والزوج والمولى، ولا يصح بالولد لما مر، فكان المصنف اكتفى بذكر الأب عن ذكر الأم لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: الأصل في هذا الباب أن المدعي قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه، فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً لأن اليمين لا تفيد، فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلاً أو إقراراً فيقضى عليه، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقر فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً، وإن كان المدعي قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك؟ فالمسألة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف، فإن حلف برىء، وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوى، فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحدته) وليس للمدعي بينة (استحلف) المدعى عليه (بالإجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها، وهذه المسألة المذكورة في الجامع الصغير أيضاً في كتاب القضاء (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة، وقالوا: لزمه الأرض فيهما) أي في النفس وفيما دونها (لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما) لأنه إن امتنع عن اليمين تورعاً عن اليمين الصادقة لا يكون إقراراً بل يكون بذلاً، كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصاً) أي خاصة (إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أي من جهة من عليه القصاص، وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص، لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضاً، كما إذا أقام مدعي

يجوز، ولهذا إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن، لأن في دعواها الابن تحصيل النسب على الغير، وأما المولى والزوج فإن دعواهما تصح من الرجل والمرأة إذ ليس فيه تحصيل على أحد فيستحلف، وهذا بناء على أن النكول يدل من الإقرار فلا يعمل إلا في موضع يعمل فيه الإقرار. قال (ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحد الخ) ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحدته وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها، ثم إن نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص، وفي النفس

تعذر القصاص من قبل القاتل. ثم اعلم أن الضمير في قوله شبهها راجع إلى صورة في قوله ولم يوجه في صورة الشهادة قوله: (فقطعهما لا يجب الضمان) أقول: ولكن يأنم فيه قوله: (لجواز قطع يده من غير إثم) أقول: الأولى أن يقال لجواز بذل به من غير إثم وليس كذلك، فيرتبط الجواب بالسؤال، فإن ضمير لا يباح عائذ إلى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف. وأيضاً فالقطع يقطع الخصومة إذا لم يكن المدعي محققاً ليس بمحتاج. وأما قوله كالقطع للأكلة فأمره حين فإنه من قبيل إسناد الفعل إلى السبب الأمر وهو الباذل والتشبيه في مجرد الإباحة قوله: (لأنهم المحتاجون إليها) أقول: يعني إلى الأطراف قوله: (فيثبت بالشبهات الخ) أقول: يعني فيثبت القطع بالشبهات، لكن بقي هاهنا بحث، إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلاً وليس فليس، بل الأصوب أن يقال: إن الأطراف لكونها بمنزلة الأموال يصح فيها البذل إذا كانت هي المدعي والمدعي في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى

يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل، بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع،

القصاص رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء، لأن الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاءه فلا يجب شيء كذا في الشروح، ونظير هذا ما أشار إليه المصنف بقوله (كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد) فإنه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شيء (ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك به مسلك الأموال) لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال (فيجري فيها البذل) كما يجري في الأموال (بخلاف الأنفس) حيث لا يجري فيها البذل (فإنه لو قال: اقطع يدي) أي لو قال الآخر اقطع يدي (فقطعها لا يجب الضمان) أي على القاطع (وهذا) أي عدم وجوب الضمان (إعمال للبذل) في الأطراف، وأما لو قال اقتلني فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس. ولما استشعر أن يقال لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع يده إذا قال اقطع يدي كما يباح أخذ ماله إذا قال خذ مالي، أجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال ألق مالي في البحر أو احرقه بالنار (وهذا البذل) أي الذي بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقطع السن للوجع) قال صاحب العناية: وفيه بحث من وجهين، أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول. والثاني أن الخصومة تندفع بالأرض وهو أمون، فالمصير إليه أولى. وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال، والقطع في السرة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات. وعن الثاني: بأن دفع الخصومة بالأرض إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى. واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الأول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بين المراد حيث قال: يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث، فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه انتهى. أقول: مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه، وذلك ممنوع إذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبد بين العبدتين فيما

يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة، وقال: لزمه الأرض فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص، ويجب به المال إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد، وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ، وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام مدعي القصاص رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشيء لأن الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاءه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شيء، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها. فإن قيل: من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهاتنا يثبت بالنكول دون الشهادة؟ أجيب بأن المال ثمة أصل ويتعدى إلى القطع، وإذا قصر لم يتعد بقي الأصل، وهاتنا الأصل المشهود به هو القصاص، ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعاً بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في

يبذل يده لاندفاع الخصومة، فإن مناط التخريج في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمه فليتأمل. ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن يقال: إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهري وقد مر في أول الشهادة، ثم أقول: يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الأول وهو قولنا لا ثبوت الشبهة وعدمها قوله: (والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول: يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه قال المصنف: (وإذا قال المدعي لي بيعة حاضرة).

وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة. قال: (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد

دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنائيات، فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الأطراف في حقوق الله تعالى، بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب. ثم إن في ذكر هذه الشبهة إيماء إلى سبب عدم تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه كما لا يخفى (وإذا امتنع القصاص في النفس) أي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أي والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أي يحبس الناكل بذلك الحق (كما في القسامة) فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرؤا أو يحلفوا (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه) أي كي لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أي حق المدعي، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق، كذا في الكافي وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافاً للشافعي (وقد مر من قبل) أي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل: أي في أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحساناً عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف. روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز. وروي عن إبراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن لا يجوز. وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق كيف وقد عارضه المدعي عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل. ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن فيه) أي في أخذ الكفيل (نظراً للمدعي) إذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعي عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه) أي على المدعي عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الإعداء على لفظ المجهول. يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه: أي استعان به فأعاده الأمير عليه: أي أعانه الأمير عليه ونصره، ومنه قول الشاعر:

ونستعدي الأمير إذا ظلمنا ومن يعدى إذا ظلم الأمير

كذا في النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضاً (فيصح التكفيل بإحضاره) بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازاً عما روي عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثاني (ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خملاً: إذا كان ساقط القدر (والحقير من المال والخطير) أي وبين الحقير من المال والخطير: أي الشريف. وعن محمد أنه إذا كان معروفاً أو الظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدعي حقيراً لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل (ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصير) أي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصير (حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي

صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطأ. ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيجري فيها البذل، ألا ترى أنه لو قال أقطع يدي فقطعنا لا يجب الضمان، وليس ذلك إلا من حيث إعمال البذل، بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل، فإنه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى. فإن قيل: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال أقطع يدي، كما يباح له أخذ ماله إذا قال خذ مالي. أجاب بقوله إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، حتى لو كان القطع مفيداً كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع لم يأنم بفعله، وما نحن فيه من البذل: أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحاً، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول. والثاني أن الخصومة تندفع بالأرض وهو أهون بالمصير إليه أولى. وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد، لأنهم المحتاجون إليها، فتثبت بالشبهات كالأموال، والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات. وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرض إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل

مرّ من قبل، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدي عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو

غيب) بفتحيتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لا يكفل) أي لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لأن الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يؤوب (قال) أي القدوري في مختصره (فإن فعل) أي فإن أعطى خصمه الكفيل فيها (ولاً) أي وإن لم يعط (أمر بملازمته) أي أمر المدعي بملازمة خصمه (كمي لا يذهب حقه) أي حق المدعي (إلا أن يكون غريباً) أي إلا أن يكون المدعى عليه غريباً (على الطريق) أي مسافراً (فيلازم) أي فيلزم المدعى المدعى عليه (مقدار مجلس القاضي، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس) أي وكذا لا يكفل المدعى عليه إذا كان مسافراً إلا إلى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء منصرف إليهما) أي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله إلا أن يكون غريباً منصرف إلى التكفيل والملازمة جميعاً (لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أي على مقدار مجلس القاضي (إضراراً به) أي بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر، ولا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القاضي (ظاهراً) أي من حيث الظاهر لأن بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة، فإذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فإن القاضي يحلف المدعى عليه ويخلى سبيله ليذهب حيث شاء، فإن اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب إنه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال. قال بعضهم: القول قول المدعي لأنه متمسك بالأصل فإن الأصل هو الإقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالأصل. وقال بعضهم: القاضي يسأله مع من يريد السفر؟ فإن أخبره مع فلان والقاضي يبعث إلى الرفقة أميناً من أمنائه يسأل إن فلاناً هل استعد للخروج معكم، فإن من أراد السفر لا بد أن يكون مستعداً لذلك، قال الله تعالى: ﴿ولو أرادوا الخروج لأعدوا له عدة﴾ [التوبة: ٤٦] فإن قالوا نعم قد استعدّ لذلك انضم قولهم إلى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس، فإن أحضر المدعي بينته في هذه المدة وإلا خلى سبيل المطلوب، وإن لم يعلموا من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد فقلنا بأنه يجبر على إعطاء الكفيل ثلاثة أيام، كذا في غاية البيان. قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله

وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه، فظهر مما ذكرنا أن البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص، وإذا امتنع اليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا. قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة النخ) وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فلما أن يكون المدعى عليه مقيماً أو مسافراً، فإن كان مقيماً قيل له أعطه كفيلاً عن نفسك ثلاثة أيام، فإن فعل وإلا أمر بملازمته. أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم. وأما جواز التكفيل فهو استحسان، والقياس يأباه قبل إقامة الحجة. ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدي عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظراً للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيحتمل الإلعاء والحيلولة بينه وبين أشغاله. وأما التقدير بثلاثة أيام فمروى عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح. وروى عن محمد أنه قال: إذا كان معروفاً والظاهر أنه لا يخفي شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ، وكذا إذا كان المدعي به حقيراً لا يخفى

أقول: ليست المسألة من باب اليمين فذكرها هاهنا استطرادي قوله: (ووجه ذلك) أقول: يعني وجه الاستحسان قوله: (هو الصحيح) أقول: فيه بحث فإن المحكوم عليه بالصحة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازاً عما روي عن أبي يوسف، فالشرح لا يطابق المشروح، وجوابه أظهر من أن يكتب.

شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة. قال: (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كي لا يذهب حقه (إلا أن يكون غريباً فيلازم مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرار به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

تعالى) والذي يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى. وقال في الفتاوى الصغرى: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبحث أميناً حتى يدور معه أينما دار، لكن لا يجلسه في موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله، بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره. ثم قال: رأيت في الزيادات في الباب الخامس والأربعين أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن المدعي بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى.

المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه، وأما الأمر بالملازمة فلتلا يضيع حقه، فإن قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يثوب، وإن كان مسافراً فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي، إذ ليس فيه كبير ضرر، وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر، وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال: (واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وقال عليه الصلاة والسلام «من حلف بغير الله فقد أشرك» (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ، وذلك مثل قوله: قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه. وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس اليمين أي في أي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لأن كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف (قال) أي القدوري في مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام (من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر)^(١) أقول: هاهنا كلام وهو أنه قال في كتاب الأيمان: اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه، وهذا صريح في أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضاً بصفاته التي يحلف بها في المتعارف، والحصر المستفاد من قوله هاهنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى. وأيضاً قال هناك: وإن قال إن فعلت هذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً، والحصر المستفاد هاهنا ينفيه أيضاً. ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها، فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضاً اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيد قوله دون غيره. وعن الثاني بأن اليمين في الصورة المذكورة وإن لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال إلا أنها كانت به في المآل فتأمل. وفي المبسوط: إن الحرّ والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء، لأن المقصود هو القضاء بالنكول، وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أي اليمين (بذكر أوصافه) أي بذكر أوصاف الله تعالى، هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (وهو التغليظ، وذلك مثل قوله قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر) والخفاء (ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها، لأن كيفية الشيء وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته، واليمين بالله دون غيره لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وكلامه فيه ظاهر وقوله: (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق) هو ظاهر الرواية، وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله، لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه. وابن سوريا بالقصر اسم أعجمي «روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى قوماً مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال المصنف: (واليمين بالله) أقول: قوله واليمين مبتدأ، وقوله بالله خبره.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٠ وأبو داود ٤٤٤٨ والبيهقي ٢١٤/٨، وأحمد ٢٨٦/٤ كلهم من حديث البراء بن عازب وورد من حديث جابر أخرجه أبو يعلى ٢٠٣٢ والحميدي ١٢٩٤. ولغظه «أن النبي ﷺ استحلف ابني سوريا حيث سألهما عن الرحيم، فاستحلفهما كيف تجدانه في كتاب الله: ٢: قال: فاستحلفهما بالله الذي لا إله إلا هو الذي أنزل التوراة على موسى كيف تجدون حد الزاني في كتابكم؟». وورد أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود ٤٤٥٠ مطولاً.

أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط فيه كي لا يتكرر عليه اليمين، لأن المستحق يمين واحدة، والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول: قل بالله أو والله، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره، وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير. قال: (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق) لما روينا، وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق. قال:

ادعاء، وهو كذا وكذا ولا شيء منه، وله) أي وللقاضي (أن يزيد في التغليظ على هذا) أي على المذكور (وله أن ينقص منه) أي من المذكور لأن المقصود من الاستحلاف النكول، وأحوال الناس فيه مختلفة؛ منهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط، ثم منهم من يمتنع بأدنى تغليظ، ومنهم من لا يمتنع إلا بزيادة تغليظ، فللقاضي أن يراعي أحوال الناس. والأصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه «في الذي حلف بين يدي رسول الله ﷺ فقال: والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب»^(١) ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ (إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو، إذ لو ذكر: والله والرحمن والرحيم بالواو صارت ثلاثة أيمان، وتكرار اليمين غير مشروع، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط (لأن المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار، إن شاء غلظ) فلا يزداد عليها (وإن شاء) القاضي (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى: فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج إليه فالرأي فيه إلى القاضي (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) إذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (ويغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الأول (وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا في القيل الأول (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»^(٢) (وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك) أي بالطلاق أو بالعناق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول: يرد عليه أن هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» فلا يصح على ما عرف في موضعه. وفي فتاوى قاضيخان: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعناق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعناق ونحو ذلك حرام. وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية انتهى. وفي الذخيرة: التحليف بالطلاق والعناق والأيمان المغلظة لم يجوز أكثر مشايخنا وأجازها البعض، فيفتي بأنه يجوز إن مسته الضرورة، وإذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بأن الرأي إلى القاضي انتهى. وفي فصول الأستروشنى: ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً انتهى. وفي الخلاصة:

فقالوا: إنهما زنيا: فأمر بإحضار ابن صوريا وهو جبر هم فقال: أنشدك بالله: أي أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنى في كتابكم هذا؟ وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان، لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجابه خرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع) قال

قوله: (لا يقضى عليه بالنكول) أقول: على ظاهر الرواية وهو الصحيح قوله: (لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً) أقول: فكيف سوغ للقاضي تكليف الإتيان بما هو منهى عنه شرعاً، ولعل ذلك البعض يقول النهي تنزيهي.

(١) بل جاء التصريح بابن صوريا في حديث جابر أخرجه أبو داود ٤٤٥٢ وأبو يعلى ٢٠٣٢.

(٢) موقوف. ذكره البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي كما في نصب الرأية ١٠٣/٤ وقال الزيلعي: وقال البيهقي في آخر الباب: وفي كتاب المستخرج لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي، وفيه إرسال. وكذا ذكر ابن حجر في الدراية ١٧٦/٢.

(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن سوريا الأعور «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا» ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسي بالله الذي خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل. ويرى عن أبي حنيفة رحمه الله في النوادر أنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً. وذكر الخصاص رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم، بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف إلا بالله) لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنَّ الله - قال: (ولا يحلفون في بيوت

التحليف بالطلاق والعقاق والأيمان المغلظة لا يجوزُ أكثر مشايخنا فإن مست الضرورة يفتي بأن الرأي إلى القاضي، فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى. أقول: قد تلخص من هذه المذكورات كله أن للقاضي أن يحلف بالطلاق والعقاق عند إلحاح الخصم، وأن يفتي بجواز ذلك إن مسته الضرورة، ولكن ليس له أن يقضي بالنكول عنه، وإن قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية: ولكهنم قالوا: إن نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً، ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى. لكن فيه إشكال لأن فائدة التحليف القضاء بالنكول، فإذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به، ألا يرى إلى ما مر في بيان دليل أبي حنيفة على عدم جواز الاستحلاف في الأشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الأشياء، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى لقوله) أي لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن سوريا الأعور) وفي المغرب: ابن سوريا بالقصر اسم أعجمي (أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا) أي التحميم، هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود مسنداً إلى البراء بن عازب رضي الله عنه قال: «مرَّ النبي عليه الصلاة والسلام بيهودي محمم، فدعاهم فقال: هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟ قالوا نعم، فدعا رجلاً فقال: نشدتك الله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟ فقال: اللهم لا، فلو أنك نشدتني بهذا لم أخبرك، حد الزنا في كتابنا الرجم، ولكنه كثر من أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا: تعالوا فنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه، فأمر به فرجم»^(١) وقال شراحه: وهذا الرجل هو عبد الله بن سوريا، وقد صرح باسمه في سنن أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي ﷺ قال له: يعني لابن سوريا، الحديث. وهذا مرسل (ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى) أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعاً له عن الإقدام على اليمين الكاذبة (ويحلف المجوسي بالله الذي

الشافعي: إذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، وفيه ما مر من الحرج على الحاكم. قال: (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب. والضابط في ذلك أن السبب، إما أن كان مما يرتفع برافع أو لا، فإن كان الثاني فالتحليف

(١) «الينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

عبادتهم) لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك. قال: (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع. قال: (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجدد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعث) لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف

خلق النار، هكذا ذكر محمد في الأصل) وذلك لأن المجوسي يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً) تفادياً عن تشريك الغير معه في التعظيم (وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا، لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم) لأن النار كغيرها من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس، فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار. وفي المبسوط: وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة، فلمقصود النكول قال: تذكر النار في اليمين انتهى (بخلاف الكتابين) أي التوراة والإنجيل (لأن كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثنى لا يحلف إلا بالله، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَلْتَن سَأَلْتَهُمْ مِنْ خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لِيَقُولُنَّ﴾ لا يقال: لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الأوثان. لأننا نقول: إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم؛ ألا يرى إلى قوله تعالى حكاية عنهم. ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى. وإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون على الإقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها) أي لا يحضر بيوت عبادتهم للحرج (بل هو ممنوع عن ذلك) لأن فيه تعظيم ذلك المكان، والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان، ففي أي مكان حلفه جاز. وفي الأجناس قال في المأخوذ للحسن: وإن سأل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه، كذا في غاية البيان (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أي بدون تعيين الزمان والمكان (وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) أي حضور الأزمان المعينة والأماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أي الحرج مدفوع بالنص. وقال الشافعي: إذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فإنها تختص بمكان؛ إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط وشرح الأقطع (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجدد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه

على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى السبب عند أبي يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضي أحلف بالله ما بعث أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فحيثن يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل، هذا هو الظاهر. ونقل عن شمس الأئمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر في إنكار المدعى عليه، فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجدد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بممتصّر لأنه يقتل بالارتداد، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً، فإن الرق يتكرر عليه بنقض العهد والحقا وعليها بالردة والحقا، وإذا ادعت

قوله: (وفي إيجابه حرج على القاضي بحضوره) أقول: الباء للسببية، والضمير في قوله وفي إيجابه راجع إلى تغليظ اليمين.

بالله ما غضبت) لأنه قد يغضب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) لأنه قد يطرأ عليه الخلع (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عُرِض

ولا يستحلف بالله ما بعث) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب. واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب، والضابط في ذلك أن السبب، إما إن كان مما يرتفع برفع أو لا، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله إلا إذا عُرِض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة (لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الإقالة: أي ثم تطرأ عليه الإقالة فلا يبقى البيع على حاله، فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذي هو البيع هاهنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعاً للضرر عنه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أي رد المدعي (ولا يحلف بالله ما غضبت) هذا أيضاً من قول القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأنه قد يغضب) أي قد يغضب الشيء (ثم يفسخ) أي يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب هاهنا لتضرر فيه فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) وهذا أيضاً من قول القدوري. وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح: هذا على قولهما لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما. أقول: الأولى أن يقال هذا على قول محمد، لأن الاستحلاف في النكاح مطلقاً، وإن كان يجري على قولهما معاً إلا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل إنما يجري على قول محمد فقط، إذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف إنما هو على السبب كما ينادي عليه قول المصنف فيما سيأتي، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب. نعم سيقول المصنف هناك أيضاً إلا إذا عُرِض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل، لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقاً أي سواء عُرِض أو لم يعرض يدل عليه قطعاً بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي يوسف الخ إذ لا خلاف في صورة التعريض. قال المصنف في التعليل (لأنه قد يطرأ عليه الخلع) أي يطرأ على

المبتوتة نفقة والزواج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب، لأنه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي. فإن قيل: بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعي؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعي يدعي ما هو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، وإذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب، مما يتكرر

قوله: (فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول: أي على ظاهر الرواية قوله: (أيها القاضي) أقول: مقول يقول قوله: (هذا هو الظاهر) أقول: أي ظاهر الرواية قوله: (يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول: وإن أنكر الحكم قوله: (والأمة مطلقاً) أقول: أي كافرة أو مسلمة قوله: (وعليها بالردة واللاحاق) أقول: إذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى، فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقاً قال المصنف: (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الخ) أقول: أي التحليف على الحاصل، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف في النكاح عنده، ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما في المزارة فليتأمل.

بما ذكرنا فحيثئذ يحلف على الحاصل. وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل. فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحيثئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك أن تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها، أو ادعى شفعة بالجوهر والمشتري لا يراها، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى، وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه، بخلاف

النكاح الخلع، فلو حلف على السبب الذي هو أصل النكاح هاهنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) وهذا أيضاً من قول القدوري، فكأنه زاد ذكر دعوى في هذه المسألة التي هي أخرى المسائل المتناسبة المذكورة هاهنا إيماء إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضاً، إلا أنها تركت فيها اعتماداً على انفهامها بمعونة المقام. قال المصنف في تحليل هذه المسألة (لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة) وفرع على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على ما مر تقريره (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد) أي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما. قال بعض العلماء: هاهنا كلام وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الظاهر أيضاً أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب: أي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مر. ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال: أي التحليف على الحاصل قول أبي حنيفة ومحمد، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده في النكاح انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل، إذ قد صرح المصنف هاهنا بلفظ الجمع تعييناً لكون الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر (أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك) أي في جميع ما ذكر من الوجوه (على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا) أي إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب. وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضي إذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقلل فيه، وعلى هذا باقي أخوات البيع فتدبر (فحيثئذ يحلف على الحاصل) أي فحيثئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال، وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقاً

فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبي يوسف يحلف على السبب. قال: (ومن ورث عبداً وأدعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات، ونوقض بالرد بالغيب، فإن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو أبق وأثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق مع أنه على فعل الغير، وبالمودع إذا ادعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير،

قال المصنف: (فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول: في باب اليمين فتاوى قاضيان ما يخالفه فراجعه وتدبر في دفعه قوله: (وإذا ادعت المبتوتة النفقة الخ) أقول: وفي الخانية في باب اليمين: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فأنكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة إليها إلا إذا عرضت المرأة فتقول إنه من أصحاب الحديث يزعم أنه لا نفقة للمبتوتة. ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضي على السبب بالله ما طلقها بعد الدخول انتهى. فأقول: لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور في الكتاب، ويجوز أن يقال ما في الخانية فيما إذا لم يعلم القاضي مذهب الزوج وما في الهداية والشروح فيما إذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها قوله: (يحلف على البتات الخ) أقول: الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما

الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرّر الرق عليها بالردة واللاحق عليه بنقض العهد واللاحق، ولا يكرّر على العبد المسلم.

للمدعى عليه حين طالب به، كذا في النهاية نقلاً عن شرح الأقطع (وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه) أي روى عنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه (إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفي فتاوى قاضيه خان: قال شمس الأئمة: هذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة. وفي الكافي: قال فخر الإسلام: يفوّض إلى رأي القاضي (فالحاصل هو الأصل عندهما) أي التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما (إذا كان سبباً) أي إذا كان سبب ذلك سبباً (يرتفع برافع إلا إذا كان فيه) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك) أي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي (مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها) أي لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها) بأن كان شافعياً (لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي) فإن قيل: في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضاً لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب. قلنا: القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن كان سبباً) أي إن كان سبب ذلك سبباً (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه) وجحد المولى فإنه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لأنه لا ضرورة إلى التحليف على الحاصل، إذ لا يجوز أن يعود رقيقاً بعد الإعاق، كيف ولو تصوّر عود الرق فإنما يتصوّر على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم لأنه يقتل بالارتداد (بخلاف الأمة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل: أي ما هي حرة أو ما هو حر في الحال كذا في الكافي (لأنه يكرّر الرق عليها) أي على الأمة (بالردة واللاحق) بدار الحرب والسبي (وعليه) أي ويكرّر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللاحق) بدار الحرب والسبي أيضاً (ولا يكرّر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفاً (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ورث عبداً وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أي الوارث (على علمه) أي بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعي (لأنه لا علم له) أي للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) إذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه

وبالوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك حلف على البتات. وفي صور النقض يدعي العلم فكان الحلف على البتات، وتخريجها على الأول أن في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليماً عن العيوب، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، وفي الباقيين الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض (وإذا ورث عبداً وادعاه آخر استحلف على علمه، لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق

عليك حق الرد فإن بالحلف على السبب يتضرر البائع إذ قد يبرأ المشتري عن العيب قوله: (وفي صورة النقض يدعي العلم الخ) أقول: غير مسلم في الرد بالعيب قال المصنف: (لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول: قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه إذا نكل الحلف على البتات أكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. فيه بحث، أما أولاً فلأن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضى بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى، والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف خذراً عن التكرار فليتأمل، وأما ثانياً فلأن قوله ويقضى عليه إذا نكل الخ محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل؟.

قال: (ومن ورث عبداً وأدعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات

صادقاً فيها فيتضرر به، كذا في الكافي (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعني إن وهب له عبداً أو اشتراه وأدعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أي المجوز (لليمين) أي لليمين على البتات (إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة) فإن قيل: بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الإرث وغيره فإن الإرث أيضاً سبب موضوع للملك شرعاً كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم؟ قلنا: إن معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً أن ذلك سبب يثبت الملك باختياره المشتري ومباشرته، ولو لم يعلم المشتري أن العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختياراً وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات، كذا في الشروح. ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضاً من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البتات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم. فإن قيل: أنى يستقيم هذا. ولو ادعى عليه رجل إباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الإباق فإنه يحلف على البتات مع أن الإباق فعل غيره؟ قلنا المدعى يدعي عليه تسليم غير التسليم عن العيب وهو ينكره، وأنه فعل نفسه، كذا في الكافي. قال الإمام الأستروشنى في الفصل الثالث من فصوله: وأما كيفية التحليف فنقول: إن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بأن ادعى على رجل أنك سرق هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات، وإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى ديناً على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى أن أبك سرق هذا العين مني أو غصب هذا العين مني يحلف على العلم، وهذا مذهبنا. قال شمس الأئمة الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب يريد به أن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو أبى وأثبت إباقه أو سرقة في يد نفسه وادعى أنه أبى أو سرق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبى بالله ما سرق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير، وهذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب والتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات. وكان فخر الإسلام البزدوي يزيد على هذا الأصل حرفاً، وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم، إلا إذا كان شيئاً يتصل به فحينئذ يحلف على البتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذلك مما يتصل به، لأن تسليم العبد سليماً واجب على البائع، فإن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بأن قال اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره فإنها تقوم باثنين، ففي هذه الصور يحلف على البتات. وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات؛ ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن ووجد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برىء المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك فإنه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات، إلى هنا لفظ الفصول، كذا في غاية البيان. وذكر الإمام اللامشتي أن في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً، وإذا

لليمين، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة) فإن قيل: الإرث كذلك. أجب بأن معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع. قال: (ومن ادعى على آخر مالاً الخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شيء مثل المال المدعى به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه، ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. وذكر في

(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة.

نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل يقضي عليه لأن الحلف على البتات أقوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفصول. وقال بعض الفضلاء: قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضي عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم، ويقضي عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات أكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. وفيه بحث؛ أما أولاً: فلأن قوله لا يقضي عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي، بل اللائق أن يقضي بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى. والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار. وأما ثانياً: فلأن قوله ويقضي عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضي عليه إذا نكل، إلى هنا كلام ذلك القائل. وأقول: بحثه الثاني متوجه في الظاهر، ولكنه ليس بمستقل بإيراده، بل قد سبقه إليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال: وفيه كلام، وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى. وقد سبقهما إليه الإمام عماد الدين حيث قال في فصوله: ورأيت فيما كتبت من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من أدب القاضي منه: في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبراً، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لأن البتات أقوى ولو نكل عنه يقضي عليه. قلت: وهذا الفرع مشكل انتهى. ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضي عليه وإن وجه إشكاله توجه ما ذكرناه. وأما بحثه الأول وجوابه فم منظور فيهما: أما البحث فلأن اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل، والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الأول كما لا يخفى. وأما الجواب فلأنه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضاً ما ذكر، ولا يجري الجواز المذكور هناك، على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حذراً عن التكرار، إذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أي افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أي صالح الآخر المدعي من اليمين (على عشرة دراهم مثلاً فهو) أي الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعي، وقد يكون بمال هو أقل من المدعي. وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعي في الغالب لأن الصلح ينبيء عن الحطيطة، وكلاهما مشروع، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) أي الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية: ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى

الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف، فقيل ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان، فلما خرج المقداد قال

قوله: (قال عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف) أقول: فيه نظر، فإنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه إنها كانت سبعة آلاف، ثم إن القصة ليست مما نحن فيه إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح.

قال: (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله

بيمينه ولم يحلف، فقليل ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة^(١)، وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته، فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف، فقال عمر لعثمان: أنصفك المقداد احلف إنها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان رضي الله عنه، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما إنها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك؟ فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله. فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه نظر، فإن المقداد رضي الله عنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف، ثم إن قصة المقداد ليست مما نحن بصده، إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح انتهى. وأقول: نظره ساقط بشقيه، أما شقه الأول فلأن معنى قول عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف، أنها كانت في الأصل سبعة آلاف كما يرشد إليه لفظ كانت، لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف. ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف إنما ينافي الأول دون الثاني. فإن قلت: يشكل حينئذ قوله. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه إذ النزاع حينئذ يكون في الإيفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته. قلت: المراد به أنه كان يدعي إيفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول: بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف، فحينئذ يكون النزاع في الإيفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض، فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر، ويخرج الجواب عما قاله الشافعي. وأما شقه الثاني: فلأنه لم يدع أحد أن القصة مما نحن بصده، بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً في هذه القصة فصالح أن يتخذه الشافعي دليلاً على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي، وإن أمكن الجواب عنه من قبلنا، وإنما كان مدعى عليه ومفتدياً عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية، والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه إنما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها، وقد أشار إليه صاحب العناية حيث قال أولاً: ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية، ثم نقل هذه القصة فقال: فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي. واعلم أن صاحب النهاية: قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال: قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أو مدعياً، ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف، فقليل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. وذكر في الباب الأول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسألة رد اليمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً فقال: وحجته في رد اليمين على المدعي ما روى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم، إلى أن قال: ليحلف لي عثمان. وذكر الإمام

عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك؟ إليك؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله. فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان. وبه نقول. ثم لما بطل حقه

(١) صحيح أخرجه البخاري ٦٦٤٦ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٤٩ والترمذي ١٥٣٤ والنسائي كما في التحفة ٢٨/١٠ والدارمي ١٨٥/٢ ومالك ٢/٤٨٠ والبيهقي ٢٨/١٠ وعبد الرزاق ١٥٩٢٣، وابن حبان ٤٣٦٠، ٤٣٥٩ كلهم من حديث ابن عمر. وورد من حديث ابن عمر عن عمر بن الخطاب أخرجه البخاري ٦٦٤٧ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٥٠ والنسائي ٥/٧ وابن ماجه ٥٠٩٤ والبيهقي ٢٨/١٠ وعبد الرزاق ١٥٩٢٢ وأحمد ١٨/١، ٣٦.

عنه . (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً) لأنه أسقط حقه، والله أعلم .

المحبوبي تمام القصة فقال : روي أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف . فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته، فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف، فقال عمر لعثمان: أنصفك المقداد لتحلف أنها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك-إليك؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله . ثم قال في المبسوط: وتأويل حديث المقداد أنه ادعى الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول، إلى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبداً) أي في وقت من الأوقات (لأنه أسقط حقه) أي لأن المدعي أسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح، بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر، وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تملك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتمرات .

في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه، لأن الشراء عقد تملك المال بالمال واليمين ليست بمال .

باب التحالف

قال: (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البيئات للإثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعاً فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما) أي المشتري (ثمناً) بأن قال مثلاً اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بأن قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال مثلاً المبيع كَرَّ من الحنطة (وادعى المشتري أكثر منه) بأن قال هو كَرَّان من الحنطة. والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الأولى أو في قدر المبيع كما في الصورة الثانية (فأقام أحدهما البينة قضى له بها) أي بالبينة (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لأن البينة توجب منه الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجب عليه (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البيئات للإثبات) أي وضعت في الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتاً كان أولى (ولا تعارض في الزيادة) لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض، كذا في غاية البيان. قال تاج الشريعة: فإن قلت: البينة التي تثبت الأقل تنفي الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر. قلت: المثبتة للزيادة تثبتها قصداً وتلك لا تنفيها قصداً فكانت الأولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى. أقول: جوابه هذا وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً) بأن قال البائع مثلاً بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثتها وهذا العبد معها بخمسين ديناراً وأقاما بينة (فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات) فالجارية والعبد جميعاً للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور. وقيل: هذا قول أبي حنيفة آخر، وكان يقول أولاً وهو قول زفر: يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً. ونظير هذه المسألة في الإجراءات،

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فأخّر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (إذا اختلف المتبايعان في البيع) فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كَرَّ من حنطة وقال المشتري هو كَرَّان، فمن أقام البينة قضى له بها، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجب، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البيئات للإثبات ولا تعارض بينهما في

باب التحالف

قال المصنف: (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول: ولو ظاهراً فلا يخالف ما سيجيء بعد أسطر، لأن المشتري لا يدعي شيئاً الخ، إذ المراد لا يدعي ادعاء معنوياً وبه يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشتري بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعي، فإنه إذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لأنه تسمع بينة المدعي صورة كما إذا ادعى المودع رد الوديعة، وإن أريد أنه ليس بمدع أصلاً ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى قال المصنف: (ولا تعارض في الزيادة) أقول: فيه شيء جوابه لا يخفى.

كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظراً إلى زيادة الإثبات. (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسسخنا البيع، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يراضيان به (فإن لم يراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى

كذا في الشروح. ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً: أي في قدرهما على ما ذكرنا في صورة المسألة. وأما إذا اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله؛ كما لو قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري. لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول، ولأنه يثبت بينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبيّنات للإثبات لا للنفي، كذا في النهاية نقلاً عن المسوط. أقول: في التعليل الثاني بحث، أما أولاً فبالمعارضة فإن المشتري يثبت بينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك، والبيّنات للإثبات لا للنفي فينبغي أن تقبل بينة المشتري دون البائع. وأما ثانياً فبالنقض، فإنه لو سلم هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده بإقامة البينة أيضاً، إذ حينئذ ينفي المشتري أيضاً بينته حق البائع فيما ادعاه، والبيّنات للإثبات لا للنفي مع أن المسألة على أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعاً. وأما ثالثاً فبالمنع، فإن لا نسلم أن المشتري ينفي بينته ما يشته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يشته البائع وهو كون حقه في العبد، فإن حصل مما يشته المشتري نفي ما يشته البائع فإنما هو بالتبع والتضمن لا بالأصالة والقصد، وذلك لا يتنافي كون وضع البيّنات للإثبات دون النفي (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري) أي يقول الحاكم للمشتري (إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسسخنا البيع، وقيل للبائع) أي ويقول للبائع (إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسسخنا البيع، لأن المقصود) أي المقصود من شرع الأسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة (لأنه ربما لا يرضيان) أي المتبايعان (بالفسخ فإذا علما به) أي بالفسخ (يراضيان به) أي بمدعي كل واحد منهما. أقول: لقائل أن يقول: كما أن ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بأن يقال للبائع إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري وإلا فسسخنا البيع، وأن يقال للمشتري إما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع وإلا فسسخنا البيع. وبالجمله أن قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعي الأقل بالرضا بالأكثر يمكن أيضاً بعكسه، وهو أن يكلف مدعي الأكثر بالرضا بالأقل، فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فإن لم يراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية في شرح

الزيادة فمشتبها كان أكثر إثباتاً، ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فقال البائع بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثتها وهذه معها بخمسين ديناراً وأقام بينة فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات وهما جميعاً للمشتري بمائة دينار. وقيل هذا قول أبي حنيفة آخر، وكان يقول أولاً وهو قول زفر: يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً، وإن كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهي لمن الاتفاق على قوله وهو البائع، لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسسخنا البيع، ويقول البائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسسخنا البيع،

قال المصنف: (وإن لم يكن لكل واحد منهما) أقول: الأظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى (قال المصنف: وهذه جهة فيه) أقول: أنت اسم الإشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة.

الأخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر فيحلف؛ فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه،

قول المصنف فإن لم يتراضيا: أي بأن يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى. أقول: فيه قصور، لأن هذا لا يتصور إلا في الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة، وهي ما إذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً دون الصورتين الأخريين، إذ قد مر في الكتاب أن صورة الاختلاف في الثمن أن يدعي أحدهما ثمناً ويدعي الآخر أكثر منه، وأن صورة الاختلاف في المبيع أن يدعي أحدهما قدراً من المبيع ويدعي الآخر أكثر منه، فلو أعطى كل واحد ما يدعي صاحبه في هاتين الصورتين لزم إعطاء الثمنين معاً أو إعطاء المبيعين معاً وهذا خلف. ولا يخفى أن ما ذكره المصنف هاهنا حكم عام للصور الثلاث جميعاً فلا يناسبه التفسير المزبور. وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام: أي إن لم يتراض البائع والمشتري: يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى. أقول: وفيه أيضاً قصور، لأن هذا أيضاً لا يجري إلا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا يناسب ما ذكره المصنف هاهنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها. وأما سائر الشراح فلم يتعرضوا هاهنا للشرح والبيان. فالحق عندي في شرح المقام أن يقال: أي إن لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعي أحدهما كما في الصورة الأولى والصورة الثانية، أو مما يدعي كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، فحينئذ يجري معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أي قبل قبض المشتري السلعة، كذا في العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره) أي ينكر ما ادعاه البائع (والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لأن اليمين على المنكر بالحديث المشهور^(١) (فأما بعد القبض فمخالف للقياس، لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه) أي كان القياس أن يكتفي بحلفه. فإن قلت: إذا لم يدع المشتري شيئاً فيما بعد القبض ينبغي أن لا تقبل بينته في هذه الصورة إذا أقامها، لأن البيئة للمدعي مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البيئة قضى له بها. قلت: المراد أن

لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه، لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان، أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً، لأن المبيع سالم له في يده، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» ولقائل أن يقول: هذا الحديث مخالف للمشهور، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح، وإن كان فكذلك لعموم المشهور، أو بتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخرأ ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف إنه يبدأ بيمين البائع لأن المشتري أشدهما إنكاراً

قال المصنف: (لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره) أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف إليه أو لوجوه أخرى.

(١) صحيح. وقد تقدم تخريجه قبل قليل.

لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراذا» (ويبتدىء بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرأ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن، ولو بدىء بيمين البائع

المشتري لا يدعي شيئاً ادعاء معنوياً فيما بعد القبض، وهذا لا ينافي أن يكون المشتري مدعياً ادعاء صوريا في هذه الصورة، وبينه المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما إذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر. لا يقال: إن كان المشتري مدعياً صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكراً لما ادعاء صورة فيصير التحالف هاهنا أيضاً موافقاً للقياس. لأننا نقول: لم يقل أحد بتحليف المنكر الصوري، بل إنما اليمين إيداء على المنكر الحقيقي، بخلاف المدعي الصوري فإن البيئة تسمع منه على ما ذكرنا. ولك أن تقول في الجواب عن أصل السؤال أن المشتري لا يدعي شيئاً فيما بعد القبض وقبول بيئته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعياً، وهذا أي قبول البيئة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه يعرفه من يتبع الكتب، وهذا الوجه من الجواب هو الأوفق لما رأيناه حقاً في شرح مراد المصنف من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أنه إن أراد المصنف بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الإشارة إلى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركافة لفظاً ومعنى. أما الأول فلأن تلك الصورة أبعد الصور المذكورة، فالإشارة إلى ما فيها بلفظ القريب بعيد. وأما الثاني فلأن الأصل المذكور: أعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة، بل هو جار أيضاً في صورة الاختلاف في المبيع، فإن المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره، والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف. وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئاً لأن الثمن سالم له. بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه، ولقد أفصح الإمام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين: وهذا إذا كان قبل قبض أحد البديلين فظاهر وهو قياس، وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئاً على صاحبه، وإنما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى. فإذا لم يكن الأصل المذكور مخصوصاً بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الإشارة إلى ما فيها وجه، وإن أراد بها الإشارة إلى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركافة لفظاً ومعنى أيضاً. أما الأول فلأن لفظ هذا يصير حينئذ زائداً، لا موقع له في الظاهر. وأما الثاني: فلأن الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعي. ثم اعلم أن صاحب الكافي وكثيراً من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الأصل المذكور، ولكنهم ذكروا أيضاً في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط، ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكننا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفي بحلفه. يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكننا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة

لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالإنكار، وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدّة التقدم وهو الأنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه، أو لأن فائدة النكول تتعجل بالبداة به وهو إلزام الثمن، ولو بدىء بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع إلى زمن استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف يقول أولاً يبدأ بيمين البائع وذكر في المتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام (إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام خضه بالذكر، وأقل فائدته التقديم: يعني أنه عليه

تأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع» خصه بالذكر، وأقل فائدته التقديم (وإن كان بيع

قائمة بعينها تحالفاً وتراداً^(١). قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: هذا الحديث مخالف للمشهور، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح، وإن كان كذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى. أقول: في الجواب عنه قد تقرر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص، فحينئذ يكون هذا الحديث راجحاً على الحديث المشهور، لأن هذا الحديث يدل بعبارة على استحلاف المدعي أيضاً فيما نحن فيه. وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارة على عدم استحلاف المدعي مطلقاً، بل إنما يدل عليه بإشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو إذن مرجوح (قال) أي القدوري في مختصره (ويبتدىء) أي القاضي (بيمين المشتري) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرأ ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازاً عن القول الأول لأبي يوسف كما سيجيء (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن) فهو البادئ بالإنكار. قال صاحب العناية: وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدّة التقدم وهو أنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الظاهر أن مدار ما ذكره

الصلاة والسلام جعل القول قوله، وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفي بها فلا أقل من البداءة بها، وإن كان العقد مقابضة أو صرفاً يبدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما. قال: (وصفة اليمين النخ) ذكر في الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. وقال في الزيادات: يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه

قوله: (هذا الحديث مخالف للمشهور النخ) أقول: قال في النهاية: والحديث صحيح مشهور قوله: (لعموم المشهور) أقول: فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين في الأصول، وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين قوله: (أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول: فهو معمول به قطعاً فيما محل النزاع، وهذا الحديث ليس كذلك قال المصنف: (وكان أبو يوسف، إلى قوله: تقديمه) أقول: وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العهد ما يمكن أن يكون جواباً عن التمسك بهذا الحديث.

(١) ضعيف بهذا اللفظ: أخرجه أبو داود ٣٥٥١ والترمذي ١٢٧٠ والنسائي ٣٠٢/٧ وابن ماجه ٢١٨٦ والدارمي ٢٥٠/٢ وأبو يعلى ٤٩٨٤ والبخاري ٢١٢٣ والدارقطني ٢٠/٣، ٢١ والبيهقي ٣٣٢/٥، ٣٣٣ وأحمد ٤٦٦/١ والحاكم ٤٥/٢. كلهم من حديث ابن مسعود.

ولفظ أبي داود: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتاركان» ولفظ الترمذي: «إذا اختلف البيعان، فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار» وقال الترمذي: حديث مرسل، فإن ابن عون لم يدرك ابن مسعود.

ولفظ النسائي: «حضرت أبا عبيدة بن عبد الله بن مسعود وقد أتاه رجلان تبايعا سلعة، فقال أحدهما: أخذتها بكذا، وقال هذا: بعتهما بكذا، فقال أبو عبيدة: أتى ابن مسعود في مثل هذا، فقال: حضرت رسول الله ﷺ، وقد أتى في مثل هذا، فأمر البائع أن يستحلف، ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك» اهـ.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ. وفي رواية أبي داود، قال ابن القطان: وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود ومع الانقطاع فبعد الرحمن بن قيس مجهول الحال وكذلك أبو قيس وكذلك جده محمد إلا أنه أشهرهم وهو أبو القاسم بن الأشعث عده في الكوفيين روى عنه مجاهد، والشعبي، والزهرري، وعمر بن قيس الماصر، وسليمان بن يسار، وروى عن عائشة وأما روايته عن ابن مسعود فنقطعة. وفي رواية النسائي. قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي: وقع عبد الملك بن عبيد وهو لا يعرف، وفي رواية أحمد عبد الملك بن عمير وكأنه وهم.

وقال المنذري في مختصره: وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تثبت وقد وقع في بعضها: «إذا اختلف البيعان، والمبيع قائم بعينه» وفي لفظ: «والسلعة قائمة» وهو لا يصح فإنها في رواية ابن أبي ليلى، وهو ضعيف، وقيل: إنه من قول بعض الرواة والله أعلم.

وقال البيهقي في المعرفة: وأصح إسناد روي في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، وليس فيه: «والمبيع قائم بعينه».

عين بعين أو ثمن بثمان بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) وقال في الزيادات: يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف

المصنف على كون البادي أظلم لكونه منشأ للثاني أيضاً فيكون أشد كما يكون أقدم، ويجوز أيضاً أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالباً أولاً بالثمن كان منكراً للشئيين أصل الوجوب ووجوب الأداء في الحال فكان أشد إنكاراً، وعند هذين المحملين الصحيحين لإجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الأشد على الأقدم تجوزاً مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولأنه يتعجل فائدة النكول) أي بالابتداء بيمين المشتري (وهو) أي فائدة النكول إلزام الثمن ذكر الضمير الراجع إلى الفائدة، إما باعتبار الخبر وهو (إلزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدىء بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن) لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع إلى أن تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى، كذا في الكافي (وكان أبو يوسف يقول أولاً: يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنتقى وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر، كذا في العناية وغيرها (لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قالها البائع»)^(٢) وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالذكر حيث قال: فالقول ما قاله البائع (وأقل فائدته) أي فائدة التخصيص (التقديم) يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع، وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه، فإذا كان لا يكتفي بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه. وفي غاية البيان قال في شرح الأقطع جواباً عن هذا الحديث: إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»^(٣) فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى. أقول: فيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»^(٤) كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضاً في حق البائع، فإنه قد مر أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما إذا اختلفا قبل القبض وفيما إذا اختلفا بعد القبض. ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري، وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع، فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»^(٥) في أكثر

بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاختصار على النفي لأن الأيمان وضعت للنفي كاليينات للإثبات، دل على ذلك حديث القسامة «بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً» وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد، فإن حلقتا فسخ القاضي البيع بينهما إذا طلباه أو طلب أحدهما، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب، وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف، بل لا بد من الفسخ، لأنه لما لم يثبت مدعي كل منهما بقي بيعاً مجهولاً يفسخه الحاكم قطعاً للمنازعة. أو يقال: إذا لم يثبت البذل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائماً قال في المبسوط: حل للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة، وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلاً لصحة البذل في الأعواض، وإذا كان باذلاً لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بشيئيه لعدم المعارض. قال: (وإذا اختلفا في الأجل الخ) وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع. وقال زفر والشافعي: يتحالفان لأن الأجل جاري مجرى الوصف، فإن

(١) هو المتقدم.

(٢) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.

(٣) تقدم مراراً.

(٤) تقدم مراراً.

(٥) تقدم مراراً.

المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاختصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت، دل عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً». قال: (فإن حلفاً فسخ القاضي البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة. أو يقال إذا لم يثبت البديل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. قال: (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل بلاذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته. قال: (وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لأن

الصور، وعدم الاندراج تحته في بعض الصور، فلا فرق بينهما في إشكال اليمين وعدم إشكالها، وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور. ثم إن هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح، أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن (وإن كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمن) أي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) من البائع والمشتري (لاستوائهما) أي في الإنكار وفي فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) كذا ذكره في الأصل (وقال في الزيادات: يحلف) أي البائع (بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألفين يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً) قال المصنف (والأصح الاختصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت) أي على النفي وضعت لا على الإثبات. كذا في النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً»^(١)) وقال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن ذلك لا ينافي التأكيد انتهى. أقول: بل ينافية، لأن وضع الأيمان لما كان مقصوراً على النفي كما يرشد إليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت، بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخير عنه على ما هو حقه إفادة لقصر وضعها على النفي المشار إليه بذلك لم يجز إدراج الإثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد، وإلا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعاً، إذ لا شك أن الذي يجب عليه شرعاً ويكون حقاً للمدعي إنما هو الإتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات، فلا بد من الاختصار على النفي كما ذكر. ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل، جلها بل كلها مدخول ومجروح، تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل (قال) أي القدوري في مختصره (فإن حلفاً فسخ القاضي البيع بينهما) أي إن طلبا أو طلب أحدهما، كذا في الكافي والشروح. قال المصنف (وهذا) أي الذي ذكره القدوري (يدل على أنه) أي البيع (لا يفسخ بنفس التحالف) وقال في غاية البيان: وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال: إذا تحالف فسخ الحاكم البيع بينهما ولم يفسخ بالتحالف انتهى. وقال في الكافي: وقيل يفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول انتهى (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول) أي بقي بيعاً بثمن مجهول، كذا في الكافي والكفاية. أقول: هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن، فالأولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك: أي بقي بيع المجهول إما بجهالة المبيع فيما إذا اختلفا في

الثمن يزداد عند زيادة الأجل، والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا. ولنا أن هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف، وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك، كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يتخلل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار

(١) يأتي في القسامة، وهو صحيح. اختصره المصنف.

بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل

المبيع، وإما بجهالة الثمن فيما إذا اختلفا في الثمن، وإما بجهالة المبيع والثمن معاً فيما إذا اختلفا فيهما (يفسخه القاضي قطعاً للمنازعة) بينهما (أو يقال: إذا لم يثبت البذل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع) أي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما. وفي المبسوط: حلّ للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة، فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها، كذا في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه) أي التاكل (جعل باذلاً) لصحة البذل في الأعراس (فلم يبق دعواه معارضةً لدعوى الآخر فلزم القول بشوته) أي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة. أقول: في تقرير المصنف شيء، وهو أنه ساق الدليل على أصل أبي حنيفة فقط حيث قال: وجعل باذلاً، والتكول عندهما إقرار لا بذل كما مر، فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسألتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا، فكان الأحسن أن يقول: لأنه صار مقرراً بما يدعيه الآخر أو باذلاً كما قال صاحب الكافي والإمام الزيلعي. ثم اعلم أن الإمام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيداً آخر حيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء. وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر، لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئاً، أما على اعتبار البذل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلا لأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجباً بانفراده انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (وإن اختلفا في الأجل) أي في أصله أو قدره، كذا في الشروح (أو في شرط الخيار) أي في أصله أو قدره أيضاً. كذا في معراج الدراية وغاية البيان (أو في استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما إذا اختلفا في استيفاء كل الثمن، لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعي ومالك: يتحالفان، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع، كذا في معراج الدراية. ثم إن القول في مسائل الكتاب لمنكر الأجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء، وفي مسألة الاختلاف في أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها هاهنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب. قال صاحب العناية: وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول

كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداء وجنسه كالدرهم والدينار حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف، بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، وإذا لم يكونا وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط، والقول لمن ينكر العوارض، والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً، ولو اختلفا في

قوله: (وفي نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد) أقول: والجواب أن أحوج الأشياء إلى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره، فإذا اقتصر في التحليف به على النفي دل على ما ذكره دلالة واضحة، ولو سلم فقول المصنف: والأصح دون والصحيح للإشارة إليه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال قوله ذلك إشارة إلى قوله لأن الأيمان وضمت للنفي الخ، فإن الوضع للنفي لا ينافي التأكيد بالإثبات، كما أن الوضع للإثبات لا ينافي التأكيد بالنفي، فإنه يقول الشاهد أشهد أن فلاناً مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثاً غيره، كذا في شرح الإقناني، وفيه نظر، فإن تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البيئات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في معنى الإثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له لجميع التركة قوله: (وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره) أقول: الضمير في أصله وفي قدره راجع إلى الأجل قوله: (والقول قول البائع) أقول: ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكراً كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع قوله: (فإن الثمن يزاد عند زيادة الأجل الخ) أقول: فيصير الأجل كالرداء حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الأجل على ما ذكره يكون كالقدر.

لأنه ليس بوصف؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) لأنهما يشبان

المشتري إذا كان منكراً كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هاهنا مسلك التغليب اعتماداً على ظهور هذه الصورة. قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة (لأن هذا) أي الاختلاف في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص، والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد، إذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من المبيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن، وكأنه قيل: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفاً، فالاختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به، هذا زبدة ما في الشروح والكافي هاهنا (فأشبه الاختلاف في الحط) أي في الحط من الثمن (والإبراء) أي الإبراء عن الثمن، ولا تحالف في الاختلاف فيهما، بل القول قول من أنكّر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الأمور المذكورة (وهذا) أي كون الاختلاف في الأمور المذكورة اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به. ويجوز أن يشار به إلى الأقرب: أي شبه الاختلاف في الأمور المذكورة للاختلاف في الحط والإبراء (لأن بانعدامه) أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يختل ما به قوام العقد) لأن العقد بلا شرط وأجل جائز، فإذا اختلفا في الشرط أو في الأجل وحالفاً بقي العقد بلا شرط وأجل وأنه لا يوجب الفساد. وأما إذا اختلف في الثمن أو المضمن وحالفاً لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المضمن مجهولاً، وذلك يوجب الفساد. ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المضمن يوجب الاختلاف في العقد؛ ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل، وإذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعياً ومنكراً. أما الاختلاف في الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف في العقد؛ ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضي بالعقد بألف حالة، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة، كذا في النهاية نقلاً عن جامع الإمام قاضيخان (بغلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة والرداءة (أو جنسه) كالدرهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف لأن ذلك) أي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع إلى نفس الثمن) أي إلى الاختلاف في نفس الثمن (فإن الثمن دين وهو) أي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعروف وهو الثمن (ولا كذلك الأجل) أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن (لأنه) أي الأجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، ونور هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه)

استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك، لكنه لم يذكره لكونه مفروغاً عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى. وإذا اختلفا في مضي الأجل فالقول للمشتري، لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه. قال: (فإن هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فإن هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري. وقال محمد والشافعي: يتحالفاً، ويفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة، أما الدليل النقلي فهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراذاً» ولا

قوله: (فيما يتم به العقد) أقول: يدل عليه عنوان المتبايعين قوله: (والوصف لا يفارق الموصوف) أقول: مبني على الفرق بين الوصف والعارض.

بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض. قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالمعيب. لهما أن كل واحد منهما

أي بعد مضي الأجل ولو كان وصفاً لتبعه كذا في الكافي. قال في معراج الدراية: كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما) أي الخيار والأجل (يشتان بعارض الشرط) أي بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك، لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً، كذا في العناية (قال) أي القدوري في مختصره (فإن هلك المبيع ثم اختلفا) أي فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري) أي مع يمينه (وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي، وعلى هذا) أي على هذا الخلاف (إذا خرج المبيع عن ملكه) أي ملك المشتري (أو صار) أي المبيع (بحال لا يقدر) أي المشتري (على رده بالمعيب) بحدوث عيب في يده (لهما) أي لمحمد والشافعي رحمهما الله (أن كل واحد منهما) أي من البائع والمشتري (يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فإن البيع بألف غير البيع بألفين؛ ألا يرى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة (وأنه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب، ولهذا كان للشراح هاهنا طرائق قديداً ولم يأت أحد منهم بما يشفي الغليل. فقال صاحب النهاية: أي وأن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف، فإن فائدة اليمين النكول، وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فإن حكم التحالف التراذ وامتنع التراذ بالهلاك فلا فائدة في التحالف. فأجاب عنه وقال: بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان. فإن قيل: هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا: لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري، فإن المشتري إذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان، إلى هنا كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأنه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالإعطاء على البائع أن يكون من دفع إليه لا من دفع عنه حيث قال: أي وإن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف أن فائدة التحالف عند محمد هي إعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السؤال الذي

يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله «والسلعة قائمة» لأنه مذكور على سبيل التنبيه: أي تحالفاً وإن كانت السلعة قائمة، فإن عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب، فتحكيم قيمة السلعة في الحال متأت، ولا كذلك بعد الهلاك، فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى. وأما العقلي فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة. فإن قيل: هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد التراذ ولا فائدة له بعد الهلاك. أجب بقوله: (فإنه) يعني التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي

قوله: (والحكم باستيفاء) أقول: الظاهر في استيفاء قوله: (بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه الخ) أقول: الضمير في قوله بانعدامه راجع إلى بعض الثمن قوله: (لبقاء ما يحصل ثمناً الخ) أقول: فيه شيء يجوز دفعه بإرجاع ضمير انعدامه إلى الاستيفاء قوله: (ثم اختلفا لم يتحالفا) أقول: يعني ثم اختلفا في قدر الثمن قوله: (يفيد دفع زيادة الثمن الخ) أقول: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة ويدفع الزيادة المدعاة قوله: (بالنكول) أقول: أي بنكول المشتري، وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن قوله: (وإذا حلف البائع) أقول: يعني بعد حلف المشتري.

يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه

ذكره بقوله: فإن قيل بالضرورة، ولم يدفعه ما ذكره جواباً عنه أصلاً؛ لأنه إن أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف هاهنا بتحليف المشتري فليس بصحيح، إذ لا شك أنه إذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه إعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع، وإن أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئاً في دفع السؤال لأن مورد ما حمل عليه مراد المصنف هاهنا. وأما ثانياً: فلأنه إن أراد بقوله في الجواب والبائع إذا نكل النخ أنه إذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح، إذ قد تقرّر فيما مرّ أنه إذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر، فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله، وإن أراد به أنه إذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع. وأيضاً يتجه على مجموع الجواب أن الأمر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري إن حلف، كما أن الأمر الأول وهو وجوب إعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه إن نكل، فتمام الفائدة الذي ذكره وهو أحد الأمرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط. وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة: يعني أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيداً انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، لأنهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى، واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع، فيتجه على ما ذهب إليه أن نكول البائع إنما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفاً، وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة: أعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك. وقال صاحب العناية: وإنه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن: يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث لأنه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى، فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري، وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري، لأن الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري إنما هو نكول البائع، وأما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى إعطائه إياها فإذا يؤول قوله: يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول إلى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مرّ فيردّ عليه ما يردّ على ذلك ويزداد إشكال قوله وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة، لأن مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع، ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكماً وهذا ظاهر الفساد. فإن قلت: يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق وإذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك، ومعنى قوله السابق إذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بأن يقضي بما ادعاه المشتري وهو أقل الثمنين لا بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك، فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف. قلت: لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع، بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه، فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة، فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما

يدعيها البائع عليه بالنكول، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً، كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدرهم والآخر بالدنانير تحالفاً ولزم المشتري ردّ القيمة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما، فإلحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين: حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع. أما

سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة، والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد

ذكر. فإن قيل: يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله وإذا حلف البائع الخ على صيغ المبني للمفعول من التفصيل، وأن يكون المعنى وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة: أي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله. قلنا: فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية هاهنا فقال في تفسير قوله بالنكول أي بنكول المشتري، وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن، وقال في تفسير قوله وإذا حلف البائع: يعني بعد حلف المشتري، وقال: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا. قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى. أقول: جملة ما ذكره ليست بشيء، أما في تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقاً بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلا أنه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلاً، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة: أي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير، وإن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه، بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري أصلاً على ما مر غير مرة. وأما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فإن قيل الخ عليه. وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفاً من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها. وقال صاحب غاية البيان: قوله وأنه يفيد دفع زيادة الثمن: أي أن دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، لأن دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو معنى المنع، وإنما الذي يفيد دفعها بنية المشتري أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع، ونكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء، على أن الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط، فلو كان مراد المصنف ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بأن ادعى أحدهما العقد بالدرهم والآخر بالدنانير فإنهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به) أي بالتحالف (في حال قيام السلعة) وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»^(١) فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة. فإن قيل: فليكن حال هلاك السلعة ملحقاً بحال قيام السلعة بالدلالة. أجب بقوله: (والتحالف فيه) أي في حال قيام السلعة (يفضي إلى الفسخ) فيندفع به

الأول: فلان قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» بوجب اليمين على المشتري خاصة لأنه المنكر في هذه الصورة، بخلاف ما قيل القبض كما تقدم، وكذلك قوله ﷺ: «والسلعة قائمة» ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكوراً على سبيل

قوله: (ولأبي حنيفة وأبي يوسف، إلى قوله: بالتفريق بينهما) أقول: أنت خير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ما ذكره لا الدليل القلي.

قوله: (وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام «والسلعة قائمة») أقول فيه تأمل، فإن الفصل لا يفهم إلا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة

هلاکها لارتفاع العقد فلم یکن فی معناه ولأنه لا یبالی بالاختلاف فی السبب بعد حصول المقصود، وإنما یراعی من الفائدة ما یوجبہ العقد، وفائدة دفع زیادة الثمن لیست من موجباته وهذا إذا کان الثمن دیناً، فإن کان عیناً یتحالفان

الضرر عن کل واحد منهما برز رأس ماله بعینه إلیه (ولا كذلك بعد هلاکها) أي بعد هلاک السلعة (لارتفاع العقد) أي بالهلاک؛ ألا یرى أنه لا یفسخ بالإقالة والرد بالعیب بعد هلاک السلعة فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا یرد إلا علی ما ورد علیه العقد (فلم یکن فی معناه) أي فلم یکن وقت هلاک السلعة فی معنی وقت قیام السلعة فبطل الإلحاق أيضاً (ولأنه لا یبالی بالاختلاف فی السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعی أن کل واحد منهما یدعی غیر العقد الذی یدعیه صاحبه والآخر ینکره: أي لا یبالی باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبیع للمشتري حیث سلم له وهلك علی ملکه، سواء کان الأمر علی ما زعم هو أو البائع، فلغا ذکر السبب وصار بمنزلة اختلافهما فی ألف وألفین بلا سبب فیکون الیمین علی منکر الألف الزائد، وهذا بخلاف ما لو اختلفا فی جنس الثمن لأن البائع یدعی الدنانیر والمشتري ینکر، والمشتري یدعی الشراء بالدرهم والبائع ینکر، وإنکاره صحیح لأن المبیع لا یسلم للمشتري إلا بثمن ولم یوفقا علی ثمن وهنا اتفقا علی الألف وهو یکفی للصحة، کذا قرر المقام فی الکفاية ومعراج الدراية أخذاً من الکافی. وقال صاحب العناية فی تقريره: ولأنه لا یبالی الخ جواب عن قولهما إن کل واحد منهما یدعی غیر العقد الذی یدعیه صاحبه وهو قول بموجب العلم: أي سلمنا ذلك لكن لا یضرنا فیما نحن فیہ، لأن اختلاف السبب إنما یعتبر إذا أفضی إلی التناکر وهانها لیس كذلك، لأن مقصود المشتري وهو تملك المبیع قد حصل بقبضه وتم بهلاکه وليس یدعی علی البائع شیئاً ینکره لیجب علیه الیمین. ثم قال: ونوقض بحال قیام السلعة وبما إذا اختلفا بیعاً وهبة، فإن فی کل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجیب عن الأول بثبوته بالنص علی خلاف القیاس، وعن الثاني بأنه علی الاختلاف، والمذكور فی بعض الكتب قول محمد انتهى (وإنما یراعی من الفائدة ما یوجبہ العقد، وفائدة دفع زیادة الثمن لیست من موجباته) هذا أيضاً جواب عن قولهما وإنه یفید دفع زیادة الثمن: یعنی أن المراعی من الفائدة ما یكون من موجبات العقد، وفائدة دفع زیادة الثمن لیست منها بل من موجبات النکول، ولیست الیمین من موجبات العقد حتی یكون النکول من موجباته فلا یرک بها ما هو من موجباته وهو ملک المبیع وقبضه. هذا زیادة ما فی الشروح.

الشرط. وأما الثاني: فلأن التحالف بعد القبض علی خلاف القیاس لما سلم للمشتري ما یدعیه، وقد ورد الشرع به حال قیام السلعة لما ذكرنا فلا یتعدى إلی غیره. فإن قیل: فلیکن ملحقاً بالدلالة. أجاب بقوله والتحالف فیہ: أي فی حال القیام یفرض إلی الفسخ فیندفع به الضرر عن کل واحد منهما برز رأس ماله بعینه إلیه، ولا كذلك بعد هلاکها، ألا ترى أنه لا ینفسخ بالإقالة والرد بالعیب فكذا بالتحالف فلیس فی معناه فبطل الإلحاق بالدلالة أيضاً. قوله: (ولأنه لا یبالی) جواب عن قولهما إن کل واحد منهما یدعی غیر العقد الذی یدعیه صاحبه وهو قول بموجب العلة: أي سلمنا ذلك، لكن لا یضرنا فیما نحن فیہ لأن اختلاف السبب إنما یعتبر إذا أفضی إلی التناکر، وهانها لیس كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبیع قد حصل بقبضه وتم بهلاکه، وليس یدعی علی البائع شیئاً ینکره لیجب علیه الیمین. ونوقض بحال قیام السلعة وبما إذا اختلفا بیعاً وهبة، فإن فی کل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجیب عن الأول بثبوته بالنص علی

شرعية فلا یلزم من إلحاق المذكور فساد الوضع قوله: (ولا كذلك بعد هلاکها) أقول: لظهور أنه لا یعود إلی کل منهما رأس ماله قوله: (أي سلمنا ذلك لكن لا یضرنا) أقول: قال العلامة الزلیعی فی باب المراجعة: ولا معنی لقولهما: إن کل واحد منهما یدعی عقداً غیر ما یدعیه الآخر، فإن العقد لا یختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد؛ ألا یرى أن الوکیل بالبیع بألف بیعه بألفین وأن المبیع بألف یصیر بألفین بالزیادة فی الثمن وبخمسائة بالحط انتهى. وفيه تأمل، فإن الوکیل بالبیع بألف یجوز له البیع بألفین دلالة كما سبق تفصیله، ولا یلزم منه اتحاد البیعین قال المصنف: (وإنما یراعی من الفائدة ما یوجبہ العقد) أقول: فیہ تأمل قوله: (ومعناه أن المراعی من الفائدة) أقول: فیہ بحث، لأنه إن أراد أن المراعی من الفائدة التحالف لا یستقیم قوله لا یكون من موجبات العقد وهو ظاهر، وإن أراد أن المراعی من الفائدة العقد فلیس الکلام فیہ بل فی فائدة التحالف فلیتأمل. وجوابه أنا نختار الأول وعدم استقامة ذلك ممنوع قوله: (فإنه

لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل . قال : (وإن هلك أحد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك

واعترض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غاية أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى . أقول: مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه، وليس المراد به ذلك قطعاً، إذ لا شك أن الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه إياه . وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد، وهذا مما لا ستره به . ثم إن قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف . ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال : وفيه نظر، لأننا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادف فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى . أقول: لم يعتبر الترادف فائدة للتحالف إلا بعد القبض، إذ الرد إنما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعاً للنظر المذكور . نعم لقائل أن يقول: الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما، فأي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعاً فينتقض به قولهم وإنما يراعي من الفائدة ما يوجب العقد (وهذا) أي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع (إذا كان الثمن ديناً) أي ثابتاً في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدينار أو المكيالات أو الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فإن كان عيناً) أي فإن كان الثمن عيناً كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أي بالاتفاق (لأن المبيع في أحد الجانبين قائم) فإن كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن، ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو الترادف فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل) هذا إذا اختلفا في قدر البذل، وإن اختلفا في كون البذل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما، وإن ادعى كالبائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان فالقول قول المشتري، كذا في الكفاية (قال) أي القدوري في مختصره (وإن هلك أحد العبدین) أي بعد قبضهما: كذا في الشروح (ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) يعني إذا باع الرجل عبدین صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتكما منك بألفي درهم وقال

خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد . وقوله : (وإنما يراعي) جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وما ذكرتم ليس منها فإنه من موجبات النكول، والنكول من موجبات التحالف، والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته . وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه، وفيه نظر لأننا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادف فائدة للتحالف، وليس التحالف من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (وهذا) أي هذا الاختلاف (إذا كان الثمن ديناً) ثابتاً في الذمة كالدراهم والدينار والمكيالات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فأما إذا كان عيناً) بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين،

من موجبات النكول) أقول: لعل المراد نكول البائع لظهور أنه ليس موجب نكول المشتري لكن فيه تأمل، فإن الظاهر أنه موجب حلف المشتري وكيف يكون من موجبات النكول، فإنه إذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة . وجوابه أنه مبني على التنزل وإرخاء العنان للخصم، لكنه قال في تقرير كلام محمد والشافعي: وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة قوله: (والنكول من موجبات التحالف) أقول: فيه بحث قوله: (فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول: فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غايته أن يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به قوله: (وليس التحالف من موجبات العقد) أقول: بل من موجباته، فإنه تبين بالتحالف فساد على ما مر في الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ قوله: (والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول: فيه تأمل، فإنه قبل القبض على وفاق القياس .

من الثمن). وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له. وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي، والقول قول المشتري في قيمة الهالك. وقال محمد: يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك

المشتري اشترتیهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري) أي فيهما، كذا في كثير من الشروح (مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك) وإنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير، لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي). قال صاحب العناية: وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سيأتي انتهى. أقول: يعني أن قوله هاهنا يتحالفان في الحي ليس بملايس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبي يوسف على ما سيأتي، وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معاً لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم، ولكن فيه نظر، إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتي من التفسير الصحيح، فإنه لم يقل هاهنا يتحالفان على الحي حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح، بل قال يتحالفان في الحي فيجوز أن تكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لأجل الحي كما في قوله تعالى: ﴿فذلكن الذي لمتنني فيه﴾ [يوسف: ٣٢] وكما في الحديث «أن امرأة دخلت النار في هرة حبستها»^(١) على ما نص عليه في معنى اللبيب. ولا يخفى أن كون تحالفهما لأجل الحي: أي كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد في الحي لا ينافي أن يتحالفا على الحي والميت معاً كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتي بيانه (والقول قول المشتري في قيمة الهالك) هذا من تنمة قول أبي يوسف. أقول: في عبارة الكتاب هاهنا قصور، لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقر به المشتري كما سيجيء تفصيله، لا في قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتي

فإنهما (يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد (ثم يرد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن) قال: (وإن هلك أحد العبدین ثم اختلفا الخ) وإذا باع الرجل عبيدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشترتیهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له) واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى. واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصة الهالك، وقوله أن يأخذ الحي ولا شيء له. وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعاً قالوا: معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم، والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان، والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً وعلى هذا عامتهم. وقال بعضهم: معناه لم يتحالفا، والقول قول المشتري مع

قوله: (بل بطريق تصديق المشتري في قوله) أقول: الضمير في قوله راجع إلى المشتري قوله: (لكان معلقاً بمشيتيهما) أقول: فيه أن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيتيهما البتة، وإنما الذي لا يتعلق بمشيتية المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك قوله: (قيل والصحيح الخ) أقول: القائل صاحب النهاية، وفي بحث لأنه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيئاً قليلاً لصغره أو لكونه مريضاً أو مثوقاً وتكثر الرغبات في

(١) صحيح أخرجه البخاري ٣٣١٨ و ٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ والدارمي ٣٣٠/٢ و ٣٣١ والبيهقي ٢١٤/٥، ١٣/٨ كلهم من حديث ابن عمر وصدقه: «قُذِّبَت امرأة في هرة...» وأخرجه مسلم ٢٦١٩ وابن ماجه ٤٤٥٦ وأحمد ٢٦٩/٢ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ. وورد من حديث جابر أخرجه أحمد ٣٣٥/٣ وخشاش الأرض: هوائها، وحشراتها.

البعض أولى. ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهالك فيتقدر بقدره. ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن

حيث قال: فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى. وعن هذا قال صاحب الكافي: وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسد العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد: يتحالفان عليهما) أي على الحي والهالك (ويرد الحي وقيمة الهالك، لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية: والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول في المقسم عليه فلا يجوز انتهى. ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهالك) أي لأجل الهالك (فيتقدر بقدره) أي يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة (ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة) يعني أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهي) أي السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه، وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير، فحصل من هذا الدليل نفي القياس. والجواب عن قول أبي يوسف كما ترى. فإن قلت: ما الفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين مسألة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة، ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع، وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك بعض المبيع. قلت: الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العبدین عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض بالهالك تعذر في الباقي. وأما عقد الإجارة ففي حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فيتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي، كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجازات المبسوط. أقول: لقائل أن يقول: هذا الفرق إنما يتمشى بالنظر إلى الدليل الأول وأما بالنظر إلى الدليل الثاني فلا، لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضاً (إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً) أي بالكلية (لأنه حينئذ) أي حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة

يمينه، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً آخر زائداً على ما أقر به المشتري، وعلى هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري، وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية، بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيتيهما. قيل: والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئاً مما أقر به المشتري، إنما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف:

الحي وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذ صلحاً عن جميع ما ادعاه طمعاً في زيادة قيمة الحي، فإنه لولا الصلح لا يعطيه المشتري الحي إذ القول قوله مع يمينه فتأمل قوله: (في قيمة الهالك) أي في حصة قيمته قوله: (والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول: أنت خير بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه. والظاهر أن التعليل الأول لأبي حنيفة للجواب عن محمد، والثاني للجواب عن أبي يوسف لا كما فهمه الشارح.

العقد فيتحالفان. هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا: إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له، معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً. وقال بعض المشايخ: يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري، وإنما لا يأخذ الزيادة. وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم. وإذا حلّفا ولم يتفقا على شيء فاذعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد

القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أي إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان (وهذا) أي توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أي عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف) لأنه هو المذكور في الكلام، فكان تقدير الكلام: لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أي قال هؤلاء المشايخ (إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً) أقول: كان الظاهر في التحرير من حيث العربية، والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين. أو أن يقال إن قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له، معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً، ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري، وإنما لا يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً زائداً على ما أقر به المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري (لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب العناية: وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه، وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما انتهى. وقال بعض الفضلاء فيه: إن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيئتهما البتة، وإنما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك انتهى. أقول: هذا ليس بشيء لأنه إن أراد بقوله أن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيئتهما البتة أنه كان في الكتاب معلقاً بمشيئتهما البتة فليس بصحيح، لأن المذكور في الكتاب إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له، ولم يعلق فيه أخذ الحي إلا بمشيئة البائع، وإن أراد به أن يكون في الصلح معلقاً بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلاً بل هو مؤيد لما قاله شيخ الإسلام، فإن مراده أن أخذ الحي لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً في الكتاب بمشيئتهما كما يكون في الصلح متعلقاً بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه إلا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) أي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف

يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي، والقول قول المشتري في قيمة الهالك) وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سيأتي (وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما) (ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محجوج إلى معرفة القيمة بالحرز وذلك مجهول في المقسم عليه فلا يجوز (ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بقوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه، لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن، ولا بد من

قوله: (فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدین وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً) أقول: يعني كصاحبه ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى استيفاء بعض المنفعة قوله: (لا يتعلل الباقي) أقول: فيه تأمل، فإن حصة الباقي يعلم بالحرز والظن وذلك مجهول في المقسم عليه.

بينهما ويأمر القاضي المشتري برّد الباقي وقيمة الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف

عنده في صورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء) كان الأحسن في التحرير أن يقول: وإذا لم يتفقا على شيء وحلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أي أو ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برّد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله، كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد، كذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف). قال في النهاية ومعراج الدراية: لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لأن عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل. أقول: فيه شيء، وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقاً بل إن رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً يتحالفان عنده أيضاً على تخريج عامة المشايخ، وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولاً كما مر آنفاً، فكان لذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضاً مساع. وعن هذا أن الإمام الزيلعي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال: وعند أبي حنيفة أن البائع إذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لأبي يوسف انتهى. وقال في غاية البيان: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى. أقول: هذا أقرب إلى الحق مما سبق، ولكن فيه أيضاً شيء لا يخفى. فالأولى أن يقال: لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصاً بتخريب بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال، بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال: يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والعقد يفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشترت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقاً، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعث القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف، فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب (فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم) فإن قلت: أسند فسخ العقد هاهنا إليهما كما ترى وفيما سبق إلى القاضي حيث قال: وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق؟ قلت: معنى ما سبق فسخ القاضي بينهما إن لم يفسخا بأنفسهما، يرشد إليه أن الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما إن طلبا أو طلب أحدهما، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى. إذ لا يخفى أن الفسخ إذا كان حقهما فهما يقدران على إحداثه بأنفسهما، ومعنى ما ذكر هاهنا يفسخان العقد إن أرادا الفسخ بأنفسهما على

القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فتؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز، وتفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعي ينفي القياس، وفيه إشارة إلى الجواب عن مسألة الإجارة، فإن القصار مثلاً إذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصة العمل القول لرّب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان

قوله: (والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة الخ) أقول: هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله إن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعي ينفي الخ قوله: (وهذا ليس بصحيح، إلى قوله، وكان صادقاً) أقول: لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة. ولا يرد ما يقال، لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضاً، فإن ما يخص كل واحد منهما لا يعرف إلا بالحدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين قوله: (دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول: في باب الزيادات في البيع من كتاب البيوع.

البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا في قيمة

نهج قوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وتراذا»^(١) وهذا لا ينافي أن يفسخه القاضي أيضاً فيما إذا لم يفسخاه بأنفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضي، وسيأتي التصريح من الشراح في مسألة التحالف بالإقالة بتساوي فسخ القاضي وفسخهما بأنفسهما (وتسقط حصته) أي حصة القائم (من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك) من الثمن الذي أقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم يفسخ عنده، كذا في العناية (وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض) يعني يقسم الثمن الذي أقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك الثمن؛ وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصة من الثمن الذي أقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن (وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لأنها اتفقا على وجوب الثمن الذي أقر به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل: لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا؛ حتى قال محمد: قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبدین هاهنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. قال الإمام ظهير الدين صاحب الفوائد: هذا إشكال هائل أوردته على كل قلم تحرير لم يهتد أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي يخاليل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما، لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد. حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض، كذا في النهاية وأكثر الشروح. أقول: في التوجيه الذي ذكره الإمام ظهير الدين نظر، لأن تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد في حق

بالإجماع، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدین. وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك أحد العبدین، وبيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة، فإذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي. وأما الإجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي. والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة. وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (فإذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برذ الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب (واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لأن العقد يفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه

(١) تقدم في أوائل باب التحالف.

الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة تقبل بيته، وإن أقامها فبينة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر

الميت على قول أبي يوسف ممنوع، لأن ما يوجب ذلك فيما نحن فيه إنما هو التحالف كما صرح به، والتحالف إنما يجري عنده في الحي دون الميت، وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف؛ ألا ترى أن محمداً لما أجاز التحالف على الهالك أيضاً أجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعاً عنه، فإذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول أبي يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضاً فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصوداً بالعقد. ثم إن صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح: وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك، فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ انتهى. أقول: وفيه أيضاً نظر، لأن قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير تام، لأن اتحاد الصفقة إنما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فإنه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز. وأما إذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضي ذلك، فإن اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها إذ هي تتم بالقبض وهو جائز؛ ألا يرى إلى ما مر في باب خيار العيب من أن من اشترى عبيدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فإنه يفسخ العقد في العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز، والمسألة فيما نحن فيه مفروضة فيما إذا هلك أحد العبدین بعد قبضهما كما تبين في صدر المسألة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البينة تقبل بيته) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن أقامها فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك. فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بيته لإثباتها الزيادة. قلنا: إن الذي وقع الاختلاف فيه مقصوداً قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمناً للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصوداً فكانت أولى بالاعتبار، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام المرغيناني وقاضيه خان (وهو) أي ما ذكر من قول أبي يوسف وتفرعاته (قياس ما ذكر في بيع الأصل) أي المبسوط (اشترى عبيدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما) أي يوم القبض، كذا

البائع كان صادقاً، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعث القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخ العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك) من الثمن الذي يقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد

قوله: (وهو التحالف) أقول: قوله هو راجع إلى ما في قوله ما يوجب الفسخ الخ قوله: (أما في الحي) أقول: أي أما كون التحالف موجباً للفسخ في الحي قوله: (لمكان الهلاك) أقول: الذي هو مانع قوله: (ما هو من لوازم الفسخ) أقول: أي من روافده وتوابعه، وليس المراد اللازم الميزاني، ثم أقول: قال محمد: فبأي ذلك وجد عيباً يرد به حصته من الثمن، فالعيب إن كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا إن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وإن لم يكن مما يوجبه يحتاج إلى الفرق بين ما في الزيادات، والمسألة المنقولة من بيع الأصل إذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به في النهاية.

في بيوع الأصل (اشترى عبيدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالمعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما، وإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر، وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف. قال: (ومن

في النهاية (فإن اختلفا في قيمة الهالك) أي في مسألة الأصل (فالقول قول البائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر، وإن أقاما البينة) أي في مسألة الأصل (فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، والبيانات شرعت للإثبات فما كان أكثر إثباتاً كان أولى. قال المصنف (وهذا لفقه) أي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهي (وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة) أي حقيقة الحال لثلاث يلزم الإقدام على القسم بجهالة، واستدل المصنف عليه بقوله (لأنها) أي الأيمان (تتوجه على أحد العاقلين) أي لا على الوكيل والنائب (وهما) أي المتعاقدان (يعرفان حقيقة الحال) لأن العقد فعل أنفسهما والإنسان أعرف بحال نفسه (فبيني الأمر عليها) أي على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لأنه ينكر سقوط الزيادة (وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لأنهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما، فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً) أي كما اعتبر يمينه (وترجح) أي ترجع بينته على بينة المشتري (بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً (وهذا) أي ما ذكر في بيوع الأصل (يبين لك معنى ما ذكرناه في قول أبي يوسف) رحمه الله في التحالف وتفرعاته التي ذكرت في بيوع الجامع الصغير (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أي ونقد ثمنها، كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة، كذا في الشروح، وسيشير إليه المصنف بقوله والمسألة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثمن) فقال المشتري كان الثمن ألفاً فعليك أن ترد الألف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة (فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة؛ معناه: يعود البيع الأول إذا فسخ القاضي أو فسخا بأنفسهما الإقالة لأن الإقالة كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن صدر الإسلام. ولما استشعر أن يقال النص الوارد في حق التحالف

والعقد في الهالك لم يفسخ عنده (ويعتبر قيمتهما في انقسام يوم القبض) يعني يقسم الثمن الذي أقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن (وإن اختلفا) في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره، وطولب بوجه تعيين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن، دل على ذلك مسائل الزيادات. وقال محمد: قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبيدين هنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. وقال ظهير الدين:

اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين، وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين

وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وتراذاً»^(١) لم يتناول الإقالة، فما وجه جريان التحالف فيها؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أي في التقابل (بالنص لأنه ورد في البيع المطلق) أي في البيع من كل وجه (والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) وإن كان بيعاً جديداً في حق غيرهما. فإن قلت: قوله والإقالة فسخ في حق المتعاقدين إنما يتمشى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف، فإن الإقالة عنده بيع في حق المتعاقدين أيضاً، والمسألة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافة؟ قلت: كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفاً، وذلك السؤال إنما يكاد يتوجه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف كما لا يخفى، فبني الجواب أيضاً على أصلهما دون أصله فتدبر (وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض) أي قبل قبض البائع الجارية بحكم الإقالة (والقياس يوافقه على ما مر) أي في أول الباب (ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس: يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة يجري التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أي ونقيس الوارث على العاقد: يعني إذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما (والقيمة على العين) أي ونقيس القيمة على العين (فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري) يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص إذ ذاك معقول المعنى. وفي غاية البيان: وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف. وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشتري، وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع. قال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح: استهلك المشتري انتهى. وفي معراج الدراية: الصواب إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، وهذه العبارة على حاشية نسخة قولت بنسخة المصنف؛ أو الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً) يعني أن محمداً يرى النص وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وتراذاً»^(٢) معلولاً بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض. قال بعض الفضلاء: فإن قيل: الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون

هذا إشكال هائل أوردته على كل قلم تحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي تخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصدد تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أما في الحي منهما فظاهر، وكذلك في الميت منهما، لأنه إن تعذر الفسخ من الهالك لكان الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم

قوله: (فمبني الأيمان على حقيقة الحال لتلا يلزم الإقدام الخ) أقول: لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن، فلو حلف يلزم الإقدام على اليمين بجهالة قوله: (لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه) أقول: فيه شيء.

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث.

(٢) تقدم مراراً.

فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري. قال: (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد) لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً. قال: (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تحتل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع؛ ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل

متناول النص فينبغي أن يجري التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً، قلنا: لما وقع الخلاف في كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة انتهى. أقول: جوابه ساقط جداً، لأن التحالف ليس مما يندريء بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى، فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الإقالة بيعاً مانعاً عنده عن أن يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعاً عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة في حق سائر أحكام البيع المطلق أيضاً مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها في الإقالة عنده على ما تقرر في بابها. ثم أقول: في دفع سؤاله إن أصل أبي يوسف الإقالة هو أنها بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً كالإقالة قبل القبض في المنقول فتجعل فسخاً كما بينوا في باب الإقالة، وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولاً فلم يمكن جعله بيعاً لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضاً لا بالنص ولا بالقياس (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن) أي في رأس المال فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم إليه) أي مع يمينه، لأن رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أي لا يتحالفان ولا يعود السلم (لأن الإقالة في باب السلم لا تحتل النقض) أي الفسخ: يعني أن المقصود من التحالف الفسخ، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وتراذا»^(١) والإقالة في باب السلم لا تحتلها (لأنه) أي الإقالة في باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقايل (إسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع) فإنها تحتل الفسخ ويعود المبيع إلى المشتري بعد عوده إلى البائع لكونه عيناً قائماً، (ونور هذا بقوله: ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان

القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض. هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين. وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ وبناقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن أقامها فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمنية، والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك. ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيع الأصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في أن القول هاهنا قول البائع، والبينة أيضاً بينته مع أن المعهود خلاف ذلك، إذ البائع إما أن يكون مدعياً أو

قال المصنف: (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة الخ) أقول: فإن قيل: الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغي أن يجري التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً. قلنا: لما وقع الخلاف في كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة فليأمل قوله: (لما يدعيه الآخر) أقول: هو القعد كما مر.

التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما. قال: (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بيته) لأنه نؤر دعواه بالحجة. (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لأنها تثبت الزيادة، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ، (ولكن يحكم مهر المثل، فإن

عرضاً فردّه بالعيب) أي ففضى القاضي بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) أي في يد المسلم إليه (قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع، دل) أي دل هذا الذي ذكر (على الفرق بينهما) أي بين السلم والبيع. فإن قيل: ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فإنهما يتحالفا فيما إذا هلكت السلعة، ولا يتحالفا في إقالة السلم إذا اختلفا في مقدار رأس المال وإن فات المعقود عليه في الفصلين جميعاً؟ قلنا: الإقالة في السلم قيل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفوائد الظهيرية (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بيته) قال المصنف في تعليقه (لأنه نؤر دعواه بالحجة) قال الشراح: أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى. (فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدوري. قال المصنف في تعليقه (لأنها) أي لأن بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال في توجيهه (معناه إذا كان مهر مثلها) أي مهر مثل المرأة (أقل مما ادعته) وقال صاحب العناية في تفصيل المسألة: وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولاً، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبيته لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى. أقول: في تحريره خلل، حيث حكم في الأول على الإطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك، بل الأول أيضاً لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فتعارض بيتهما حيث تثبت بيتهما الزيادة وتثبت بيته الحطّ فيتهاتران فيجب مهر المثل،

مدعى عليه، فإن كان الأول فعليه البينة، وإن كان الثاني فعليه اليمين إذا أنكر، فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين، وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبنى على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك، فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة، ومبنى البيّنات على الظاهر لأن الشاهد يخبر من فعل غيره لا عن فعل نفسه، فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك. وإذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه، وأن تقبل بيته لأنه مدع في الظاهر. وإذا أقاما البينة ترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر، وفي كلامه نظر، لأنه علل اعتبار الحقيقة في الأيمان بقوله لأنها تتوجه على أحد العاقلين وهما يعرفان حقيقة

قوله: (لأن فائدة التحالف الفسخ) أقول: لقوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادا» ولكن بقي هاهنا بحث، لأنه إن أراد كلياً فممنوع والسند التحالف إذا اختلفا في المهر، وإن أراد جزئياً فمسلم ولا يفيد. وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف في المهر فافهم قوله: (لا ترتفع الإقامة) أقول: ينبغي أن يرفع من هنا قوله: (وأجيب بأن الإقامة في السلم النخ) أقول: فيه أن محمداً يرى النص معلولاً، وذلك التعليل جار هنا، فإن كلا منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكر، وسيجيء جوابه في درس الاختلاف في الإجارة قال المصنف: (معناه إذا كان مهر مثلها أقل النخ) أقول: قال أكمل الدين: وإن لم يكن أقل فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبيته لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى. قال الإمام الترمذاني: وقيل بيتهما أولى لأنها تثبت الزيادة انتهى. ولا يخفى عليك أن إطلاق القدوري يلائم هذا القول، فقول المصنف ومعناه محل كلام.

كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له (وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر

وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتمدة حتى المتون في باب المهر، بل صرح به صاحب العناية أيضاً في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب. وأما قول المصنف: معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل، إذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما إذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادعته، بخلاف تحرير صاحب العناية فإن عبارة لا يخلو في قوله وإن أقام فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا تقتضي شمول الأقسام كما لا يخفى على ذوي الأفهام. ولقد أحسن الإمام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وإن برهننا فللمرأة، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل، لأن الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبيّنات للإثبات، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاثران لأنهما استويا في الإثبات، لأن بينتهما تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون إحداها أولى من الأخرى انتهى (وإن لم يكن لهما بينة) أي عجزاً عن إقالة البينة (تحالفاً عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه) أي في النكاح فلا حاجة إلى الفسخ (بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده) لبقائه بيعاً بلا ثمن وهو فاسد (على ما مر) أي في كتاب البيوع، بل في هذا الباب أيضاً حيث قال: ويقال إذا لم يثبت البذل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) أي البيع، قال صاحب النهاية: فإن قلت: النص بشرعية التحالف إنما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع إلى النكاح، أو نقول: إن التحالف إنما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه. قلت: أما الأول وهو ورود النص في البيع فقلنا: إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح أيضاً بدلالة النص، وذلك لأن الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدّع ومنكر، ومن يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما، فلذلك قبلت بينتهما ويمينهما لأن كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكاً بقوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١) وأما الثاني وهو

الحال وهو مفرع على المدعي، فإن توجه اليمين على أحد العاقلين دون الوكيل والنائب إنما هو لأن المعتبر في الأيمان هو الحقيقة. ويمكن أن يجاب عنه بأنه دليل لا تعليل، والفرق بين عند المحصلين قوله: (وهذا) أي ما ذكر في الأصل (يبين معنى ما ذكرناه) من قول أبي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير. قال: (ومن اشترى جارية (الخ) ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة حتى اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفاً ويعود البيع الأول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخاها القاضي لأنها كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ. فإن قيل: النص لم يتناول الإقالة فما وجه جريان التحالف فيها؟ أجاب بقوله: (ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) فلا تدخل تحته (وإنما أثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسألة الإقالة مفروضة قبل القبض، والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة) إذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) إذا اختلفا في الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري) يعني إذا استهلك غير

(١) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.

قضي بما ادعته المرأة، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل) لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه. قال رحمة الله: ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في

أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا وجوابه مذكور في الكتاب. وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما أوجب الفسخ في التحالف لأنه لما تعذر إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البذل، والبذل إذا خلا في البيع يفسد البيع والفساد يفسخ. وأما النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية، وإذا لم يفسد النكاح لا يفسخ إذ الفسخ إنما كان بسبب الفساد فافتراقاً، إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية انتهى. وقد اقتفى أثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: في كل واحد من الجوابين بحث. أما في الأول فلأن المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان ترجيح أحدهما على الآخر إنما يوجد هاهنا قبل تسليم المرأة بضعها إلى الزوج، وأما بعد التسليم فلا يوجد لأن الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئاً إذ المعقود عليه سالم له. بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض، والمسألة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده، بل كانت مصورة في بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقي السؤال في هذه الصورة، إلا على قول محمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً كما مر. وأما في الثاني فلأن حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح، وهو لا يدفع السؤال إذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح، بل حاصله أن التحالف إنما شرع لحكمه وهو الفسخ، فإن لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي أن لا يجري فيه التحالف أيضاً، ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما إذا اختلفا في الإقالة في السلم لعدم احتمال الإقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسألتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان) أي مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) أي مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهد له) أما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل؛ وأما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به

المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة. فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص إذ ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً) لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض. قال: (ومن أسلم عشر دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم في كَرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفاً والقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم، لأن فائدة التحالف الفسخ والإقالة في باب السلم لا تحتمله لكونه فيه إسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود، بخلاف الإقالة في البيع فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع؛ ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فردّه بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا ترفع الإقالة ولا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع، وإنما كان القول للمسلم إليه

قال المصنف: (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول: لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل، وجوابه أن المراد أخذنا بإقراره قوله: (وذكر في بعض الشروح) أقول: يعني غاية البيان قوله: (وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول: فيه بحث قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل الخ) أقول: فيه شيء ظاهر. بل الفارق أن الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل، بخلاف البيع فإن الأصل فيه هو الثمن المسمى.

الوجه كلها، ويبدأ يمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري، وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون

الزوج فلنكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها (وإن كان) أي مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) أي مما ادعته المرأة (قضي بما ادعت المرأة) لأن الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفاً (وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل) أي بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أي بسبب حلف المرأة (قال) أي المصنف (ذكر) أي القدوري (التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا) أي ما ذكره القدوري (قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أي وسقوط اعتبار التسمية إنما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) أي التحالف (في الوجه كلها) يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه، أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ يمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفتاوى الظهيرية (كما في المشتري) أي كما يبدأ يمين المشتري على القول الصحيح تعجيلاً لفائدة النكول كما مر (وتخريج الرازي بخلافه) أي تخريج أبي بكر الرازي، بخلاف قول الكرخي فإن الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أولاً إذا شهد مهر المثل لأحدهما. ثم يقول بالتحالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما. قال المصنف (وقد استقصيناه) أي تخريج الرازي (في النكاح) أي في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وتكلموا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح (فلا نعيده) أي لا نعيد ذكر خلافه هاهنا. قال صاحب النهاية: وهذا أي قول الرازي هو الأصح، لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، كذا ذكره الإمام قاضيان والمحبوبي انتهى. وقال صاحب غاية البيان: قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية، وإنما تنعدم التسمية بالتحالف لأنه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلاً فيصير إلى مهر المثل، فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى. وقال صاحب العناية: أقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن

لأن رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر، وأما هو فلا يدعي على رب السلم شيئاً لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة. قيل المعقود عليه قد فات في إقالة السلم وفيما إذا هلك السلعة ثم اختلفا، فما الفرق لمحمد في إجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون إقالة السلم. وأجيب بأن الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ. قال: (وإذا اختلف الزوجان في المهر النخ) إذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بيته لأنه نَزَر دعواه بالحجة. أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا (وإن أقاما) فلا يخلو: إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولاً، فإن كان الأول (فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة) وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل (وإن عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخل

قوله: (في باب المهر) أقول: متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف.

عينها) لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا في البذل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر، والإجارة قبل القبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فإن وقع الاختلاف في الأجرة

غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية، لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى. وأنا أقول: إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح، فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ، لأنهما ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح، بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى، فإذا كانت صفة الصحة لأنها زيادة الصحة، اللهم إلا أن يكون مراده لا غيره بالأصحية والاتصاف بالأصحية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لأنها زيادة الصحة، اللهم إلا أن يكون مراده لا كلام في المراد لا في الإرادة فتأمل. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر، كما في النكاح فإنه لا محذور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكماً، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً انتهى. وأقول: في جوابه تحكم، حيث جعل مهر المثل أمراً معلوماً ثابتاً بيقين، والقيمة أمراً مظنوناً غير مفيد للمعرفة، والحال أنهما إن كانا متفواتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة، إذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سناً وجمالاً ومالاً وعقلاً ودينياً وبلداً وعصراً وبكارة وثيابة. ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جداً، بخلاف القيمة إذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الأمتعة كما لا يخفى. فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالوا: قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها ثمناً بمطلق العقد، ومهر المثل يمكن إثباته مهراً بمطلق العقد، وهذا هو الفرق بينهما انتهى. وقال صاحب النهاية: إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية: ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد (والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفاً وإليه مال الإمام فخر الإسلام وهو تخريج الرازي، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفاً أولاً كما تقدم كذا في العناية (إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها) أي للمرأة (قيمتها) أي قيمة الجارية (دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي

بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخلُ بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح (فينفسخ) البيع. فإن قيل: التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه، لكن فائدته فسخ العقد والنكاح هاهنا لا يفسخ. أجب بأن موجه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان الترجيح، وهو هاهنا موجود فالحق به، وإنما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب. وتوضيحه أن الفسخ في البيع إنما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك، لأن له موجباً أصلياً يصار إليه عند انعدام التسمية. هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم قوله: (ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح: أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له، وإن كان مثل ما ادعته المرأة) أو أكثر قضى بما قالت كذلك، وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل، لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله: (ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع

قوله: (هذا شهراً بمشرين وذاك الخ) أقول: قوله هذا إشارة إلى المؤجر وذاك إشارة إلى المستأجر.

يبدأ بيمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة (وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت، ولو أقامها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة. قال: (وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول

ولم يوجد) أي التراضي (فوجب القيمة) أي قيمة الجارية (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفاً وتراضاً) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (معناه اختلفا في البذل) أي الأجرة (أو في المبدل) أي المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل، فإنه لا يجري التحالف بينهما فيه. بل القول فيه قول من ينكر الزيادة. كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم إن الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البذل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصورة الثلاثة الآتية، فكأنه أراد بقوله في البذل أو المبدل منع الخلو احترازاً عما ذكرناه آنفاً لا منع الجمع فيتناولهما أيضاً فتدبر (لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث أن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على ما مر) أي في أول هذا الباب (والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث إن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لأن وضع مسألتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجري التحالف هاهنا كما جرى ثمة. فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف، قلنا: في معدوم يجري التحالف كما في السلم وأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. قال صاحب العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة: فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول، فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف انتهى. وقد اقتفى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب بحث من وجوه: الأول

وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها) إنما هو (بالتحالف فلماذا يقدم التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه، أو كان بينهما، فهي خمسة وجوه. وأما في قول الرازي فلا تحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما، وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر. قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه. وذكر في بعض الشروح قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما. وأقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما

قوله: (يقبل الفسخ) أقول: والإجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ قوله: (واجب أولاً على الآجر) أقول: فهو أسبق إنكاراً قوله: (فيبدأ به) أقول: مع تعجيل فائدة النكول أيضاً قوله: (لأن تسليمه لا يتوقف الخ) أقول: لكن يتوقف على تعيينها فيمنع قبله، كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر في معنى البائع، إذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الأجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف.

المستأجر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها؛ ولو جرى التحالف ها هنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد. وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفاً وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل. قال: (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة. وقالوا: يتحالفاً وفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبهه البيع، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن. ولأبي حنيفة أن البذل مقابل بفك الحجر في حق اليد

أن المؤجر فإن لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فإن تسليمه إياها وإن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعيينها وإلا لم يكن المؤجر منكراً لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف. والثاني أن ما ذكره هاهنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشتري هناك أيضاً لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن، ويعمل بتعجيل فائدة النكول. والثالث أن قوله بقبي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف إن أراد به أنه لا إنكار للمؤجر أصلاً كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح، إذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلاً فيختل وضع المسألة لأن وضعها في التحالف لا في حلف الواحد. وإن أراد به أن للمؤجر أيضاً إنكاراً إلا أن في إنكار المستأجر ما يقتضي البدء بيمينه فهو أول المسألة ولم يظهر بعد. ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال: ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع، ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الأصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث لأن هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية، وهي ما إذا وقع الاختلاف في المنفعة فإنه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص، وأن لا يعدى حكم الأصل بعينه فإن حكمه أن يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البذل وأن يقع في المبدل على ما مر. ثم إن التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين

لتحكيمة لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع. ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محذور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكماً، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تمجيلاً لفائدة النكول) فإن أول التسليمين عليه (كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه) وهو التحكيم أولاً ثم التحليف (كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء مستنكر: يعني في باب المهر (فلا نعيده)، ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفاً وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازي. وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولاً كما تقدم، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة. قال: (وإن اختلفا في الإجارة النخ) إذا

قال المصنف: (لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد) أقول: لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع أنه المناسب لتعليل المسألة السابقة إذ لا يعم مذهب محمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض على ما مر فليتأمل قوله: (سميت بذلك لأنها تقي الخمار النخ) أقول: يعني إنما سميت بالوقاية لأنها تقي الخمار

والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلاً بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البذل لا غير فلا يتحالفان. قال: (وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لأن الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالأنية فهو للرجل) لأن المرأة

عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما، وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب (وإن وقع) أي الاختلاف (في المنفعة بدىء بيمين المؤجر) لأنه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لأن نكوله بدل أو إقرار على ما مر (وأيهما أقام البينة قبلت) لأنه نؤر دعواه بالحجة (ولو أقامها) أي البينة (فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة) لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان) أي الاختلاف (في المنافع فبينة المستأجر) أي فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان فيهما) أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع معاً (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا) أي المؤجر (شهوراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة) لا يقال: كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لأن المصير إلى اليمين بعد العجز عن إقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الأمر. لأننا نقول: العمدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقي الأقسام استطرادي، فقدم الأهم في هذا المقام، فكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم

اختلفاً في الإجارة في البذل: أي الأجرة أو المبدل، فإما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه، فمن أقام البينة قبلت بينته لأنه نؤر دعواه بالحجة، وإن أقامها، فإن كان الاختلاف في الأجرة فبينة المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة، وإن كان في المنفعة فبينة المستأجر كذلك، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعي هذا شهراً بعشرين وذاك شهرين بعشر فيقضي بشهرين بعشرين، وإن عجزا تحالفاً وترآذا في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر، والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ، فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدىء بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة. فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الأجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الأجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة بالتعجيل فهو الأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الأجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف، وإن وقع الاختلاف في المنفعة بدىء بيمين الأجر لذلك، وأيها نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفاً في الثاني والقول قول المستأجر. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما، وكذا على أصل محمد، لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الإجارة. أما المعقود عليه وهو المنفعة فلأنه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه، وفي الثالث يتحالفان، وفسخ العقد فيما بقي لأن العقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق، بخلاف البيع لأن العقد ينقصد فيه دفعة واحدة، فإن تعذر في البعض تعذر في الكل. قال: (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ) إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفاً عند أبي حنيفة، وقالوا: يتحالفان وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع بينهما أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره

قوله: (إلا إذا كان الرجل صائفاً الخ) أقول: قال الزيلعي: إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى، بل يكون القول قوله مع يمينه، ثم قال الزيلعي: وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك انتهى. بل يكون القول قولها مع يمينها قوله: (لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ) أقول: فيه تأمل، فلما لم نشاهد الاستعمال في متاع البيت

وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) لأن اليد للحَيِّ دون الميت، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

ذكر أحوال إقامة البينة (قال) أي القدوري في مختصره (وإن اختلفا بعد الاستيفاء) أي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر، وهذا) أي عدم التحالف هاهنا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه هاهنا بعد الاستيفاء لأنه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له) أي للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هي الفسخ (فلا قيمة) أي للمعقود عليه (لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد) أي بل تقوم بالعقد (وتبين أنه لا عقد) أي وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الأصل، فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف (وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه) أي هو الذي استحق عليه، ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه، كذا في الكافي (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأن العقد) أي عقد الإجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أي العقد (في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها) أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه، وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه، والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفاً (بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ضرورة (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للبعد مع يمينه، كذا في الكافي وغيره (وقالوا: يتحالفان وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجماع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه) أي على المولى (عند أداء القدر

العبد، والعقد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه المولى ينكره، فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان. ولأبي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة وجب به البذل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة، وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء، وهذا لأن البذل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة، فلو كان البذل مقابلاً للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه، وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلاً لليد ثم ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البذل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول قول المنكر. قال: (وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت الخ) إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل، لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالرقاية وهي المعجزة، وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة، سميت بذلك لأنها تقي الخمار، وكالمحففة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها. قال

أيضاً بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحيية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهناك الآلات في أيديهما على السواء. ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لأن المراد به راجع إلى الاختصاص في قوله ولم يرجع بالاختصاص.

وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد: (ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لأبي حنيفة: (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع

الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا) أي المتبايعان (في الثمن، ولأبي حنيفة أن البدل) أي بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لأن الكتابة عقد معاوضة، وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضاً شيء وما ذاك إلا فك الحجر (في حق اليد والتصرف للحال) اللام في الحال متعلق بمقابل أي مقابل للحال (وهو) أي فك الحجر في حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وإنما ينقلب) أي بدل (مقابلاً بالعتق عند الأداء) أي عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أي قبل الأداء (لا مقابلة) أي لا مقابلة بالعتق وإلا لعتق قبل الأداء وليس كذلك قطعاً. وكان هذا نظير إجارة الدار حيث جعلنا رقة الدار في ابتداء العقد في الإجارة أصلاً ثم ينتقل منها إلى المنفعة وهي المطلوبة آخراً، فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف أصلاً في ابتداء العقد، ثم عند الأداء جعلنا العتق أصلاً وانتقل من فك الحجر إلى العتق، كذا في النهاية والكفاية (فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير) يعني إذا كان ما يقابل البدل في الحال سالماً للعبد فقد بقي أمرهما اختلافاً في قدر البدل لا غير (فلا يتحالفان) لأن العبد لا يدعي شيئاً على المولى، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه، وإن أقام أحدهما بيعة تقبل بيئته لأنه نؤر دعواه بها، وإن أقام البيعة كانت بيعة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة، إلا أنه إذا أدى قدر ما أقام البيعة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بيئته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدى خمسمائة يعتق، ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه، وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أي مع اليمين، وكذا في جانب المرأة، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام قاضيه خان والإمام الترمثاشي (كالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدروع والمنطقة ونحوها (لأن الظاهر شاهد له) وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالواقية) والدروع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الإمام الترمثاشي: إلا إذا كان الرجل صانعاً وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال، كذا في الشروح وما يصلح لهما كالأثنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج) لأنه قوام عليها والسكنى تضاف إليه (والقول في الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شيء وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف ما يختص بها) أي بالنساء (لأنه يعارضه) أي يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا

الإمام الترمثاشي إلا إذا كان الرجل صانعاً وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال (وما يصلح لهما كالأثنية) والذهب والفضة والأمتعة والعقار (فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد) بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال، فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء، فإذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال. ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها

للحر في حالة الحياة) لأن يد الحر أقوى (وللحي بعد الممات) لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض

في ثوب أحدهما لابس والآخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى، كذا في الكافي وغيره. قال صاحب العناية: ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهداً فيما نحن فيه، مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب؛ وفي سائر المعبريات أن مجرد الصلاحية لأحدهما كاف في الترجيح وإن لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرة) أي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب، ثم إن ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) أيهما كان (لأن اليد للحي دون الميت) أي لا يد للميت (وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبي حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك، كذا في العناية (وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها) وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل، وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها، هنكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير، وفي لفظ الكتاب نوع تخطيط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل، وكان من حقه أن يقول: وما يصلح لهما كالأنية فهو للرجل. وقال أبو يوسف: يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها، كذا في النهاية ومعراج الدراية (والباقي) أي من المشكل (للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز) تعليل لقوله يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها (وهذا أقوى) أي هذا الظاهر، وهو أن المرأة تأتي بالجهاز ظاهر قوي لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهو يده (ثم في الباقي لا معارض لظاهرة) أي لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم في الباقي إلى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أي عند أبي يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل) أي إن كان حياً (أو لورثته) إن كان ميتاً (لما قلنا لأبي حنيفة) من الدليل وهو أن

بينهما نصفين (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرة، فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما) أيهما كان (لأن اليد للحي دون الميت، وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا التفصيل (قول أبي حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك، وعلى هذا قوله: (وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج، وأما في الباقي فلا معارض لظاهرة فكان معتبراً (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يصلح لهما فهو للرجل إن كان حياً أو لورثته) إن كان ميتاً (لما قلنا لأبي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله: (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث، وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حال الحياة لأن الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا في الحزين: فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (وللحي) منهما (بعد

قوله: (فلا تعارض بينهما) أقول: ينبغي أن يخص بالمشكل وألا يتنقض بما لا يصلح للمرأة.

(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات.

المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة. وأما بالنسبة إلى الممات فقول (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث قام المورث) وذكر في الفوائد: محمد يقول: ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه في ماله؛ فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته، وأبو حنيفة يقول: يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق، لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظراً إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث، فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكاً) أي سواء كان محجوراً أو مأذوناً له أو مكاتباً (فالمتاع للحرّ في حالة الحياة لأن يد الحرّ أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا في الحرّين، فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك، كذا في العناية (وللحيّ بعد الممات) أي والمتاع للحيّ بعد الممات حرّاً كان الميت أو مملوكاً، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة وللحرّ بعد الممات. ثم قال شمس الأئمة: وقع في بعض النسخ: للحيّ منهما وهو سهو، كذا في الشروح. واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أي ما ذكر من جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبي حنيفة وقالوا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء هو في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كانت في يد ثالث وأقاما البيئة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت. والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه، والحرّ في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما. كذا في العناية.

الممات) حرّاً كان أو مملوكاً، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة: وللحرّ بعد الممات. ثم قال شمس الأئمة: وقع في بعض النسخ للحيّ منهما وهو سهو، والمصنف اختار اختيار العامة، واستدل بقوله: (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كان في يد ثالث وأقاما البيئة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت. والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحرّ في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما.

فصل فيمن لا يكون خصماً

(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيته فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي) وكذا إذا قال آجرتني وأقام البيته لأنه أثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن

فصل فيمن لا يكون خصماً

لما ذكر أحكام من يكون خصماً شرع في بيان من لا يكون خصماً لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لكون ذكره العمدة في المقام لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة. وأما ذكر الثاني فليتضح به الأول، إذ الأشياء تتبين بأضدادها. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً. قلنا: نعم، لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيته فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي) هذا لفظ القدوري: يعني إذا ادعى رجل عينا في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء أودعنيته فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام على ذلك بيته فلا خصومة بينه وبين المدعي. قال المصنف (وكذا إذا قال آجرتني وأقام البيته) أي إذا قال المدعى عليه آجرتني فلان الغائب وأقام على ذلك بيته فلا خصومة بينه وبين المدعي أيضاً. وقال في النهاية: وكذا إذا قال المدعى عليه إنه عارية عندي أو من ما أشبه ذلك، كذا في الذخيرة انتهى (لأنه أثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة: يعني أن المدعى عليه أثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل: فصار كما إذا أقر المدعي بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به، ثم قال: والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك، حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة: لا تندفع) أي الخصومة وإن أقام البيته على ما قال (لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أي عن الغائب لأن الغائب لم يוכלه بإثبات الملك له: يعني أن ذا اليد أثبت بيته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر، إذ لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أي على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أي في الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البيته شيان) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، و) ثانيهما

فصل فيمن لا يكون خصماً

آخر ذكر من لا يكون خصماً عن خصماً لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً. قلت: نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي. قال: (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيته الخ) إذا ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيته فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه أو آجرتني أو أعارنيته وأقام على ذلك بيته فلا خصومة بينه وبين المدعي. وقال ابن شبرمة: لا تندفع وإن أقامها. وقال ابن أبي ليلى: تندفع بمجرد الإقرار. وقال أبو يوسف: وإن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وإن كان محتالاً لكما قال ابن شبرمة: ثم إذا شهد الشهود فإما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه، أو رجل مجهولاً لا يعرفه، أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه؛ ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم، وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق، والثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة، وهذه خمسة أقوال فلها لقب المسألة بمخمسة كتاب الدعوى، وقيل لقب بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفاً. وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولاً أن المدعى عليه أثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت بيته الملك للغائب، وإثبات الملك للغائب بدون خصم

فصل فيمن لا يكون خصماً

قوله: (لا من حيث القصد الأصلي) أقول: كما يشهد العنوان.

شبرمة: لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه. قلنا: مقتضى البينة شيان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى

(دفع خصومة المدعي وهو) أن المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أي فيثبت دفع الخصومة في حقه، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه، وقد أشار إليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المرأة) أي إلى زوجها (وإقامتها) عطف على الوكيل أي وإقامة المرأة (البينة على الطلاق) يعني أن ما نحن فيه نظير ما إذا وكل وكيلاً بنقل امرأته إليه فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فإن بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها، ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أي في باب الوكالة بالخصومة والقبض، فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه، ولا تقبل في إثبات الملك للغائب، وهذا لأن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب، إنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة، وفي هذا المدعي خصم له فيجعل إثباته عليه بمنزلة إقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أي الخصومة (بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فإنه قال باندفاعها بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة. وجه قوله إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة، فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة. وجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي ذا اليد (صار خصماً بظاهر يده) ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب (فهو بإقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه) فهو متهم في إقراره (فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره) بالحوالة فإنه لا يصدق هناك فكذا هنا. لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لأننا نقول البينة لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار، كذا في العناية. واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال: قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد انتهى. أقول: هذا ليس بشيء، إذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار إقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع. كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى، كعدم اعتبار

متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه، ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر. والجواب أن مقتضى هذه البينة شيان: ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت، ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر. ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمناً ولا معتبر به. وجه قول ابن أبي ليلى إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة. والجواب أنه صار خصماً بظاهر يده وبإقراره، يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فهو متهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة فإنه لا يصدق إلا بحجة لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه

قوله: (وقال ابن شبرمة، إلى قوله: وقال ابن أبي ليلى) أقول: في القاموس الشبرمة بالضم: السنورة وما انتشر من الحبل والغزل انتهى. قال العلامة الإيتاني: ابن أبي ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة، ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة، كذا في كتاب طبقات الفقهاء انتهى قوله: (وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ) أقول: يعني الإبداع والرهن والغصب والإجارة والإعارة قوله: (وجه ظاهر الرواية الخ) أقول: فيه أنه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا. نعم ما ذكر عن أبي يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه، نبه عليه في النهاية وغيره، فكان الأليق بهذا الشارح أن ينبه أيضاً قوله: (وبناء الثاني على الأول ممنوع الخ) أقول: فيما إذا كان المدعي وفقاً على أحد الفريقين أو مشرباً بالخيار ولا خيار للبائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتولي أو المشتري أودعه قوله:

لأنه صار خصماً بظاهر يده، فهو بإقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله. (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه

إقرار المريض للوارث، وعدم اعتبار إقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة، وكعدم اعتبار إقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالأخ والعم، وكعدم اعتبار إقرار المرأة بالولد أيضاً إلى غير ذلك، وإنما مراده أن إثبات إقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار إثبات المقر إقرار نفسه بالبينة لأن إثبات اليد بالبينة في دعوى العقار إنما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر (وقال أبو يوسف آخر إن كان الرجل صالحاً فالجواب) أي جواب المسألة (كما قلناه) أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة (وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وإن أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) سراً (إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لإبطال حق غيره) أي يكون مقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة (فإذا اتهمه القاضي به) أي بالاحتياط (لا يقبله) أي لا يقبل ما صنعه. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: ما ذهب إليه أبو يوسف استحسان ذهب إليه بعد ما ابتلي بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره، وما قالاه قياساً لأن البيئات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم، كذا في غاية البيان. واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعي عليه وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعني، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلك فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنه إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك، إلا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة، على أن العين كانت في يده ودعوى لا يثبت أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة، كذا في العنايه وكثير من الشروح. ثم إن الذي ذكر في الكتاب إذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أي أصلاً لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) أي بالإجماع، كذا في الكافي والشروح، والظاهر أن مرادهم

بيينة. وهو غير معهود في الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار. ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سراً إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله. وأما كوجه الفصل الأول فلأنه شهادة قامت بمعلوم معلوم على معلوم فوجب قبولها. وأما الفصل الثاني فله وجهان: أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه. والثاني: أنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي. وأما الفصل الثالث: فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني، وهو قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره، فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قال لرجل: أتعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا، فقال: إذا

(كالوكيل ينقل المرأة الخ) أقول: في صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانته للمقدمة الممنوعة. وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للافتكاك الظاهر فليتأمل قوله: (ولئن سلمنا البناء الخ) أقول: فيه بحث قوله: (لكن مقصود المدعى عليه، إلى قوله: ولا معتبر به) أقول: فقله إثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ. إن أريد إثبات الملك له قصداً فمسلم ولا يضرنا، وإن أريد إثباته ضمناً فلا نسلمه. ثم المراد من الضمني خلاف القصدي، والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمناً الخ إثبات الملك للغائب فحصل المعنى فيكون إثبات الملك للغائب ضمناً ولا معتبر به قوله: (وهو غير معهود في الشرع) أقول: قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد.

(الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت لتضرر به المدعي، ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني، وعند

بالإجماع هاهنا إجماع أئمتنا الثلاثة أو إجماع ما عدا ابن أبي ليلى، فإن شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر. قال المصنف في تعليل المسألة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي) حيث لم يعرفه (ولأنه) أي ذا اليد (ما أحاله) أي ما أحال المدعي (إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت) أي الخصومة (لتضرر به المدعي) أقول: في تعليله الثاني قصور: أما من حيث اللفظ فلأنه أضمر فيه المدعي أولاً حيث قال ما أحاله وأظهره ثانياً حيث قال يمكن للمدعي اتباعه. ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك، وكون الوجه إما العكس وإما الإضمار في المقامين. وأما من حيث المعنى فلأنه جعله دليلاً مستقلاً على المسألة الإجماعية، مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسألة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. وكأن الإمام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلاً واحداً حيث قال في تعليل هذه المسألة في التبيين: لأنهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته، ولعل المدعي هو ذلك الرجل، فلو اندفعت لبطل حقه انتهى. ثم إن الظاهر كأن يقول المصنف أيضاً لأنهم ما أحالوه بدل قوله لأنه ما أحاله لأن المسألة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى. وتوجيه ما قاله المصنف أن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذي اليد نسب حالهم إليه، ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لأنه والضمير في قوله ما أحاله راجعين إلى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أي الشهود (نعرفه) أي الرجل الذي أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فكذا الجواب) أي جواب المسألة (عند محمد للوجه الثاني) وهو قوله ولأنه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قال لرجل: تعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟

لا تعرفه» وجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود، والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفاً تاماً وإنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (قوله والمدعي هو الذي أضمر بنفسه) جواب عن قول محمد: لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي. وجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من نفسه (حيث نسي خصمه) أو من جهة شهود المدعي عليه وذلك لا يلزمه، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كان العين قائمة في يد المدعى عليه، وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعني، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلك فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده ودبعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة. قال: (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) وإذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً، وإن قال المدعي غصبت هذا العين مني أو سرقته مني وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لأنه صار خصماً بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال: إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه، بخلاف دعوى الملك المطلق فإن ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصماً. وإن قال المدعي سرق مني وأقام ذو اليد البينة على أن فلاناً أودعه لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة وأبي

أبي حنيفة تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود، والمدعي هو الذي أضرب بنفسه حيث نسي خصمه أو أضربه شهوده، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً (وإن قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة، وإن أقام ذو اليد البينة

فقال: لا، فقال إذا لا تعرفه^(١) ومن حلف لا يعرف فلاناً وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث، كذا في الكافي والشروح (وعند أبي حنيفة تندفع لأنه) أي المدعي عليه (أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره) أي غير المدعي (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعي (بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلاً (فلم تكن يده) أي لم تكن يد المدعي عليه في الفصل الثاني (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أي لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة، والحديث المار يدل على نفي المعرفة التامة، وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفاً تاماً، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعي هو الذي أضرب بنفسه حيث نسي خصمه أو أضربه شهوده) أي شهود المدعي عليه وهو ذو اليد، وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه، أو من جهة شهود المدعي عليه لا من جهة ذي اليد (وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى) أي هذه المسألة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى، إما لأن فيها خمسة أقوال كما أشار إليه بقوله (وذكرنا الأقوال الخمسة) وهي قول ابن شبرمة، وقول ابن أبي ليلى، وقول أبي يوسف، وقول محمد، وقول أبي حنيفة رحمهم الله؛ وإما لأن فيها خمس صور وهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرهن، والغصب كما ذكره أيضاً (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدوري: يعني إن قال المدعي عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم المدعي (لأنه) أي المدعي عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً) كما لو ادعى ملكاً مطلقاً (وإن قال المدعي غصبته مني) أي غصبت هذا الشيء مني (أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة، لأنه) أي لأن ذا اليد (إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه) أي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذي اليد (لا بيده) أي لم يصير ذو اليد في دعوى الفعل خصماً بيده، ثم إن فعل ذي اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال: إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه) أي ذا اليد (خصم فيه) أي في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أي دعوى الملك المطلق (على غير ذي اليد) ويده مترددة

يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله. ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البينة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد عنه شفقة عليه. فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعيب عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضى عليه بتسليم البالين إلى المدعي إن ظهر سرقة بعد ذلك يبين لم تقطع يده لظهور سرقة بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعيب للمدعي، فمتى ظهرت سرقة بعد ذلك يبين قطعت يده

قال المصنف: (أو أضربه شهوده) أقول: أي شهود المدعي، فالإضافة للملابسة أو شهود المدعي عليه ولا يخلو عن البعد قوله: (لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره) أقول: الضمير في قوله غيره راجع إلى الملك قوله: (ولهذا صحت الدعوى) أقول: أي دعوى الفعل.

(١) غريب مرفوعاً. وقد ورد نحوه عن عمر موقوفاً. وفيه قال للرجل: أتعرفه. قال: نعم. قال: هل سافرت معه؟ قال: لا. قال: هل عاملته بالدنار، والدرهم؟ قال: لا. قال: إذا لا تعرفه. قلت: فحديث الباب غريب، ومعرفة الاسم، والنسب لا يكفي فتنبه.

على الوديعه) لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل (وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أودعني فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله. ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة السر فصار كما إذا قال

بين أن يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصماً (ويصح دعوى الفعل) أي يصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد (وإن قال المدعي سرق مني) أي إن قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أودعني فلان وأقام البينة) أي على أن فلاناً أودعه إياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضاً لفظ القدوري. قال المصنف: (وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع) أي الخصومة وهو القياس (لأنه) أي المدعي (لم يدع الفعل عليه) أي على ذي اليد (فصار كما إذا قال) أي المدعي (غصب مني على ما لم يسم فاعله) يعني أن التجهيل أسند دعوى السرقة بقبي دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعه، كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعه من آخر فإنه تندفع الخصومة هناك فكذلك هنا، كذا في غاية البيان (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعي الفاعل لا محالة) لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر أنه) أي الفاعل (هو الذي في يده إلا أنه) أي المدعي (لم يعينه) أي لم يعين الفاعل (درءاً للحد شفقة عليه) أي على ذي اليد (وإقامة لحسبة السر) أي لأجل السر. قال صاحب العناية: فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعي، إن ظهر سرقة بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقة بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعل سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقة بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء انتهى. أقول: في كل واحد من السؤال والجواب نظر. أما في السؤال فلأنه إن أراد بقوله وفي ذلك جعله سارقاً أن في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع، وإنما هو عند تعيين كونه السارق، وإن أراد به أن في ذلك مجرد جعله خصماً في دعوى كون ذلك الشيء مسروقاً من المدعي فهو مسلم، لكن لا وجه حينئذ لقوله ما وجه الدرء حينئذ إذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره؟ وأما في الجواب فلأن مقتضاه أن جعل ذي اليد خصماً والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعي في مسألتنا هذه إنما كان لأجل الاحتيال للدرء الحد، وأن الاحتيال للدرء إنما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي، وهذا مع كونه مخالفاً لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه، لأن ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما إذا اعترف بأنها ملك الغير أودعها عنده، فإن إتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع (فصار) أي فصار ما إذا قال سرق بصيغة المجهول (كما إذا قال سرق) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أي بخلاف ما إذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة بإثبات الوديعه بالاتفاق (لأنه لا حد فيه) أي في الغصب

لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه، وإن قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعني فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة

سرقته، بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعني فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها، والله أعلم.

(فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعي معذوراً في التجهيل (ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعني فلان ذلك) أي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه (أسقط الخصومة) أي أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدوري. قال المصنف (لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أي في الشيء المدعي (لغيره) أي لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أي وصول العين المدعاة، وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية، ولكنه يشبه أنه قصد التفتن في العبارة (إلى يد ذي اليد من جهته) أي من جهة الغير (فل تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم) أي المدعي (البينة أن فلاناً) أي فلاناً المذكور (وكله بقبضه) أي بقبض الشيء المدعي (لأنه) أي المدعي (أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها) أي بإمساك العين المدعاة كأنه قصد التفتن هاهنا أيضاً حيث قال أولاً بقبضه بالتذكير، وثانياً بإمساكها بالتأنيث.

لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعي البينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته أنه أحق بإمساكه.

قوله: (أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً الخ) أقول: بأن جعل سارقاً، ثم أقول: فيه بحث، فإنه إن أراد أن في ذلك جعله سارقاً في حق توجه الخصومة فمسلم ولا يلزم منه القطع، وإن أراد أن فيه جعله سارقاً في حق القطع فليس كذلك، وإنما يلزم ذلك أن لو قال المدعي سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذو اليد سارقاً لاحتمال كون السارق غيره وإبتياح ذي اليد منه والحدود تندري بالشبهات فحيتذ لا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع أن فيه ما لا يخفى قوله: (إن ظهرت سرقته) أقول: أي سرقة العين بإقرار ذي اليد أو غيره قال المصنف: (إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله) أقول: فإن قيل: يلزم حيتذ الحكم على الغائب بأنه وكله. قلنا: لا محذور فيه، فإن ما يدعي على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعي على الحاضر وهو التسليم، وقد مر قبيل باب التحكيم أنه يجوز فراجع.

باب ما يدعيه الرجلان

قال: (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعي في قول: تهاترتا، وفي قول يقرع بينهما، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة «لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال: اللهم

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أي العين (له وأقاما البينة) أي على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أي نصفين، وإنما وضع المسألة في دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين، لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما البينة فيبينة الخارج أولى عندنا. وفي أحد قولي الشافعي: تهاترت البيتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك. وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق، لأن في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلاً وخلافاً كما سيجيء إن شاء الله تعالى (وقال الشافعي) أي في المسألة التي نحن فيها (في قول تهاترتا) أي البيتان: أي تساقطنا وبطلتا، مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا في المغرب (وفي قول يقرع بينهما) أي بين المدعين ويقضى لمن خرجت قرعته (لأن إحدى البيتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) أي في كل العين (في حالة واحدة وقد تعذر التمييز) أي بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم، وهذا لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى، كذا في النهاية والكفاية (أو يصار إلى القرعة «لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال: اللهم أنت الحكم بينهما») روى سعيد بن المسيب «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة فأقرع رسول الله ﷺ بينهما وقال: اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته»^(١) (ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي^(٢) رواية عن أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه ذكره أبو داود «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لأن الواحد قبل الاثنين (قال: وإن ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما. وقال الشافعي في قول: تهاترتا) أي تساقطنا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه (وفي قول: يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة) والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما، أو يصار إلى القرعة لأنه ﷺ أقر فيه. كروى سعيد بن المسيب: «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة، فأقرع رسول الله ﷺ

باب ما يدعيه الرجلان

قوله: (بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق) أقول: في إيجاب متعلق بقوله بمنزلة قوله: (ولا نسلم كذب إحداهما بيقين) أقول: فيه

(١) ضعيف، أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢٠٣/٤ من حديث أبي هريرة وعبد الرزاق في مصنفه في البيوع وأبو داود في مراسله كما في نصب الرأية ١٠٨/٤ كلاهما عن سعيد بن المسيب مرسلًا. قال الهيثمي: وفيه أسامة بن يزيد القرشي ضعيف. وذكره عبد الحق في أحكامه كما في نصب الرأية ١٠٨/٤ وقال: هذا مرسل وضعيف، فإن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي متروك.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٢٥٩/١٠ وابن أبي شبة في مصنفه في البيوع، وكذا عبد الرزاق، والبيهقي في المعرفة كما في نصب الرأية ١٠٩/٤ كلهم عن تميم بن طرفة. وقال البيهقي: هذا منقطع اهـ. الزيلعي.

أنت الحكم بينهما» ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين». وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن بالتصنيف إذ المحل يقبله، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. قال: (فإن)

في ناقة وأقام كل واحد منهم بينة فقضى بها بينهما نصفين»^(١) وعن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه «أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة، فقال: ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم، ثم قضى به رسولنا ﷺ بينهما نصفين»^(٢) (وحديث القرعة^(٣) كان في الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة: يعني أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء؛ فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، بخلاف قسمة المال المشترك لأن للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطبيياً للقلوب، ونفياً لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار، كذا في الكافي وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) يفتح الميم (بأن يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام: ولا نسلم كذب إحداهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى. أقول: الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي إن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقتها للواقع، ومعنى كذبه عدم مطابقتها لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب إحداهما: أي عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب، وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلاً في دفع هذا

بينهما فقال: اللهم إنك تقضي بين عبادك بالحق، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته» ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي «أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة فقضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين» وعن أبي الدرداء رضي الله عنه «أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحوجكما إلى سلسلة

بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع، وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجل الواضحات فكيف يمنع؟ وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى. والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هنا وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل قوله: (فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول: يعني شرعاً.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥ والنسائي ٢٤٨/٨ وابن ماجه ٢٣٣٠ والحاكم ٩٥/٤ والبيهقي ٢٥٨/١٠، ٢٥٩ كلهم من حديث أبي موسى الأشعري. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه وقال المنذري في مختصره: إسناده كلهم ثقات. تنبيه: وقع للمصنف «رواية عن أبي موسى الأشعري... الخ. فقد يظن ظان أن تميم الطائي رواه عن أبي موسى، وليس كذلك والأفضل: أن يقال: «ورود من حديث أبي موسى».

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ١١٠/٤: رواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: جاء رجلان يختصمان إلى أبي الدرداء في فرس أقال كل واحد البينة أنها نتجت عنده، فقضى بينهما نصفين، ثم قال: ما أحوجكما إلى مثل سلسلة بني إسرائيل كانت تنزل، فتأخذ عنق الظالم».

(٣) وهو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك. قال: (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين، وهذا إذا لم

كما لا يخفى. والوجه عندي أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك، بل أن يكون مراده به القول بالموجب: أي إثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم. وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد، وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه، لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع، فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهاداتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لأن البيئات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) هاهنا (بالتنصيف إذ المحل يقبله) أي يقبل التنصيف (وإنما ينصف لاستوائهما) أي لاستواء المدعين (في سبب الاستحقاق) وهو الشهادة. فحاصل كلام المصنف هاهنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما، فإنه مما لا يطلع عليه العباد، وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد إليه أنه قال في التفريع: فصحت الشهاداتان ولم يقل فصدقت الشهاداتان. ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب إحداهما يبين. وأجاب عنه حيث قال: فيه بحث، فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام إحداهما لنفس الأمر من أجلي الواضحات، فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى؟ والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هاهنا، وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً، فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعاً عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب هاهنا بعد أن يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه لأن كون صدق الخبر مطابقتها للاعتقاد المخبر، وكذبه عدم مطابقتها للاعتقاد مذهب النظام ومن تابعه، وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الإسلام حق مع مخالفته لاعتقاده، وتكذيبه في قوله الإسلام باطل مع مطابقتها لاعتقاده، فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى الاستدلال أثمتنا في هذه المسألة؟ وأيضاً لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تمتد الكذب ولم يتعمده معنى، لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد. وأيضاً لا يندفع ما قاله الشافعي بمنع كذب إحدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابق للاعتقاد، إذ يكفي له كذب إحداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند ثبوت عدم مطابقة إحداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند ثبوت كذب إحداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع. والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب وعدم إطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسألة، فإنما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يترك به القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب. ثم إن قوله وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً إن أراد به أن يلزم اجتماع إطلاق كل واحد من الشهادتين وتكذيبها

كسلسلة بني إسرائيل، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم، ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة والسلام بينهما نصفين" والجواب عن حديث القرعة أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق لمن خرجت له، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهاداتتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلاً وتساويهما في سبب الاستحقاق (قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح

تؤقت البيئتان، فأما إذا وقتنا فصاحب الوقت الأول أولى (وإن أقزت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته) لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضي بها) لأن البينة أقوى من الإقرار (ولو تفرّد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة

بعينها ممنوع، وإن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحد منهما وتكذيب إحداهما لا بعينها فمسلم، لكن لا نسلم المحذور فيه، إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملاً لا محققاً فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (فإن ادعى كل واحد منهما) أي من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البيئتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك. قال: ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكي عن ركن الإسلام علي السغدري أنه لا ترجح إحداهما إلا بإحدى معان ثلاث: إحداهما إقرار المرأة، والثانية كونها في يد أحدهما، والثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا في الشروح نقلاً عن الخلاصة. قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (إذا لم تؤقت البيئتان، فأما إذا وقتنا فصاحب الوقت الأول أولى) لما فيه من زيادة الإثبات، كذا في الكافي. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلي، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها فتزوج بها الثاني. والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك، وأيضاً قد ذكرنا آنفاً أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا تقدم الأول حكماً به، فكذا إذا ثبت بالبينة انتهى. أقول: في الجواب الأول نظر، لأنه إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني أولى قطعاً، وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثاني بل على منع أولوية الأول، وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الأول بل يتوجه أيضاً على تقدير دعوى النكاح مطلقاً: أي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الأول فيما إذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الأول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني، كما ذكر في السؤال فلم تثبت الأولوية في الأول مطلقاً. وأما الجواب الثاني فهو وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أن فيه نوع احتياج إلى بيان لمية الحكم بالأول فيما عاينا تقدمه أيضاً مع الاحتمال المذكور، فالأحسن هاهنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: أمكن العمل بالبيئتين بتخلل الطلاق. قلت: لا يمكن لأن النكاح الثاني يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للأول بالشك، ولا يقال: يحمل أمرهما على الصلاح لأن هذا إنما يعتبر في الدفع لا في إبطال حق

امرأة (الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين، إما أن تكون متعاقبة أو لا، فإن كان الثاني فلا بينة لهما، فالمرأة إما أن تقر لأحدهما أو لا، فإن أقزت فهي امرأته لتصادقهما، وإن لم تقر لم يقض لواحد، وإن كان ثم بينة فمن أقام البينة فهي امرأته وإن أقزت لغيره لأن البينة أقوى من الإقرار، وإن أقامها، فإذا أن تكون في بيت أحدهما أو دخل بها أولاً؟ فإن كان ذلك فهي امرأته، لأن النقل إلى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده، إلا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فإنها تقبل، لأن الصريح أولى من الدلالة، وإن لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهي امرأته، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، وإن لم يذكر تاريخاً لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما،

قوله: (وإن أقامها (الخ) أقول: الأظهر أن يقرر هكذا: وإن أقامها، فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى، وإن لم يورخا أو استوى تاريخهما، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة، وإنما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من الانتقال والانتشار. قال الإيتاني نقلاً عن فصول الاستروشي: وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اهـ. والظاهر أن يقيد قوله وإن أرخ أحدهما بلا يد ولا إقرار ولا فصاحب اليد والإقرار أولى قوله: (فإن كان ذلك فهي امرأته (الخ) أقول: ولا يعتبر قولها وتصديقها قوله: (وإن لم يكن ذلك) أقول: معطوف على قوله فإن كان ذلك، وقوله ذلك إشارة إلى قوله فإذا أن يكون في بيت أحدهما أو دخل بها قوله: (وإن لم يذكر تاريخاً) أقول: أو استوى تاريخهما قوله: (والجواب أن ذلك (الخ) أقول: أشار بقوله ذلك إلى قوله لجواز أن الأول طلقها (الخ).

وقضى بها القاضي له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً) لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق. قال: (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة (فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن

الغير وهاهنا الحاجة إلى الإبطال انتهى). (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار) إذ البينة حجة متعددة والإقرار حجة قاصرة. وذكر في نكاح المبسوط: ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي أنها امرأته وقيم البينة، فإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد ترجح إحداهما بالقبض، كما لو ادعى رجلان تلقى الملك في عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن، والإمكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتاً حين دخل، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم تكن في يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو بإقرار الخصم، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرت المرأة أنه تزوجها قبله أو أنه تزوجها دون الآخر فهي امرأته، إما لأن بيئته ترجح بإقرارها له كما بينا في جانب الزوج، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما، كذا في النهاية. وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب، وأنه يظهر منه أن قول القدوري: فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما إذا لم تكن المرأة في بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها. واعلم أن هذا كله إذا كان التنازع حال حياة المرأة، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الإقرار واليد، فإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر، وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء فإنه يقضي بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد. فترق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة. والفرق أن المقصود في حال الحياة هي المرأة وهي لا تصلح للشركة بينهما، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة، فإن جاء بولد يثبت النسب من الأبوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ. كذا في غاية البيان نقلاً عن الفصول، وفي الفصول نقلاً عن المحيط (ولو تفرد أحدهما بالدعوى) يعني أن الذي ذكر من قبل فيما إذا ادعيا معاً، ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أي بما ادعاه الثاني (لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الأولى، بل دونها

فأيهما أقرت له أنه تزوجها قبل الآخر فهي امرأته، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين. ولقائل أن يقول: قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلي لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيساويان لجواز أن الأول طلقها فتزوجها بها الثاني. والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك، وأيضاً قد ذكرنا آنفاً أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول، فإذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه، إلا أن يؤقت شهود المدعي الثاني وقتاً سابقاً فيقضي له لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين (قوله وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج) مزيان. قال: (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه

شاء ترك) لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائيهما في السبب فصار كالفصوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن (فإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضياً

لأن الأولى تأكدت بالقضاء، وهذا لأن في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأي الرأي، كذا في غاية البيان (إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً) أي وقتاً سابقاً فإنه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني (لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين) حيث ظهر أنه تزوج منكوحه الغير. أقول: في قول المصنف بيقين تسامح، لأن البيئات من الظنيات لا من اليقينات على ما صرحوا به، ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظة بيقين في تحريره (وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) قد مر بيان هذه المسألة على الوجه الأتم فهما ذكرنا من قبل نقلاً عن المبسوط (قال) أي القدوري في مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أي معنى قوله منه (من صاحب اليد) وإنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن يدعي الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب، كذا في النهاية وغيرها. ثم إن تمام قول القدوري (وأقاما بينة) أي أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماهما من غير توقيت حيث قال في شرح المقام: وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت، فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي هاهنا حيث قال في شرح المقام: ولم تؤقت واحدة من البيتين وقتاً. وأقول: الأولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء، لأن حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المع تبرات، ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما، ولو لم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسألة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسألة، ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائيهما في السبب فصار كالفصوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما) قال المصنف (لأنه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه، كذا في معراج الدراية أخذاً من الكافي. وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال: لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء رداً على صاحب العناية: الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا، وهو تغير لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له انتهى.

اشترى منه هذا العبد (الخ) عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد. قال المصنف (معناه) صاحب اليد) احترازاً عما سيأتي بعده هذه المسألة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأقيت. (فكل واحد منهما بالخيار، إن

قوله: (لأن شرط العقد (الخ) أقول: الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير، لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل، وأيضاً الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له قوله: (أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما (الخ) أقول: فيه بحث، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً، وسيجيء من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتي. قال الإيتاني ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده: فإن ادعى الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فإنه يقضي بالدار بينهما نصفين، ثم يخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وإن شاء ترك. فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه فليتأمل.

عليه في النصف فانفسخ البيع فيه، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبيئة لولا بيئته صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه، والعود إلى النصف للمزاومة ولم توجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت إحدهما ولم

أقول: الذي هو تصرف نفس ذلك القائل هاهنا ساقط، أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلأن قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق. وأما قوله أيضاً لاتحاد وصف العقد الخ فلأن مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا أنه شرط نفس العقد، كما أن الرضا أيضاً كذلك لتحقق نفس العقد فاسداً في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه، وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده وإلا لما ساء له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد. ثم إن صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وأنه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطاً للآخر. وقال صاحب العناية: فإن قيل: كذب إحدى البيتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلاً في وقت واحد فينبغي أن تبطل البيتان. أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به اهـ. واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال: فيه بحث، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً، وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي، وذكره الإيتاني هاهنا ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام، فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه انتهى. أقول: مبنى جواب صاحب العناية هاهنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت، فحينئذ يتم جوابه، فإن ما يحتاج إليه من الجواب هاهنا إنما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد. وأما دفع السؤال عن مسألة أخرى غير مذكورة في الكتاب ففضله من الكلام هاهنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك. نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأساً كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة، ثم إن هاهنا جواباً دافعاً للسؤال عن المسألتين معاً ذكره أيضاً صاحب الكافي وعامة الشراح، وهو أن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد بأن وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بأن يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معاً من رجل فإنه يجوز، وعقد الوكيل كعقد الموكل، ويضاف عقده إلى الموكل مجازاً ثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كلاً (فإن قضى القاضي به) أي بالعبد (بينهما) أي بين المدعين (فقال أحدهما لا أختار) أي لا أختار الأخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه) أي الآخر (صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه) أي في هذا النصف، والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد. فإن قيل: هو مدّع فكيف يكون مقضياً عليه؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أي في النصف المقضى به (لظهور

شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذي شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعوتهما في الملك المطلق وأقاما البيئته (وإن شاء ترك) لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) فإن قيل: كذب إحدى البيتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلاً في وقت واحد، فينبغي أن تبطل البيتان. أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به (فإن قضى القاضي به بينهما نصفين فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد

قوله: (وقوله حيث يكون له، إلى قوله: يشير إلى أن الخيار الخ) أقول: وإلا فكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع، ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشكلة قوله: (وذكر بعض الشارحين) أقول: أراد الإيتاني.

تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك، وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بينا، إلا أن يشهدوا أن

استحقاقه بالبيئة لولا بيئة صاحبه، بخلاف ما لو قال ذلك) أي بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار الأخذ (قبل تخيير القاضي) أي قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شيء (والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد) يعني إنما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له، فإذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (ونظيره) أي نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أي تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الأول) أي نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) أي تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار. واعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود إلى النصف للمزاحمة إلى هنا، وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح، ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) إذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلاً (ولو وقَّت إحداهما) أي إحدى البيتين (ولم تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك) أقول: فيه شيء وهو أن الآخر أثبت الملك أيضاً، وإنما الشك في أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس، فما الوجه في العمل بالاحتمال الثاني على أن الشك في أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضاً في أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب، فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: ولو وقَّت إحداهما ولم تؤقت الأخرى قضى به لصاحب الوقت لأنه يثبت له الملك في ذلك الوقت، والذي لم يؤقت يثبت ملكه في الحال لأن شراؤه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقاً فكان أولى انتهى (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (ومعناه) أي ومعنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه في يده) أي القبض ثابت في يده معانية، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبيئة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع، وجاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لأحد المدعيين بالمعانية، كذا في النهاية وغيرها. أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن الظاهر أن هذه المسألة والمسألة السابقة التي كانت مذكورة أيضاً في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما، وكذا المسألة التي ذكرها المصنف في البين وهو قوله ولو وقَّت إحداهما ولم تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب

متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد. فإن قيل: هو مدع فكيف يكون مقضياً عليه؟ أجاب بقوله: (وهذا لأنه خصم فيه) أي في النصف المقضي به (لظهور استحقاقه بالبيئة لولا بيئة صاحبه، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع يشير إلى أن الخيار باق، وذكر بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخنا لإسلام خواره زاده أنه لا خيار له وهو الظاهر، ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه أحد فاندفع الآخر به، ولو وقَّت إحداهما دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت

شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة. قال: (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)

المسألة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد إليه أنه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر إقامة البينة كما كان الأسلوب المطرد عند الانتقال إلى مسألة مستقلة. وقد قال المصنف في صدر المسألة معناه من صاحب اليد، فاقضى ذلك أن يكون وضع المسألة فيما إذا كان المدعي في يد البائع. وقال هاهنا: ومعناه أنه في يده: أي في يد أحد المدعين فاقضى هذا أن يكون المدعي في يد المشتري فكان مخالفاً لوضع المسألة فليتأمل في التوجيه (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تحليل للمسألة المذكورة. قال صاحب العناية: وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين: إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد، فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بشبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى. أقول: قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح، لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من إيجاز الكلام وتنقيح المرام ما يابى أن يكون مراده ذلك، إذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لأن قبضه يدل على سبق شرائه، إذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى للذكر تمكنه من قبضه موقع حسن، فعندي أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعي يدل على كون شرائه إياه سابقاً، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقاً لما تمكن القابض من قبضه، فإنه يصير حينئذ ملكاً لغير القابض، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه، وهذا المعنى مع كونه ظاهراً من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر تمرته الجلية عن قريب إن شاء الله تعالى (ولأنهما استويا في الإثبات) أي ولأن القابض وغير القابض استويا في إثبات الشراء بالبينة، وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعينة لأن غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكاً (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك). لا يقال: بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض. لأننا نقول: بينة الخارج إنما تكون أولى من بينة ذي اليد إذا ادعى ملكاً مطلقاً أما إذا ادعى الملك بسبب فهم سيان نص عليه صاحب الكافي هاهنا، وقد صرحوا به في مواضع منها ما مر في أوائل باب اليمين. قال صاحب العناية:

مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك ولو لم يذكر تاريخاً لكنه في يد أحدهما فهو أولى (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين: إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات، والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد. فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بشبوتها في الحال، وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولأنهما استويا في الإثبات) وبينه غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطول بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعى الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى. والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج إلى إثبات

قوله: (وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول: إذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم قوله: (وقد لا يكون) أقول: إذا كان المشهود به الشراء المتأخر قوله: (يحتاج إلى إثبات الملك) أقول: أي الملك المطلق قوله: (وها هنا ليس كذلك) أقول: لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع قوله: (وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه الخ) أقول: لا بد من التأمل أنه هل يتمشى هنا تحقيقه المبني على المقدمتين،

معناه من واحد (وأقاما بيته ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه ثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض، وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض

وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعى الشراء من اثنين وأقاما البيته وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى. والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لباته أولاً، فاجتمع في حق الباتين بيته الخارج وذي اليد فكانت بيته الخارج أولى، وهاتنا ليس كذلك انتهى. وقد سبقه إلى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية، وزاد في البيان حيث قال: فأما هاتنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك، بل هو ثابت بتصادقهما عليه، إنما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القبض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى. أقول: في الجواب بحث، وهو أن الذي ثبت لكل واحد من المدعين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذئ يد بل هو خارج كغير القابض من المدعين، وكون بيته الخارج أولى من بيته ذي اليد فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما مسلم، وأما فيما إذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع؛ ألا يرى أن الدليل الذي ذكروا لإثبات كون بيته الخارج أولى من بيته ذي اليد، وهو أن بيته الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً، فإن قدر ما أثبتته اليد لا تثبت بيته ذي اليد دليل مطلق الملك انتهى. إنما يجري فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما لا فيما إذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتأمل (وكذا لو ذكر الآخر وقتاً) أي لو ذكر غير القابض وقتاً كان العبد لذي اليد أيضاً (لما بينا) قال صاحب العناية: بل عامة الشراح قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه. أقول: يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر، وذلك التحقيق لا يجري فيما إذا ذكر الآخر وقتاً لأنه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لأن يضاف إلى أقرب الأوقات، لأن إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إنما تصوّر فيما إذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الأولى، ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف إلى أقرب الأوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية. وأما شراء القابض فإنه وإن كان سابقاً على قبضه في الظاهر حملاً لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكرنا فيما مر، إلا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر، بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما إذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن

الملك لباته أولاً. فاجتمع في حق الباتين بيته الخارج وذي اليد فكان بيته الخارج أولى وهاتنا ليس كذلك (وكذا إذا ذكر الآخر) يعني بيته الخارج (وقتاً) فذو اليد أولى، لأن بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه (إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراؤه كان قبل شراء صاحب اليد) فإنه تنقض بها اليد (لأن الصريح يفوق الدلالة، وإذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضاً) قال المصنف (معناه من واحد) احترازاً عما إذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بيته ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأنه (لكونه معاوضة من الجانبين) كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبت إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معاً، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض، وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين

بل الظاهر أنه إشارة إلى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك، إلا أن قوله لأن الصريح الخ يؤيد الأول قوله: (ولأن الشراء، إلى قوله: ثابتين معاً الخ) أقول: بل يثبت الشراء مع القبض، إذ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات على ما مر آنفاً، فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعي الشراء. هذا والظاهر أن قوله ولأنه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم. يشهد لذلك قوله في دليل المسألة الآتية لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى قوله: (دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول: فكان ملك مدعي الشراء سابقاً قوله: (وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول: والظاهر أنه إذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضاً عن هبة والآخر الشراء، فكذا جواب المسألة لهذين الدليلين بعينهما قوله: (ترجيح بما يرجع إلى المال) أقول: لا ترجيح بما يرجع إلى المال، بل الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال قوله: (إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل) أقول: فإن قيل: ظهور الآخر في ثاني الحال إنما هو لقوة العقد في الحال فيثبت المطلوب. قلنا: لا نسلم بل لحصول الأجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل.

والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائيهما في وجه التبرع، ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المالك والترحيل بمعنى قائم في الحال، وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح، وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع

لأحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك، ثم يجعل قوله هاهنا لما بينا إشارة إلى ذلك القول، إذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضاً كما لا يخفى، وهذا هو الثمرة التي أشرنا إليها فيما مر آنفاً (إلا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراءه) أي شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لأن الصريح يفوق الدلالة) يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (قال) أي القدوري في مختصره (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى ما قاله القدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد، وإنما قيد به احترازاً عما إذا كان ذلك من اثنين، فإن المدعين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد، ثم إن تمام لفظ القدوري (وأقاما بيته ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم إذا أرخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام (لأن الشراء أقوى) أي من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بيته الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى، لأن البيئات تترجح بكثرة الإثبات (ولأنه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لأن الشراء أقوى: أي ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء (والمالك في الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبت به بواسطة الغير، فكان هذا دليلاً آخر على كون الشراء أقوى من الهبة، يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائيهما في القوة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبت إلا بالقبض فكان القبض والشراء والهبة ثابتين معاً، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى. أقول: الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولأنه يثبت الملك بنفسه معطوفاً على قوله لأن الشراء أقوى، فجعل كلا منهما دليلاً مستقلاً على أصل المسألة، وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي هاهنا، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن قول صاحب العناية بعيد. هذا: وقوله لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى. ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولأنه يثبت الملك الخ معطوفاً على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجهاً مستقلاً لكون الشراء أقوى كما قررناه (فيما قبل، فبين كلاميه تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أي كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في المسألة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعني إذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أي نصفين، كذا في الكافي وغيره (لاستوائيهما في وجه التبرع) فإن قيل: لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة، أجب بقوله (ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المالك) أي يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن

في أن الشراء أقوى (وإذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء، ويقضي به بينهما لاستوائيهما في وجه التبرع) فإن قيل: لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة. أجب بقوله ولا ترجيح باللزوم. وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع إلى المالك: أي بما يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المالك لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال (وهذا) أي الحكم بالتصنيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لأن كل واحد منهما

طارىء، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البيتين على الارتهان وهذا أصح. قال: (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما في القرة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبيتين بتقديم الشراء، إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه (وإذا ادعى

عدم صحة الرجوع في المستقبل (والترجيح بمعنى قائم في الحال) أي الترجيح إنما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع إلى المآل. وأجيب أيضاً بأن امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب، ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها أيضاً لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أي القضاء بالتصنيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح، وكذا فيما يحتمله) أي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لأن الشيوع طارئ) يعني أن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل، إلا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئاً وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضي لهما بشيء (لأنه تنفيذ الهبة في الشائع) فصار كإقامة البيتين على الارتهان. قيل هذا قول أبي حنيفة. أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين، والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعاً، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها، كذا في العناية وغيرها (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا ادعى أحدهما الشراء) أي شراء شيء كعبد مثلاً من رجل (وادعت امرأته أنه) أي ذلك الرجل (تزوجها عليه) أي تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعي (فهما سواء) أي يقضي بذلك المدعي بينهما نصفين (لاستوائهما) أي لاستواء الشراء والنكاح (في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على سواء، أما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده. وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسألة الكتاب: إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على سواء يقضي بالعبد بينهما انتهى. وفي التبيين للإمام الزيلعي: ثم

أثبت قبضه في الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارئاً وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضي لهما بشيء (لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البيتين على الارتهان) قيل هذا قول أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين. والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعاً، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها. قال: (وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على سواء يقضي بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه، وللمرأة على زوجها نصف القيمة، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه، وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى، لأن

قوله: (وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة) أقول: أريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز قوله: (فإن قدمنا النكاح الخ) أقول: كيف يقدم إذا أرخا وتاريخهما على سواء؟ وتخصيص الخلاف بما إذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره. ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدین أن يقولوا مثلاً كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذا لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين، وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور في الصحيفة السابقة بوجه آخر قوله: (وذكر في الأسرار، إلى قوله: لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبيتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سويتاهما.

أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت. وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وإن أقام البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه. قال:

للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء، وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفة عليه انتهى (وهذا) أي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أي والمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعني أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها (إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه) بأن لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء. أقول: هاهنا إشكال ظاهر، وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إنما يتصور فيما إذا لم يؤرخا. وأما إذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى. والمسألة تتم الصورتين كما مر آنفاً فكيف يتم خلاف محمد. ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى، وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال:

ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحددين أن يقول الشهود مثلاً: كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى. فتأمل. قال صاحب العناية: وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سؤناهما انتهى. أقول: هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى، إذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف. ولئن سلم ذلك فلا يوجب يوسف أن يقول: المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة، إذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره: قال المصنف (وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات، كذا في النهاية

العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها لأن التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة. وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين (وإذا ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاماها فالرهن أولى، وهذا استحسان. وفي القياس: الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتاً فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع، ولا ترد الهبة بشرط العوض فإنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن، لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لا صورة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ، فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك لا يتلقى

(ولو ادعى الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبتته في

ومعراج الدراية، وجه القياس قوله (لأنها) أي لأن الهبة (ثبتت الملك) أي ملك العين (والرهن لا يشته) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتاً فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا: إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أي من عقد التبّع، ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين، والهبة لا تثبت إلا بدلاً واحداً فكانت أكثر إثباتاً فكانت أولى، كذا في الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضاً حيث كانت أولى من الرهن (لأنه بيع انتهاء) أي لأن الهبة بيع انتهاء، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لأنه) أي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يشته إلا عند الهلاك معنى لا صورة هكذا الهبة بشرط العوض) أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعاً انتهاءً. فإن قلت: الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة. قلت: نعم هي معاوضة انتهاء، ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معارضة ابتداء نظراً إلى المقصود، بخلاف اللزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائماً في الحال، لا نظراً إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأنه) أي لأن صاحب التاريخ الأقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه) أي والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف آخر، وبه قال محمد أولاً، وأما على قول محمد آخراً فيقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النواذر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق

الملك إلا من جهته، والفرض أن الآخر لم يتلق منه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً وقول محمد أولاً. ثم قال محمد: يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، وإن أرخ أحدهما دون الآخر ففي النواذر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات. وعلى قول أبي يوسف يقضي لمن أرخ، وعلى قول محمد يقضي لمن لم يؤرخ لأنه بدعي أولية الملك، وسيأتيك تمام بيانه إن شاء الله تعالى (ولو ادعى الشراء من واحد وأقاماهما ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما، وإن أرخا تاريخين متفاوتين فالأول أولى لما بينا) أنه أثبتته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلاً. قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحداً أو اثنين، وإنما التفاوت بينهما إذا أقتت إحداهما دون الأخرى على ما

قال المصنف: (ولو ادعى الشراء إلى قوله: فالأول أولى) أقول: قال العلامة الكاكي تبعاً لصاحب النهاية: وفي هذا الحكم لا تفاوت أن يكون بانهما واحداً أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الأقدم أولى، وإنما تفاوت الحكم بينهما فيما إذا وقت إحدى البنتين ولم تؤقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله: بخلاف ما إذا كان البائع واحداً انتهى. قال العلامة النسفي في الكافي: وإن ادعى الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وإحداهما أسبق تاريخاً يقضى لأسبقهما تاريخاً اتفاقاً، بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين لأنهما يشتان الملك لبايعتهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه لملكه لا يعتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى. وهكذا في الكفاية وشرح الكثر للزيلعي. ثم قال في الكفاية: الأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحداً فيما إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا في الكتاب، يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ. وفي المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضاً انتهى. فظهر أن ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية، وما في الكافي والكفاية وشرح الكثر على رواية أخرى، وهو مختار صاحب الهداية أيضاً على ما يشير إليه كلامه، إلا أن في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحثاً، فإن بينة مدعي الأسبق تثبت لبايعه ملكاً سابقاً، وإذا أثبت أحد مدعيي الملك المطلق تاريخاً أقدم فهو أولى فليتأمل. فقله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر، بل الظاهر خلافه حيث يتضمن إثبات تاريخ ملك المدعين إثبات تاريخ ملك البائعين قوله: (قيل لا تفاوت) أقول: القائل صاحب النهاية قوله: (ليس فيه زيادة فائدة) أقول: فائدته دفع توهم التكرار في كلام القدوري.

وقت لا منازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرنا تاريخاً فهما سواء) لأنهما يثبتان

في أصح الروايات، وعلى قول أبي يوسف يقضي للذي أرخ، وعلى قول محمد يقضي للذي لم يورخ لأنه يدعي أولية الملك، كذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة، وسيأتي تمام بيانه في الكتاب إن شاء الله تعالى (قال) أي القدوري في مختصره (ولو ادعى الشراء من واحد) قال المصنف (معناه من غير صاحب اليد) أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد. قال صاحب النهاية: ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة، فإن في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحداً لأنه ذكر في الذخيرة: دار في يد رجل ادعاهما رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا، فإن أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يورخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا في الدعوى والحجة، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى، لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فثبت شراؤه من ذلك الوقت، ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك. وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فالمؤرخ أولى قليلاً لنقض ما هو ثابت، لأننا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير. وأما إذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة، وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمي رجلاً وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه، فإن لم يورخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضي بالدار بينهما: وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخاً، وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى. وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مؤاخذه المصنف هاهنا بالوجه المذكور. وقال صاحب الكفاية: قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كي لا يلزم التكرار، لأنه قال أولاً: ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد، ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا، فثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعى الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى. أقول: الحق ما قاله صاحب الكفاية. وتوضيحه أن الإمام القدوري ما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين إحداهما هاهنا والأخرى في أثناء الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك: ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعى من صاحب اليد، وقوله الثاني إلى ما إذا ادعى من غير صاحب اليد احترازاً عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلاً.

سيذكر بعيد هذا. وقوله: (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة، فإنه لا تفاوت في سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره، فإنه ذكر في الذخيرة: دار في يد رجل ادعاهما رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام (وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما على الشراء من

قوله: (ورتب عليه الأحكام) أقول: إلى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير قال المصنف: (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرنا تاريخاً فهما سواء) أقول: قال الزيلعي: يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى. قال الإقناني: أي تاريخاً واحداً، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف آخر، وهو قول محمد في رواية أبي حفص، وعلى قول أبي يوسف الأول يقضي بينهما انتهى. ولا يخفى التدافع بين الكلامين، فقيل في دفعه إن الكلام مبني على روايتين، فما في غاية البيان مبني على رواية ما ذكره الزيلعي، والذي يشير إليه كلام الهداية مبني على رواية أخرى فليتدبر، وأنت خبير بأن المفهوم من دليل صاحب الهداية خلاف ذلك قوله: (لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول: أي ملك بانه، فإنه يرجع إلى دعوى الملك المطلق لباثنيهما، وتوقيت إحداهما في الملك المطلق لا يفيد الأولوية لما سبق آنفاً وسيجيء أيضاً قوله: (لأن الثابت بالبينة كالثابت حياناً) أقول: بل الحق تتميمه بقولنا لأن الشراء أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكماً، إلا إذا بين الخ فلا يرد حينئذ سؤاله المصدر بقوله: ولقاتل أن يقول الخ فليأتم قوله: (لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) أقول: يعني في المسائلين.

الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت إحدى البيتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم،

والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مرّ معناه من صاحب اليد، إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن ادعى الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى، وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله هاهنا ولو ادعى الشراء من واحد ادعياء من غير صاحب اليد، إذ لا يجيء في الكتاب مسألة إن ادعى الشراء من واحد غير قوله هذا، وبأن فائدة التقييد هناك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد هاهنا أيضاً الاحتراز عن التكرار (وأقاما البينة على تاريخين) هذا من تنمة ما سبق: أي لو ادعى الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين (فالأول أولى) أي فصاحب التاريخ الأول أولى (لما بينا) أي في مسألة إن ادعى الشراء من صاحب اليد (أنه أثبتته) أي أن صاحب التاريخ الأول أثبت الشراء (في وقت لا متنازع له فيه) أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرنا تاريخاً فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: أي ذكرنا تاريخاً واحداً، وأما لو ذكرنا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده، كذا في المبسوط انتهى. وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال: وذكرنا تاريخاً واحداً فهما سواء انتهى. وقال صاحب الكفاية أخذاً من الكافي: أي سواء كان تاريخهما واحداً أو كان أحدهما أسبق تاريخاً فهما سواء، لأنهما يشتان الملك لبائعتهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما، فكذا فيمن تلقى الملك منهما، بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد معين لأنهما اتفقا أن الملك كان له، وإنما يختلفان في التلقي منه وأسبقهما تاريخاً، أثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك، ولا يقضى للغير بعد ذلك إلا إذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى. وقد سلك الإمام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز. أقول: السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسألة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما إذا ادعى الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخاً كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيهان: وإن ادعى الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضي يقضي بينهما، وإن وقتنا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ، وإن أزع أحدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقاً انتهى. وقال في البدائع: أما إذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقاً عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين، وإن كان وقتها واحداً فكذلك، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخاً أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا عند محمد في رواية الأصول، بخلاف الميراث فإنه يكون بينهما نصفين عنده. وعن محمد في الإملاء: أنه سوى بين الميراث وبين الشراء، وقال: لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضاً إلا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى. وذكر في الذخيرة أيضاً كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها. ثم أقول: الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الأسبق أولى فيما إذا ادعى الشراء من اثنين ظاهر الرواية، وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم، فحمل مسألة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لا يخفى. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة (لأنهما يشتان الملك لبائعتهما فيصير كأنهما حضرا) أي فيصير كأن البائعين

زيد مثلاً وآخر على لشراء من عمرو (وذكرنا تاريخاً واحداً فهما سواء لأنهما يشتان الملك لبائعتهما فيصير كأنهما حضرا) وادعى وأزخا تاريخاً واحداً (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف

بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث

حضرًا وادعيا وأزخا تاريخاً واحداً (ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أي من أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك (ولو وقتت إحدى البيتين وقتاً ولم تؤقت الأخرى قضى بينهما نصفين) يعني إذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت إحدى البيتين دون الأخرى قضى بينهما نصفين (لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أي على تقدم ملك بائعه: يعني أن كل واحد من المدعيين هاهنا خصم عن بائعه في إثبات الملك له، وتوقيت إحداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أي لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك (بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما) أي المدعيين (اتفقا) في هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى) أي لا يؤخذ (إلا من جهته) أي من جهة البائع الواحد، فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه وهو الشراء لا إلى إثبات الملك للبائع (فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية: لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الكلام في توقيت إحدى البيتين لا في إثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام، وإنما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عياناً أن يكون شراء من وقتت بيته كالشراء المعين لثبوته بالبينة، ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه أيضاً بالبينة. نعم بينهما فرق من حيث أن الأول يصير بمنزلة من عاينا شراؤه ووقته معلوم متعين عندنا الآن. والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراؤه أيضاً ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن، بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه، إلا أن هذا الفرق لا يجدي نفعاً، إذ الظاهر أنا لا نحكم في هذه الصورة أيضاً لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر. فالوجه في تحليل كلام المصنف هاهنا أن يقال: لأن الشراء أمر حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم، فشراء غير المؤقت يضاف إلى أقرب الأوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكماً، وقد أشير إلى هذا الوجه هاهنا إجمالاً في غاية البيان وشرح تاج الشريعة، ومَرَّ منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلاً عن الكافي فتذكر. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: حاصل الفرق بين المسألتين ما

العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك (ولو أقتت إحداهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به) لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به، فكذا إذا أثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره. ولقائل أن يقول: حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، وأما الباقي فمشترك بين المسألتي، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال: من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عياناً فيحكم به، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره، والجواب أن لذلك مدخلاً في الفرق، لأن البائع إن كان

قوله: (لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً) أقول: فيه بحث، لحواز أن بيع وكيله لشخصين في زمان واحد كما أشار إليه صاحب النهاية قوله: (وملك غيره مشكوك إن تأخر) أقول: أي إن تأخر الملك والمراد سببه أعني الشراء ففيه نوع من الاستخدام قوله: (وإن تقدم ملك) أقول: لكن لم يملك المؤقت لأنه لم يتلف الملك من جهته قوله: (فيرجع بالوقت) أقول: فيه تأمل، فإن الملك المعين له الوقت مشكوك أيضاً لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحاً قوله: (جاز أن يقعا معاً) أقول: فيه بحث، إذ لا يتصور أن يملك الشخصان عيناً واحدة في زمان واحد حتى يتصور وقوع البيعين معاً، وجوابه أنا لم ندع صحة البيعين معاً كما إذا وقعا على التعاقب فلا يضره ما ذكرت قوله: (لأن البيتين قامتا على مطلق الملك) أقول: تحليل لقوله وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد الخ، وقوله عنه يعني عن محمد رحمه الله قوله: (فكان التقدم والتأخر سواء الخ) أقول: يحتاج إلى البيان.

الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيعة على الملك المطلق. قال: (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بيعة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد. وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجوع إليه لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء. ولهما أن البيعة مع

ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته. وأما الباقي فمشارك بين المسألتين، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال: من ثبت له الملك بالبيعة فهو كمن ثبت له عيناً فيحكم به، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره. والجواب أن لذلك مدخلاً في الفرق لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً، وقد ثبت لأحدهما بالبيعة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارضاً فيرجع بالوقت. وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معاً، وفي ذلك تعارض أيضاً فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى. أقول: في الجواب بحث، أما أولاً فلأن قوله لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلاً فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد. وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده إلى الموكل مجازاً كما ذكرنا فيما مر نقلاً عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب إحدى البيعتين. وأما ثانياً فلأن قوله فيرجع بالوقت غير تام لأن الشك في ملك غير المؤقت يستلزم الشك في ملك المؤقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتتمل تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضاً ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لأحدهما، بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر، فإذا كان هذا مشكوكاً فلا مجال للترجيح به أصلاً. وأما ثالثاً فلأن قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول، لأن التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئاً على التساوي والتساوي، فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه، ولعمري إن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح، ولكن ما أتى بشيء يعتد به كما عرفت، وإن فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا لمندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البيعة (قضى بينهم أرباعاً) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً، وقال في تعليلها (لأنهم يتلقون الملك من باعتهم) وفي بعض النسخ من بائعهم، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة فكان المراد منه من مملكيهم. وفي بعض النسخ: من ملقيهم، استدلالاً بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم)

واحداً كان التعاقب ضرورياً، وقد ثبت لأحدهما بالبيعة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر، وإن تقدم ملك فتعارضاً فيرجع بالوقت. وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معاً، وفي ذلك تعارض أيضاً، فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض (ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البيعة على ذلك قضى به بينهم أرباعاً، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيعة على الملك المطلق) وإطلاق الباعة بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم. قال: (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ (الخ) وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخاً فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو رواية عن محمد. وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجوع إليه محمد. روى ابن سماعة عنه أنه رجوع عن هذا القول وهو أن بيعة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً كانت أولى من بيعة الخارج وقال: لا أقبل من ذي اليد بيعة على تاريخ وغيره إلا للتنازع، لأن التنازع دليل على أولية الملك دون التاريخ، لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء، بخلاف ما إذا قامت بالتاريخ على الشراء وأحدهما

التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوتة لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بينا، ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقعت إحداها دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداها

أي المملكين (حضرُوا وأقاموا البينة) على الملك المطلق لأنفسهم، وثمة يقضي بينهم أرباعاً فكذا هاهنا (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) أي كان صاحب اليد أولى. قال المصنف (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أي عن محمد (أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجوع إليه) يعني أن هذا قوله الآخر المرجوع إليه. وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد أنه رجوع عن هذا القول، وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة، وقال: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره إلا للتنازع وما في معناه، لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف التنازع، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال المصنف في تعليل ذلك (لأن البيتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء: هذا يحتاج إلى البيان. أقول: في البيان لما لم تتعرض البيتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك: أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر، بخلاف ما إذا قامت البيتان بالتاريخ على الشراء وإحداها أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوتة لغيره وبعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة، ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) أي لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: لا يعتبر الوقت وكأنهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما، كذا في النهاية نقلاً عن الإيضاح (والمعنى ما بيناه) وهو ما ذكره من الدليل في

أسبق من الأخرى، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحداً أو اثنين (ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوتة لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة. ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينة بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد لا معتبر بالوقت (لما بينا) من الدليل في الجانبين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقعت إحداها دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه

قوله: (إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول: أتفاً قوله: (ولا لازمه المسألة الأولى) أقول: ويجوز أن تكون النكتة لأبي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا، وقوله لهما من قبيل. يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان. قوله: (وأجيب بأن ذلك الخ) أقول: فيه بحث، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإقناني في غاية البيان فراجع.

كان صاحب التاريخ أولى. ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع، ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو كانت في يد ثالث، المسألة بحالها فهما سواء عند أبي

الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أي من غير ذكر سبب (ووقتت إحداهما) أي إحدى البينتين (دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى) إنما قيد بالتوقيت لأن الخارج وإذا اليد إذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذو اليد عند ذكر التاريخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (لأنه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف: أي لأن صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أي وصار الجواب في هذه المسألة كالجواب في دعوى الشراء (إذا أرخت إحداهما) أي إذا أرخت إحدى البينتين هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا، والجواب أن الشراء معنى حادث، فإذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه، والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال، كذا في غاية البيان (ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه) أي لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفاً (ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم. قال صاحب العناية: قيل استدلال بقوله إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لا يقول بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى. وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى. أقول: هذا الاعتراض ليس بشيء، إذ ليس مراد المحجب أن قول محمد في مسألتنا هذه: أعني أولوية الخارج فيما إذا وقتت إحداهما دون الأخرى يجوز أن يكون قوله الأول حتى ينافيه نص العلامة الإتقاني على أنه قوله الآخر، بل مراده أن قول المصنف إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسألتنا هذه يجوز أن يكون مبنياً على قول محمد الأول في المسألة الأولى فلا يلزمه المسألة الأولى على قوله الثاني هناك. وتوضيح المقام أن لمحمد في مسألتنا هذه قولين: قوله الأول أنه يقضي للذي لم يؤقت، وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف

أقدم، وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى) الدفع لما مر (ولا دفع هاهنا) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وهاهنا وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافاً لأبي يوسف. قيل: الاستدلال بقوله إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى. وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (ولو كانت) العين (في يد ثالث والمسألة بحالها) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) يقضي بينهما نصفين (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالأكساب فكان ملكاً للأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولوية والترجيح باليقين. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لأن الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث إن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكماً ولا حق من حيث إن دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ، وإذا كان غير المؤرخ سابقاً من وجه لاحقاً من وجه كان المؤرخ أيضاً كذلك فاستويا في السبق والحق فيجعل كأنهما ملكاً

حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض. ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية، والترجيح باليقين، كما لو ادعى الشراء. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاهه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البيعة على ملك مطلق، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ. قال: (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيعة على النتائج فصاحب اليد أولى) لأن البيعة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا، وترجحت بيعة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو

ما عليه أبو حنيفة. ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخاً باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك. وقوله الآخر إن الخارج أولى، وهذا مبني على أنه لا عبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بيعة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتاً على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسألة مع أبي حنيفة، كما أنه في قوله الأول في المسألة الأولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام. فإذا عرفت هذا فنقول: لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسألة مع رعاية قوله الثاني في المسألة الأولى لم يحتج إلى ذكر المقدمة القائلة إن بيعة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع، بل كفى أن يقال: إن بيعة ذي اليد لا تقبل عنده أصلاً في غير النتائج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسألة الأولى، ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبي حنيفة ومحمد في دليل واحد ليستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد استدلالاً على قول أبي حنيفة وقول محمد الآخر في هذه المسألة مما يجمعهما مراعيّاً قول أبي حنيفة وقول محمد الأول في المسألة الأولى فاحتاج إلى ذكر تلك المقدمة، وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية، فأين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه. وقال ذلك البعض. ويجوز أن تكون النكتة لأبي حنيفة. ووجه محمد غير مذكور هنا، وقوله لهما من قبيل: «يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان» [الرحمن: ٢٢] هـ. أقول: لا يخفى أن ذي فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام أمر مستبعد جداً من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أي الخلاف المذكور (إذا كانت الدار في أيديهما) وأقاما البيعة على الملك المطلق فوقتت بيعة أحدهما دون بيعة الآخر: يعني لا عبرة للتاريخ عندهما، والدار للمؤرخ عند أبي يوسف (ولو كانت في يد ثالث) أي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث (والمسألة بحالها) أي وقتت بيعة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) أي فالخارجان سواء: يعني يقضي بينهما نصفين (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق) أي لم يؤقت (أولى لأنه) أي الإطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالأولاد والأكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض، فإن من أقام بيعة على مطلق الملك في جارية مثلاً واستحقها وزوائدها يرجع باعتبارها بعضهم على

مأً وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار (قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدث، ولا بد للحدث من التاريخ فيضاف إلى أقرب الأوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ. قال: (وإن أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وإن أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بيعة بالنتائج فلولو اليد أولى) وهو استحسان. وفي القياس الخارج أولى، وبه أخذ ابن أبي ليلى لأن بيعة الخارج أكثر استحقاقاً من بيعة ذي اليد لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتائج، واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما. ووجه الاستحسان أن بيعة ذي اليد قامت على ما لا تدل

قال المصنف: (قال محمد الخ) أقول: هذا قوله الأول الذي يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الإقناني فتأمل أنت، وقال الإقناني: وأما على قوله الآخر يجب أن يقضي بينهما نصفين. ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى. فأبو حنيفة إنما يعتبر السبق من حيث النص، ومحمد على قوله الأول يعتبر السبق المعنوي أيضاً فليتأمل قوله: (فكان ملكاً

الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان إنه تنهات البيتان ويترك في يده لا على طريق القضاء، ولو تلقى كل واحد

بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعياً للملك من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح باليقين) يعني أن العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل (كما لو ادعى الشراء) أي ادعياء من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار التاريخ: يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرخ سابقاً على تاريخ صاحبه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه، فنزلناه مقارنة له رعاية للاحتمالين، كذا في شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أي فصار حكم هذه المسألة (كما لو أقام البينة على ملك مطلق) أي بدون أن يذكر التاريخ أصلاً (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعى الشراء (لأنه) أي الشراء (أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) وهو الحال (فترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقاً على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة. أقول: الآن حصص الحق من المصنف فإنه قد كان استدل على مسألة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل أبي يوسف هاهنا وكنت استشكلته هناك، واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك، موافقاً لما ذكره المصنف في خاتمة الكلام هاهنا فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتائج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده، وهذا جواب الاستحسان. وأما جواب القياس فالخارج أولى، وبه أخذ ابن أبي ليلى. ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتائج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما، فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق، كذا في النهاية وكثير من الشروح. ووجه الاستحسان ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن البينة) أي بينة ذي اليد (قامت على ما لا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتائج كبينه الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له) أي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده. أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصرم مقضياً عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتائج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة فلا يكون معتبراً، كذا قرر في العناية واكتفى به. أقول: يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه

عليه اليد وهو الأولية بالنتائج كبينه الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده، أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصرم مقضياً عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتائج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة فلا يكون معتبراً. واعلم أن بينة ذي اليد إنما ترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو ارهن، وأما إذا ادعى ذلك فبينه الخارج أولى لأن ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت أكثر إثباتاً فهي أولى (قوله وهذا) أي ما ذكرنا من اقضاء لذي اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ

للأصل) أقول: الظاهر أن يقال فكان ملكاً من الأصل قوله: (لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ) أقول: فيه بحث، إذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جواباً عن وجه القياس فليتأمل قوله: (لأن بينته في نفس الأمر دافعة الخ) فلا يكون قوله أكثر استحقاقاً بمعنى التفضيل. ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت قوله: (ووجه الاستحسان الخ) أقول: فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا لم يكن لذي اليد بينة على إيداع الغائب عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الإيداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض والدليل الذي ذكره جار فيه. قلنا: ما أمكن ينبغي أن يصان القضاء عن البطالان وتحفظ الحقوق عن التوى، وفي مسألة الإيداع ذلك فإن الغائب إذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه قوله: (كمسألة كوفة الخ) أقول: يعني في الشهادة قوله: (ليست بمعاينة للافتصال) أقول: يعني لا يلزم فيها معاينة للافتصال.

منهما الملك من رجل وأقام البينة على التناج عنده فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه. (ولو أقام أحدهما

القياس، لأن تساوي البينتين من جهة دلالة كل وجه منهما على أولية الملك بالتناج لا ينافي أن تكون بينة الخارج أكثر إثباتاً للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة إثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وعدم إثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس، فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الإثبات. وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركاً ذلك فزاد في تقريرهما شيئاً لدفعه حيث قال: وأما قوله إن بينة الخارج أكثر استحقاقاً. قلنا: نعم كذلك، إلا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لأنها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكاً مطلقاً وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخاً يقضي لذي اليد وإن كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى. أقول: ويرد عليه أن كون بينة ذي اليد مثبتة لأولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير إنما نشأ من إثباتها التناج الذي لا يتكرر، وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضاً لأن كلامنا فيما إذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على التناج كما هو صريح مسألة الكتاب هاهنا وفيما إذا لم يذكر تاريخاً، فإن ما إذا ذكرا تاريخاً مسألة أخرى لها أقسام وأحكام آخر كما سيجيء في آخر هذا الباب، فإذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسألة هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكرناه هاهنا. واعلم أن وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة إشكال هاهنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه «أن رجلاً ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها، فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هي في يده»^(١) ثم أعلم أنه ذكر في الشروح أخذاً من الذخيرة أن بينة ذي اليد على التناج إنما ترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك. وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد بينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج بينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً فهي أولى انتهى. ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة: وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى التناج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته أجراها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضي بها لصاحب اليد لأنه يدعي ملك التناج والآخر يدعي الإجارة أو الإجارة أو الرهن والتناج أسبق من الإجارة والإجارة والرهن فيقضي لذي اليد، وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى (وهذا) أي ما ذكر من القضاء لذي اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان أنه تنهات البيتان ويترك في

(خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان إنه تنهات البيتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء) لأن القاضي يتيقن كذب أحد الفريقين لأن تناج دابة من دابتين غير متصور كمسألة كوفة ومكة. ووجه صحة ذلك أن محمداً ذكر في خارجين أقاما البينة على التناج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد. والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين، لأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لأداء الشهادة بناء على أن الشهادة على التناج ليست بمعينة للانفصال من الأم بل برؤية الفصل يتبع الناقه والفائدة تظهر في التحليف؛ فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج، وعنده يستحلف (ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذو اليد (الملك من رجل) فكان هناك بائعان (وأقام البينة على التناج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه) فيقضي به لذي اليد كان البائعين قد حضرا

(١) ضعيف: أخرجه البيهقي ٢٥٦/١٠ من طرق والدارقطني ٢٠٩/٤ كلاهما من حديث جابر بن عبد الله. قال ابن الترمذي في الجوهر النقي: في الإسناد الأول للبيهقي: ابن أبي يحيى، وهو مكشوف الحال وشيخه إسحاق بن أبي فروة ضعفه البيهقي في أبواب سجود التلاوة وقال: في باب من فرق بين وجوده قبل القسم، وبعبده: متروك وفي السند الثاني: زيد بن نعيم لا يعرف حاله، وقال صاحب الميزان لا يعرف في غير هذا الحديث، وهو حديث غريب. وقال ابن حجر في التلخيص ٢٩٠/٤: إسناده ضعيف.

البينة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان) لأن بيئته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة التناج أولى لما ذكرنا (ولو قضي بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على التناج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) لأن الثالث لم يصير مقضياً عليه بتلك القضية، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على التناج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص. قال:

يده) أي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد (لا على طريق القضاء) أي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك. وجه قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين إذ لا يتصور تناج دابة من دابتين، وفي مثل هذا تتهاتر البيتان كما في مسألة كوفة ومكة على ما مر في أول هذا الباب. وجه صحة ما ذهب إليه العامة أن محمداً رحمه الله ذكر في الخارجين: أقام البينة على التناج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد، وكذلك قال: لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على التناج فيها يقضي بها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة، ولو كان الطريق تتهاتر البيتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده. والجواب عن قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لأداء الشهادة، وهذا لأن الشهادة على التناج لا يلزم فيها معاناة الانفصال من الأم، بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على التناج يجوز أن يعتمد سبباً ظاهراً لأداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاثر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البيتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله، ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملاً يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين، كذا هاهنا. وعن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة لأن القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملاً يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعناق معاناة الشهود إيقاع الطلاق والعناق، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعناق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة، لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاثرت البيتان هناك لذلك، أما هاهنا فبخلافه. ثم إن ثمرة الخلاف إنما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه، فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لأن البيتين لما تهاثرتا صار كأن البيتين لم تقوما بالشهادة أصلاً فيقضي لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج، وعند العامة لا يحلف، كذا في المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أي ولو أخذ كل واحد من الخارج وذو اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البينة على التناج عنده) أي وأقام كل واحد منهما البينة على التناج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه) فيقضي به لذي اليد لأن كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه، فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان) أي خارجاً كان صاحب التناج أو ذا اليد (لأن بيئته) أي

وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى) خارجاً كان أو ذا يد (لأن بيئته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة التناج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته (ولو قضي بالتناج لذي اليد ثم أقام الثالث البينة على التناج يقضي له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصير مقضياً عليه بتلك القضية) لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر، فإن أعاد ذو اليد بيته قضي له بها تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في التناج، وإن لم يعد قضي بها للثالث (وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا

(وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كغزل القطن (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لأنه في معنى النتائج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف، وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخزّ والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به،

لأن بينة صاحب اليد (قامت على أولية الملك فلا يثبت) أي فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته أي من جهة صاحب النتائج، والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين) بأن ادعى أحدهما الملك والآخر النتائج (فبينة النتائج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته (ولو قضي بالنتائج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتائج يقضى له) أي للثالث (إلا أن يعيدها) أي البينة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لأن الثالث لم يصير مقضياً عليه بتلك القضية) لأن المقضى به الملك وثبت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر. فإن أعاد ذو اليد بينته قضي له بها تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتائج وإن لم يعد قضي بها للثالث. قال في البدائع: فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره، وإن كانت بينة النتائج توجب الملك بصفة الأولوية وأنه لا يحتمل التكرار كالعتق. وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى؛ ألا يرى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحرّ برضاه، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله، وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاء قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب إلا بالإثابة حقيقة أو ثبوت النيابة شرعاً أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إن أقام البينة على النتائج تقبل) أي تقبل بينته (وينقض القضاء) أي وينقض القضاء الأول. صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتائج يقضي بها له وينقض القضاء الأول، كذا في النهاية والكفاية (لأنه بمنزلة النص) أي لأن إقامة البينة على النتائج بمنزلة النص في الدلالة على الأولوية قطعاً، فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، والقضاء ينقض هناك، كذا هنا، وهذا استحسان. وفي القياس: لا تقبل بينته لأنه صار مقضياً عليه بالملك فلا تقبل، إلا أن يدعي تلقي الملك من جهة المقضى له. وجوابه أنه لم يصير مقضياً عليه، لأن بإقامة البينة على النتائج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأني يكون مقضياً عليه، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه شيء، وهو أن في ظاهر هذا الجواب خروجاً عن المسألة التي نحن بصددنا، فإن عبارة المسألة هكذا: وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتائج

أقام البينة على النتائج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص) في دلالة على الأولوية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، وهذا استحسان، وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضياً عليه بالملك. وجوابه أنه لم يصير مقضياً عليه لأن بإقامة البينة على النتائج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأني يكون مقضياً عليه. فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتائج مجتهد فيه، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد. أجب بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان

فإن أشكل عليهم قضي به للخارج لأن القضاء بينته هو الأصل والعدول عنه بخبر النتائج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال: (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد

تقبل وينقض القضاء، وقد صرح فيها بكونه مقضياً عليه وينقض القضاء، فإنكار كونه مقضياً عليه ينافيه ظاهراً، فالأولى في الجواب أن يقال: إن كونه مقضياً عليه لا يضر بقبول بينته، لأن بإقامة البينة على النتائج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً في نفس الأمر ولكن لم يكن ظاهراً عند القاضي، فإذا ظهر تبين خطأ القضاء الأول فلم يكن معتبراً فينقض كالقضاء بالظاهر في خلافه نص. قال الشراح: فإن قيل القضاء بينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتائج مجتهد فيه، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد. قلنا: إنما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول انتهى. أقول: لا يتوجه السؤال رأساً لأن كلامنا في أن المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتائج تقبل وينقض القضاء، وترجيح ابن أبي ليلى بينة الخارج فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتائج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه. وأما ترجيحه بينة الخارج فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتائج كما فيما نحن فيه فغير ثابت. وقد تبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط، وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي أخذ به ابن أبي ليلى لا يساعد ذلك جداً كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (وكذلك النسخ) أي النسخ كالنتائج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفته في النتائج فهو في النسخ كذلك. وصورة المسألة: إذا ادعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضي بالثوب لصاحب اليد، كذا في النهاية (في الثياب التي لا تنسج إلا مرة واحدة كفزل القطن) هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد أخرى كالخز. وفي المبسوط: النسخ في الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتائج في الدابة، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكت فيغزل وينسج ثانياً فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتائج) قد تقدم أن القياس في دعوى النتائج ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى، وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذي اليد أولى استحساناً تركنا القياس فيه بالسنة، وهي حديث جابر رضي الله عنه كما روينا من قبل فلا يلحق بالنتائج إلا ما كان في معناه من كل وجه، وكل ما لا يتكرر من أسباب

لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقام ما تدفع به انتقض القضاء الأول. قال: (وكذلك النسخ في الثياب التي لا تنسج إلا مرة الخ) قد تقدم أن القياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى في النتائج من بينة ذي اليد، وما ذهبنا إليه استحساناً ترك به القياس بما روى جابر رضي الله عنه «أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها، فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هو في يده» فلا يلحق بالنتائج إلا ما كان في معناه من كل وجه، فما لا يتكرر من أسباب الملك إذا دعاه به كان كدعوى النتائج، كما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها، وكما إذا ادعى رجل ثوباً أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه، أو ادعى لبناً أو ملكه حلبه من شاته، أو ادعى جنباً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو لبداً بأنه صنعه، أو مرعزي وهي كالصوف تحت شعر العنز، أو صافاً مجزوزاً بأنه ملكه جزه من شاته وأقام على

قال المصنف: (وإن كان يتكرر الخ) أقول: فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق قال المصنف: (بمثلة الملك المطلق) أقول: قال في النهاية: والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسخ ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاً بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى. وفيه بحث، أما أولاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيحيء بعد أسطر، وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك.

أولى) لأن الأول إن كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه، وفي هذا لا تنافي فصار كما إذ أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه. قال: (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهافتت البيتان وترك الدار

الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أي واتخاذ اللبد (والمرعزي) أي وجز المرعزي إذا شددت الزاي قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان. وقد يقال: مرعزاء بفتح الميم مخففاً ممدوداً وهي كالصوف تحت شعر العنز، كذا في المغرب (وجز الصوف) فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد لبناً أنه ملكه حله من شاته، أو ادعى جبناً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو ادعى لبداً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو ادعى مرعزي أنها ملكه جزها من عنزه، أو ادعى صوفاً أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بيته فإنه يقضى بذلك لذو اليد في هذه الصور كلها، لأن أسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكانت في معنى النتائج من كل وجه فألحقت به (وإن كان يتكرر) أي وإن كان سبب الملك يتكرر (قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق). قال صاحب النهاية: والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذو اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاً له بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذو اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذو اليد بنسجه لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتائج انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث. أما أولاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر. وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى. أقول: كلا بحثيه ساقط جداً. أما الأول فلأنه لا يقضي هاهنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال: إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة إلى ذي اليد حيث كان المدعي للخارج، بل إنما يقضي هاهنا بينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر إثباتاً كما في الملك المطلق فلم يعتبر إلا سبب واحد هو للخارج، بخلاف ما سيجيء بعد أسطر حيث يقضي هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعي للخارج؛ فيتجه عليه من قبل الإمامين أن يقال: إن السبب يراد لحكمه وهو الملك، وحيث لم يثبت الملك لذو اليد لم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه فلم يعتبر، وسيوضح لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى. وأما الثاني فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك، بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتائج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتائج، بل يحتمل أن يثبت به الملك أولاً وثانياً كالملك المطلق، وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بيته الخارج أكثر إثباتاً من بيته ذي اليد كما تحقق في مسألة دعوى الملك المطلق ولا حاجة إلى بيانه هاهنا، ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان. واستشكل ذلك البعض قول المصنف وإن كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه: إن الشراء سبب يتكرر مع أن بيته ذي اليد أولى فلا بد من الفرق. أقول: إذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما إذا ادعى الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعبرات، وذكره الشارح الإتقاني فيما مر نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام فلا اشتباه هناك. وأما إذا ادعى الشراء من واحد فبيته ذي اليد أولى كما مر في الكتاب. فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذو اليد هناك أثبت ببيته الاستحقاق على ثالث

ذلك بيته فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بيته، فإنه يقضى بذلك لذو اليد لأنه في معنى النتائج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص، وما تكرر من ذلك قضى به للخارج؛ فالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً، قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج، فإذا ادعى ثوباً أنه ملكه من خز، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله، أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب وأقام على ذلك بيته وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه

في يد ذي اليد) قال: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعلى قول محمد يقضى بالبئتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقضى ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع، كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذی اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد. ثم لو شهدت البئتان على

حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به، فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق، بخلاف ما نحن فيه، ولعل في كلام المصنف إيحاء إلى ذلك حيث قال: وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر، ثم قال: وإن كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازاً عن سبب الاستحقاق (وهو) أي النسب المتكرر في الملك (مثل الخبز) أي مثل نسج الخبز: وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خبزاً، كذا في المغرب. قيل: هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) أي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب، فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذی اليد ثوباً أنه ملكه نسجه من خزه، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه. أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها ليست في معنى النتائج لتكررها أما الخبز فلما نقلناه، وأما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى، وأما الغرس فكذلك، وأما الحنطة والحبوب فلأنها تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية، فإذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فإن أشكل) أي فإن أشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع إلى أهل الخبرة) أي يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك: يعني العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم (لأنهم أعرف به) قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء: ٧] الواحد منهم يكفي والاثنتان أحوط، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط والخبرة (فإن أشكل عليهم) أي فإن أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضاً (قضى به) أي بالمشكل (للمخرج لأن القضاء ببئته) أي ببئته الخارج (هو الأصل) لأنه القياس (والعدول عنه بخبر النتائج) أي والعدول عن الأصل كان بخبر النتائج: أي بحديث التاج، وهو حديث جابر رضي الله عنه كما روينا من قبل في وجه الاستحسان (فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل) الذي هو القياس (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) أي من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى، لأن الأول) أي الخارج (إن كان يدعي أولية الملك) وفي بعض النسخ: إن كان يثبت أولية الملك (فهذا) أي فصاحب اليد (تلقى منه) أي تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا لا تنافي) كما لا يخفى (فصار) أي

بينة قضى به للمخرج لأنها ليست في معنى النتائج لتكررها، أما الخبز فلما نقلناه، وأما في الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى، وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحبوب ثم تزرع ثانية، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به (فإن أشكل) شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع إلى) العدول من (أهل الخبرة) ويبنى الحكم عليه. قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ (فإن أشكل على أهل الخبر قضى به للمخرج لأن القضاء ببئته هو الأصل والعدول كان بخبر النتائج) كما روينا (وإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال: وإذا أقام الخارج البينة على الملك (الخ) وإذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى، لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه، ولا تنافي في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للمخرج ثم ادعى الشراء منه قال: (وإن أقام الخارج البينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاثرتا وتركت الدار في يد ذي اليد) قال المصنف (وهذا عند

قوله: (ثم باع ولم يقبض) أقول: يعني ولم يقبض الخارج.

نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير

فصار حكم هذه المسألة (كما إذا أقر بالملك له) أي كما إذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أي صاحب اليد (الشراء منه) أي من الخارج. قال صاحب النهاية: ذكر في الفصول: والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعى ملكاً مطلقاً ففي كل الصور الخارج أولى، إلا إذا أقام صاحب اليد بينة على النتائج أو أرخا وتاريخ صاحب اليد أسبق، وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضاً، وهي فيما إذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعي، إن كان المدعي أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه، فحصل من هذا أن بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى. أقول: لا أساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول، لأنه فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكاً مطلقاً على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول. والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعى ملكاً مطلقاً الخ، وما ذكر في الكتاب فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة إلى صورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء، وجعل ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صوراً ثلاثاً كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له، لأنه إن أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعى الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى، وإن أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعى الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام، لأن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقاً غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضاً، كما إذا ادعى الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلاً من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ مهمما تهاترت البيتان وترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعلى قول محمد يقضي بالبيتين وتكون) أي وتكون الدار (للخارج لأن العمل بهما) أي بالبيتين (ممکن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لأن القبض دلالة السبق) أي لأن قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر)

أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر، ولا يعكس) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولاً ثم باعها إياه (لأن) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاتر بالإجماع كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) هاهنا (لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق) للخارج لأننا إذا قضينا بينة ذي اليد إنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد. ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً الثمن عند مشتريه فيقتاض الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع) لكن على اختلاف الترخيع، فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل

قوله: (لحكمه وهو الملك) أقول: قوله هو راجع إلى الحكم.

ممکن عند محمد لجواز كل واحد من البيعتين بخلاف الأول. وإن وقتت البيعتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت

إشارة إلى قوله وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الأمر) أي لا فيجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولاً ثم باعها إياه (لأن البيع قبل القبض لا يجوز) يعني أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وإن كان) أي وإن كان البيع (في العقار عنده) أي عند محمد رحمه الله (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الإقدام على الشراء إقرار منه) أي من المشتري (بالمملك للبايع فصار) أي فصار أمر هذه المسألة (كأنهما) أي البيعتين (قامتا على الإقرارين) أي على الإقرارين من الطرفين (وفيه التهاثر^(١) بالإجماع فكذا هنا) أي فيما نحن فيه (ولأن السبب يراد لحكمه وهو المملك)، هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد أن العمل بالبيعتين ممكن: يعني أن السبب لا يراد لنفسه وإنما يراد لحكمه، فإذا كان مفيداً لحكمه كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وهاهنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بمملك مستحق) أي للخارج، لأننا إذا قضينا بينة ذي اليد فلنأمنه نقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة هاهنا مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد) فلم يكن معتبراً فلم يمكن العمل بالبيعتين. أقول: لمطالب أن يطالب بالفرق بين مسألتنا هذه على قولهما وبين ما إذا أقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على التنازع ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاثر البيعتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح، بل قضى بينة ذي اليد له بناء على أن البيعتين استوتا في الإثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر وتهاثرتا هاهنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك، فتأمل في الفرق (ثم لو شهدت البيعتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا) أي إذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وإن كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزبيعي، ثم إن هذا أي القصاص إذا كان المقبوض هالكاً وإن كان قائماً وجب رده، كذا في الكافي. فإن قلت: تهاثرت البيعتان في الشراء عندهما فينبغي أن يكون كذلك في حق النقد لأنه في ضمنه. قلت: أمكن أن لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر، كالمرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطبيق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة (وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أي لوجوب الثمن عند محمد فإن البيعتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا) أي البيعتان (بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج؛ فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل واحد منهما بالمملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تتهاثر الشهود فكذلك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعتين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطاً فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لأن الجمع غير ممكن عند تساقطاً للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد، وكل منهما على وجهين: إما أن يشهدوا بالقبض أو لا، فإن كان وقت الخارج

منهما بالمملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تتهاثر الشهود فكذلك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعتين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطاً فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت، وهو معنى قوله: (لأن الجمع غير ممكن) لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما وهاهنا لم يمكن (وإن وقتت البيعتان في العقار) وقتين، فإذا أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذي اليد، وكل منهما على وجهين: إما أن يشهدوا بالقبض أو لا، فإن كان وقت الخارج

(١) التهاثر: تهاثر الرجلان إذا ادعى كل واحد على الآخر باطلاً، وتهاثرت البيعتان: إذا تساقطت وبطلت اهـ. مصباح.

الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح له بيعه قبل القبض بقي على ملكه. وإن أثبتنا قبضاً يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في

محمد) أي لأن العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالة، فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف، وهاتنا أيضاً لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين في يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الأول) أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقاً وبيعه لاحقاً لدلالة القبض على السبق، إذ لو جعل شراء الخارج سابقاً لزم البيع قبل القبض كما مر، هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام. أقول: لقائل أن يقول: لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب. وأيضاً قلنا: إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن، وإن شاء ترك. وقد مرّت هذه المسألة أيضاً في هذا الباب، وقد مرّت فيه أيضاً مسائل أخرى مشتركة في هذا الحكم: أعني التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا. ولا يخفى أن ما ذكرناه هاهنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر. وفي الكافي: وما ذكره في الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضي بالبيتين عند محمد فيقضي بالدار لذي اليد، لأن البيئات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأنهما أثبتا العقد والقبض يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وإن وقت البيئتين في العقار وقتين، قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر، كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبت قبضاً) أي ولم تثبت البيئتان قبضاً، وفي بعض النسخ: ولم تبين قبضاً (ووقت الخارج أسبق) أي والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضي لصاحب اليد عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما، وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه) أي بيع العقار (قبل القبض عنده بقي على ملكه) أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج (وإن أثبتنا قبضاً) أي وإن أثبتت البيئتان قبضاً وباقي المسألة على حاله. وفي بعض النسخ: وإن بينتا قبضاً (يقضي لصاحب اليد) أي بالإجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه (لأن البيعين) أي بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أي على قولهما وقول محمد (وإن كان وقت صاحب اليد أسبق) وباقي المسألة على حاله (يقضي للخارج في الوجهين) أي سواء أثبتت البيئتان القبض أو لم تثبتاه (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أي ثم باع ذو اليد من الخارج

أسبق (فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده بقي على ملكه، وإن شهدوا بالقبض يقضي بها لصاحب اليد) بالإجماع لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها، وذلك صحيح على القولين جميعاً (وإن كان وقت ذي اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين) جميعاً، يعني سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا، أما إذا شهدوا به فلا إشكال، وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه، والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم، وهذا باعتبار عدم إثبات

الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر. قال: (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف. قال: (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة) اعتباراً بطريق المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينصف

ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض (أو سلم) أي سلم ذو اليد إلى الخارج (ثم وصل إليه) أي إلى ذي اليد (بسبب آخر) من إجارة أو إعارة أو غيرهما، وهذا باعتبار إثبات القبض، فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى. فإن قلت: بقي من أقسام المسألة العارة صورتان لم تذكر في الكتاب: إحداها أن تؤقت البينتان وقتاً واحداً، وثانيتهما أن تؤقت إحدى البينتين وقتاً ولم تؤقت الأخرى فما حكمهما؟ قلت: حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم تؤقت أصلاً نص عليه في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) أي الاثنان والأربعة من الشهود سواء (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة) لوصولها إلى حد النصاب الكامل (كما في حالة الانفراد) في غير الشهادة في الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل) يقع (بقوة فيها) أي في العلة؛ ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا ترجح بأية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) أي في علم أصول الفقه، وكذلك الشهاداتان إذا تعارضتا وإحدهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها، وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض، إلى هذا أشار في التقويم، كذا في النهاية (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتباراً لطريق المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة، كذا في الكافي (وقال) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هي) أي الدار (بينهما) أي بين المدعين (أثلاثاً فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين. وفي المغرب: وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث: أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضاً وهو سهم واحد إذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثاً) أي فتقسم الدار بين

القبض، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض. قال: (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بها بقوة فيها) ألا ترى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بأية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه، والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) في أصول الفقه، والشهادة العادلة ترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة، ولا ترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل. قال: (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها

بينهما (وقالوا: هي بينهما أثلاثاً) فاعتبرا طريق العول والمضاربة، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثاً، ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في

المدعين أثلاثاً ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف. واعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه، كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه، والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا هذه، والموصى له بأكثر من الثلث. وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة، أو باعاً فعلى هذين الأصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق، فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة، أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة، ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع. ومما اختلفوا فيه مسألتنا هذه، فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سبباً صحيحاً فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعين في العين، بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب. ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين، ومع ذلك كانت القسمة عولية، كذا في المبسوط. قال المصنف (ولهذه المسألة نظائر وأضداد) أي للمسألة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباها بالعول كما في هذه المسألة، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباها بالمنازعة على عكس ما في هذه المسألة (لا يحتملها) أي النظائر والأضداد (هذا المختصر) يعني الهداية (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن

عند أبي حنيفة اعتباراً بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثاً اعتباراً بطريق العول والمضاربة. والأصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب: أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث. وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة؛ كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعاً، فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق. ومما اتفقوا على العول فيه العول في التركة. أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة. ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي؛ أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع ومما اختلفوا فيه مسألتنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سبباً صحيحاً فكانت القسمة على طريق المنازعة، فيقول مدعي النصف: لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقام عليه البينة، والتساوي في سبب الاستحقاق

الزيادات. قال: (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) لأنه خارج في النصف فيقضي ببيئته، والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده. قال: (وإذا تنازعا في دابة

نظارها: الموصى له بجميع المال وينصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك إذا لم يكن للميت مال سواه. ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أذانه أحد الموليين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم، فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أربعاً، وكذا المدبر إذا قتل رجلاً خطأ وفقاً عين آخر وغرم المولى. قيمته لهما، كذا في الكافي والشروح، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أي القدوري في مختصره (ولو كانت في أيديهما) أي ولو كانت الدار في أيدي المدعين والمسألة بحالها (سلم لصاحب الجميع) أي لمدعي الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد الآخر (ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد نفسه (لأنه خارج في النصف) أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف (فيقضي ببيئته) أي فيقضي ببيئة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بيئة الخارج أولى من بيئة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذي في يديه) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) أي صاحب صاحب الجميع: أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف (لأن مدعاه) أي مدعي صاحبه وهو مدعي النصف (النصف وهو في يده سالم له) توضيحه أن دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يداً محقة في حقه، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، كذا في الكافي (ولو لم ينصرف إليه دعواه) أي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف إلى النصف الذي في يده (كان ظالماً بإمساكه) أي كان مدعي النصف ظالماً بإمساكه ما في يده، وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) أي وإذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء أيضاً فثبت المدعي بشقيه. قال صاحب العناية: الأصل في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعين تنصرف إلى ما في يده كي لا يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة، وأن بيئة

يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بتصيبه، فلهذا كانت القسمة في بطريق العول، فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان، فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثاً. ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا تحتملها المختصرات. قال المصنف (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها: الموصى له بجميع المال وينصفه عند إجازة الورثة. ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أذانه أحد الموليين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أربعاً، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج. قال: (ولو كانت الدار في أيديهما الخ) الأصل في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعين تنصرف إلى ما في يده لثلاث يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة، وأن بيئة الخارج أولى من بيئة ذي اليد، فإذا كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئاً ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه إقامة البيئة، فإن أقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء، وهو الذي كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بيئة الخارج وبيئة ذي اليد، وبيئة الخارج أولى فيقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده

وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخاً. وإن خالف سن الدابة

الخارج أولى من بينة ذي اليد انتهى. أقول: فيه نظر، وهو أن انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعين إلى ما في يده غير معقول لأنه إن جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائمة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسألة. ولا يصح قول المصنف لأنه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعي الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف، وإن جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه إلى ما في يده لأنه يدعي الكل وهو ليس في يده، وأيضاً لا يتم قوله كي لا يكون في إمساكه ظالماً بالنسبة إليه لأن الإنسان لا يكون ظالماً بإمساك حقه وإن كان في يد غيره، ومدعي الكل يدعي أن جميع ما في أيديهما حقه، فالحق أن الذي ينصرف دعواه إلى ما في يده إنما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره، وقد مر بنا في أثناء شرح كلام المصنف (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أي الذي يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لأن الحال يشهد له) يعني أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه. واعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث، لأن المعنى لا يختلف؛ بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتائج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو يد ثالث، كذا ذكره الإمام الزليعي في شرح الكنز (وإن أشكل ذلك) أي سن الدابة (كانت بينهما) أي كانت الدابة بينهما نصفين (لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخاً) هذا الجواب في الخارجين وإن كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتائج ووقعت البينتان وقتين، فإن كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد، وإن كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد إما لظهور علامة الصدق في بينته أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، كذا في المبسوط، ولم يذكر فيه ما إذا كان سن الدابة بين الوقتين. وذكر في الذخيرة: في ذلك تهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح: أي في دعوى الخارجين. أقول: لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سألين (بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضاً (فتترك) أي الدابة (في يد من كانت في يده) والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث: أعني ما إذا كانت الدابة في يد ثالث، وما إذا كانت في أيديهما، وما إذا كانت في يد أحدهما، إذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار. وفي المبسوط: من مشايخنا من قال: تبطل البينتان، والأصح ما قاله محمد من الجواب، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين: يعني فيما إذا كان سن الدابة

لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال: (وإذا تنازعا في دابة الخ) إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منها بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماهما ولا تاريخ لهما، هذا إذا كانا خارجين، وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لذي اليد، إما لظهور علامة الصدق في شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال، وإن كان في سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ: تهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله: (وإن خالف سن الدابة الوقتين) يعني في الخارجين (بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم) لأنه ظهر كذب الفريقين، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضاً، فتترك الدابة في يد

الوقتین بطلت البینتان، کذا ذکره الحاکم رحمه الله لأنه ظهر کذب الفريقین فیتروک فی ید من کانت فی یده. قال: (وإذا کان عبد فی ید رجل أقام رجلاً علیه البینة أحدهما بغصب والآخر بودیعة فهو بینهما) لاستوائهما فی الاستحقاق.

مشکلاً، وفيما إذا کان علی غیر الوقتین فی دعوی الخارجین. أما إذا کان مشکلاً فلا شک فیهِ، وكذلك إذا کان علی غیر الوقتین، لأن اعتبار ذکر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع فی اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذکر الوقت أصلاً وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك فی الدابة وقد استویا فی ذلك فوجب القضاء بینهما نصفین، وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البینتان وتروک هی فی ید ذي الید، وقد اتفق الفريقان علی استحقاقها علی ذي الید فكیف تروک فی یده مع قیام حجة الاستحقاق، کذا ذکر فی أكثر الشروح. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال: إذا کان سن الدابة مشکلاً يقضي بینهما نصفین، وإن کان مخالفاً للوقتین لا يقضي لهما بشيء وتروک فی ید ذي الید قضاء ترک فکأنهما لم یقیما البینة، ولعل هذا هو الأصح. وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء، لأن مقصود المدعي ليس بمعتر في الدعاوی بلا حجة، واتفاق الفريقین علی استحقاقها علی ذي الید غیر معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى. أقول: يمكن أن یجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء إلى قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود مکذب الوقتین لا مکذب أصل البینتین، فاللازم منه سقوط اعتبار ذکر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البینتین وهو إثبات الاستحقاق للمدعیین علی ذي الید فلا قاذح لما فی المبسوط، ويرشد إلى هذا ما ذکره صاحب البدائع حيث قال: وإن خالف سنهما الوقتین جميعاً سقط الوقت، کذا ذکره فی ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فکأنهما لم یوقتا فبقيت البینتان قائمتین علی مطلق الملك من غیر توقيت. وذكر الحاکم فی مختصره أن فی رواية أبي الليث تهافتت البینتان. قال: وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتین فقد تیقنا بكذب البینتین فالتحقنا بالعدم فیتروک المدعي فی ید صاحب الید كما کان. والجواب أن مخالفة السن الوقتین توجب کذب الوقتین لا کذب البینتین أصلاً ورأساً، انتهى كلامه، فتأمل ترشد (قال) أي محمد فی الجامع الصغير فی کتاب القضاء (وإذا کان عبد فی ید رجل أقام رجلاً علیه البينة أحدهما بغصب والآخر بودیعة فهو بینهما) أي العبد بین المدعیین (لاستوائهما) لأن المودع لما جحد الودیعة صار غاصباً فصار دعوی الودیعة والغصب سواء، والتساوي فی سبب الاستحقاق یوجب التساوي فی نفس الاستحقاق فيكون العبد بینهما نصفین.

من هی فی یده قضاء ترک كأنهما لم یقیما البینة قال فی المبسوط: الأصح ما قاله محمد من الجواب، وهو أن تكون الدابة بینهما فی الفصلین: یعنی فیما إذا کان سن الدابة مشکلاً، وفيما إذا کان علی غیر الوقتین فی دعوی الخارجین. أما إذا کان مشکلاً فلا شک فیهِ، وكذلك إن کان علی غیر الوقتین لأن اعتبار ذکر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع فی اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذکر الوقت أصلاً، وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك فی الدابة وقد استویا فی ذلك فوجب القضاء بینهما نصفین، وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البینتان وتروک هی فی ید ذي الید، وقد اتفق الفريقان علی استحقاقها علی ذي الید فكیف تروک فی یده مع قیام حجة الاستحقاق. وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال: إذا کان سن الدابة مشکلاً يقضي بینهما نصفین، وإن کان مخالفاً للوقتین لا يقضي لهما بشيء وتروک فی ید ذي الید قضاء ترک، فکأنهما لم یقیما البینة، ولعل هذا هو الأصح. وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعي ليس بمعتر في الدعاوی بلا حجة، واتفاق الفريقین علی استحقاقها علی ذي الید غیر معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب (وإذا کان عبد فی ید رجل أقام رجلاً علیه البينة أحدهما بغصب والآخر بودیعة فهما سواء) لأن المودع لما جحد صار غاصباً، والتساوي فی سبب الاستحقاق یوجب التساوي فی نفس الاستحقاق فيكون بینهما نصفین.

قوله: (وقد اتفق الفريقان الخ) أقول: فی غایة بیان تفصیل متعلق بالمقام فراجع.

فصل في التنازع بالأيدي

قال: (وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك (وكذلك إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى) بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه) أي تصرف الراكب (أظهر، فإنه) أي الركوب (يختص بالملك) يعني غالباً. قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة، وبينة الخارج أكثر إثباتاً على ما بيناه. وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى (وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب) أي في السرج (أولى) لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفاً، كذا في الكافي وغيره. واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطقي في الأجناس عن نواذر المعلى. وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان، كذا في غاية البيان والعناية (بخلاف ما إذا كانا راكبين) يعني في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما) قولاً واحداً (لاستوائهما في التصرف) أما إذا كان أحدهما ممسكاً بلجام الدابة والآخر متعلقاً بذنبها. قال مشايخنا: ينبغي أن يقضي للذي هو ممسك بلجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره، كذا في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة (وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما ولآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكفه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفاً) ولهذا يصير به غاصباً، كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياء فهو بينهما، كذا في الشروح. قال المصنف (معناه لا على طريق القضاء) أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء، وعلل المسألة بقوله (لأن القعود ليس بيد عليه) أي على البساط حتى لا يصير غاصباً به (فاستويا) أي فاستويا المتنازعا فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما. هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام: لأن اليد على

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد قال: (وإذا تنازعا في دابة الخ) إذا تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعني غالباً (وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى) لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النواذر، وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً لاستوائهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف (وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكفه فلا يسه أولى لأنه أظهرهما تصرفاً) ولهذا يصير به غاصباً (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا

فصل في التنازع بالأيدي

قوله: (لأن الركوب يختص بالملك الخ) أقول: قال العلامة الزيلعي: بخلاف ما إذا أقاما البينة انتهى. يعني المتعلق باللجام أو الكم، ثم قال الزيلعي: حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر إثباتاً. وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى.

بينهما لاستوائيهما في التصرف (وكذا إذا تنازعا في بيعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابس والآخر متعلق بكمه فاللبس أولى) لأنه أظهرهم تصرفاً (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد

البساط لا تثبت إلا بإحدى الطرفين؛ إما بإثبات اليد عليه حساً بالنقل والتحويل، وإما بكونه في يده حكماً بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فإننا نراه موضوعاً على قارة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضي بينهما لاستوائيهما في الدعوى انتهى. أقول: يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح، لأن المصنف قال: معناه لا على طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فينبهما تدافع ظاهر. فإن قلت: يجوز أن يكون مراد المصنف لا على طريق القضاء الاستحقاق، ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما. قلت: لا مجال لأن يكون المراد بالقضاء بينهما هاهنا قضاء الترك أيضاً، إذ لا بد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعي في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضاً هناك وصاحب النهاية نقلاً عن الذخيرة فيما سيجيء في مسألة التنازع في الحائط حيث قال: ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، فإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معاً لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي بينهما انتهى. فإنه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الأول فيما عرف كون المدعي في أيديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تحقق يد لواحد من المدعين على ما تقرر آنفاً فلم يعرف كون المدعي في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضاً فلم يتيسر التوفيق المذكور، فكأن صاحب العناية تنبه لهذا فقال: لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدأ عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما، لكن هذا أيضاً لا يخلو عن قصور، لأن استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد، وهاهنا ليس كذلك كما تبين، فحق الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما: أي يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لأنه حينئذ يطابق الشرح المشروح، ويطابق المقام ما يظهر مما سيجيء في مسألة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في أيديهما بلا قضاء. وأيضاً لا تبقى الحاجة حينئذ إلى ما ذكره صاحب النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسألتنا هذه وبين مسألة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضي بها بينهما ولا إلى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم، إذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسألتين أن لا يقضى بين المدعين بالمدعي بناء على أن ليس لأحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء، بل أن يجعل المدعي في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائيهما في

على طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدأ عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما، وبهذا فرق بينه وبين الدار إذا ادعاهما ساكناهما حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم، لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المخطط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكماً ولم يعلم به القاضي، وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء لغيره، لأن شرط جوازه العلم بأن

فأقول: المفهوم منه أن القضاء للراكب واللباس قضاء ترك فتأمل فيه فإنه خلاف ما يفهم من الكتاب قوله: (حيث لم يقض بها) أقول: بل يجعل في أيديهما، وفرق ما بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجيء في آخر هذه الورقة.

عليه فاستويا. قال: (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق. قال: (وإذا كان صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول

الدعوى فتدبر (قال) أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما متمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمسكاً (فلا توجب زيادة في الاستحقاق) يعني أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان، إذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر، فصار كما لو تنازعا في بيع وأحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الأربعة، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص التي ذكرت من قبل، لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال، كذا في العناية، ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه لو كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة وإلا فلا، لأنه ذكر في المحيط والذخيرة، لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار. وفي القدوري: لو أن خياطاً يخيط ثوباً في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار. وفي نوادر ابن سمانة عن أبي يوسف: رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي أخذته من منزلي، قال أبو حنيفة: القول قول رب الدار، ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب مما يلبسه. وقال أبو يوسف: إن كان الداخل رجلاً يعرف بصناعة شيء من الأشياء بأن كان مثلاً حملاً يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله، ولا أصدق قول رب الدار عليه وإلا فلا. فأثبت في هذه المسائل أن صاحب اليد اليد إنما تعتبر يده وإن كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا، كذا في النهاية ومعراج الدراية (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أي يعقل فحوى ما يجري على لسانه، كذا في الكافي، وفي معناه قول الشراح: أي يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أي الصبي (أنا حرّ فالقول قوله لأنه في يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجاً والقول قول صاحب اليد، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة، إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة، ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعاً فحينئذ تعتبر يد الغير عليه، وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته

المدعي ليس في يد غير المدعين ولم يوجد (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان، لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما متمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمسكاً، ومثل ذلك لا يوجب الرجحان، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص، لأن الزيادة ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال (وإذا كان صبي في يد رجل) يدعي رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أو لا، فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذي اليد، وإن نفاه فقال أنا حرّ فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذي اليد (فهو عبد ذي اليد لأنه أقر أنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق) قيل: الإقرار بالرق من المضار لا محالة، وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعناق والهمة والإقرار بالدين. وأجيب بأن الرق لم يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه، وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل إذا كان في يده، وإن كان الثاني فهو عبد للذي في يده، لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه. واعترض بالملتقط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون عبده، وبأن الرق من العوارض إذ الأصل الحرية وهو يدفع العارض، فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد إلا بحجة. وأجيب عن الأول

قوله) لأنه في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقر بالرق (وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع،

بأن كان صغيراً لا يعبر عن نفسه: أي لا يعقل ما يكون. وقد يكون لثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف، فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة، كذا في الكافي (ولو قال أنا عبد لفلان) أي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده إنه عبدي (فهو عبد للذي هو في يده لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقرّ بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعاً فكان القول للذي اليد أنه له، ولا تقطع يده إلا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة، كذا في الكافي. فإن قيل: الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقوال الصبي فيها غير موجبة وإن كان عاقلاً كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبي أبداً يبعد من المضار ويقرب من المبر. قلنا: الرق، هاهنا لا يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تنقرر يده عليه، وعند عدمها تنقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه، كذا في الشروح (وإن كان) أي الصبي (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أي عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) في أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعاً فيكون القول قوله أنه ملكه (بخلاف ما إذا كان يعبر) أي بخلاف ما إذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقرّ بالرق لما مر. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق. قلنا: الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده، ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكماً لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فإذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك. فإن قيل: وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل في بني آدم إذ الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حزين فكان ما يدعيه من الرق أمراً عارضاً فلا يقبل قوله إلا بحجة. قلنا: ما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك فيبطل به ذلك الأصل. كذا في النهاية وغيرها نقلاً عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره) فلا ينقض الأمر الثابت ظاهراً بلا حجة (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان الحائض لرجل عليه جذوع أو متصل بينائه) أي أو هو متصل بينائه (ولآخر عليه) أي على الحائض (هرادي) بفتح الهاء جمع هردية بضمها. وفي المغرب: الهردية عن الليث: قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها

بأن فرض الالتقاط يضعف اليد لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق. وعن الثاني: بأن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل، فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره. قال: (وإذا كان الحائض لرجل النخ) وإذا كان الحائض لرجل عليه جذوع أو متصل بينائه ولا آخر عليه هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، ذكره في المغرب عن الليث، يقال له بالفارسية وردوك (فهو) أي الحائض (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به، فصار كدابة تنازعا فيها

قوله: (وإذا كان صبي في يد رجل يدهي رقه) أقول: يعني يدعي ذلك الرجل قوله: (إما أن يكون الصبي ممن يعبر) أقول: أي يتكلم ويفهم ما يقال قوله: (قيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها النخ) أقول: يعني وأقوال الصبي فيها غير موجبة النخ. قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكن التنازع بعده بدعوى الحرية، إذ التناقص فيه لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدين انتهى، لأنه لا يمكن تداركه، وكذا الطلاق والعتاق.

بخلاف ما إذا كان يعبر، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره. قال: (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل بينائه ولآخر عليه هزادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشيء) لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها

قضبان الكرم. وقال ابن السكيت: هو الحردى ولا تقل هردى انتهى. وفي الصحاح: الحردى من القصب نبطي معرب ولا تقل هردى انتهى. وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعاً، وكذا القاموس. قال في غاية البيان: الرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى (فهو) أي الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال، والهرادى ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال) أي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وإذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعني صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه ولا استعمال يد، وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد (فصار) أي فصار الحائط في مسألتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل وللآخر كوز معلق) فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا (والمراد بالاتصال) أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل بينائه (مداخلة لبن جداره) أي جدار صاحب البناء (فيه) أي في الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أي ومداخلة لبن هذا: أي الحائط المتنازع فيه (في جداره) أي في جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع، وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو أجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في أنصاف لبن غير المتنازع فيه داخله في المتنازع فيه، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، وأما إذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعاً، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام. وفي النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة قال صدر الشريعة: وإنما سمي هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يبينان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى. وكان الكرخي يقول: صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد. والمروى عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه، وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطاً بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه، كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي. وفي شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أي اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه) أي بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أي على بعض

ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها، والمراد بالاتصال) المذكور في قوله أو متصل بينائه (مداخلة لبن جداره) وفي لبن هذا في جداره، وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع إذا كان الحائط من مدر أو أجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، وأما إذا ثقب فأدخل فلا يكون تربيعاً (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التربيع أولى (وقوله والهرادى ليست بشيء) يعني قول محمد في الجامع الصغير (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلاً، وكذا البوارى لأن الحائط لا يبنى لها أصلاً) لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادى والبوارى، وإنما يوضعان للاستغلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا في حائط لأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شيء قضاء به بينهما) ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو في يده يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضى

قال المصنف: (أو متصل بينائه) أقول: في صحة العطف تأمل.

وللآخر كوز معلق بها، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع، وهذا

هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال، وبعضه متفق عليه لأحدهما فيرة المختلف فيه إلى المتفق عليه، ولأن الظاهر أنه هو الذي بناء مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا تتصور إلا عند بناء الحائطين معاً فكان هو أولى، كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط. أقول: بقي لي هاهنا كلام، وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور في مسألتنا هذه على اتصال التربيع، وتبعه في هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزليعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم، حتى أن كثيراً من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال هاهنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال: والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل اتصال تربيع لا لمن له عليه هراى انتهى. ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد هاهنا لأن معنى مسألتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهراى، وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهراى. وفي الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهراى لا احتياج إلى تقييد الاتصال بالتربيع، بل كل واحد من ضربى الاتصال: أعني اتصال التربيع واتصال الملازمة مشتركان في هذا الحكم فإن الهراى مما لا اعتبار له أصلاً بل هي في حكم المعلوم، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراى وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب. وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال ملازمة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال، فقال في الذخيرة: وذكر هذا أيضاً في النهاية نقلاً عن الذخيرة. أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببنائهما إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازمة فإنه يقضى بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى والاتصال، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازمة فصاحب التربيع أولى، لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه، لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع، فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام، ولو كان لأحدهما اتصال ببناء اتصال ملازمة أو اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضى لصاحب الاتصال لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى. وقال في البدائع: ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمعلق به، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى، لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال التزاق، ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر الجذوع فالحائط

بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة) لأن الزيادة من جنس الحجة، فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبني لأكثر منها (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية) كتاب الإقرار حيث قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجداع، ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار إليه المصنف (وفي رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجداع فيكون لصاحب الجذوع موضع جذعه مع أصل الحائط، وعلى هذه الرواية قيل: ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة. وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبني لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله: (والقياس) رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ: يعني ذلك استحسان، والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذوع والجذعين وبين صاحب الأكثر (نصفين) لأنهما استويا في أصل الاستعمال، والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على

شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط . وقوله الهرادى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار

لصاحب التريبع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى . فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتريبع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازمة كما ذكر في الذخيرة ، أو كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع ، وأما إذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه إخلال بعموم جواب المسألة كما تبين مما ذكرناه فتنبه ، فإن كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادى ليست بشيء) أي قول محمد في الجامع الصغير الهرادى ليست بشيء (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلاً) بل هي في الحكم المعدوم (وكذا البواري لأن الحائط لا يبني لها أصلاً) أي لأن الحائط لا يبني لأجل الهرادى والبواري ، لأنه إنما يبني للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبواري ، وإنما توضع الهرادى والبواري للاستظلال والحائط لا يبني له (حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر شيء فهو بينهما) معناه : إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة . ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة) أي لو كان لكل واحد من المدعين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أي في أصل العلة ، وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود يبني الحائط لأجله وفي نصاب الحجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع (ولا معتبر) أي ولا اعتبار (بالأكثر منها) أي من الجذوع (بعد الثلاثة) لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبني لأكثر منها . قال في معراج الدراية : وقوله ولا معتبر بالأكثر منها : أي من الثلاثة . أقول : تفسيره ليس بسديد ؛ أما أولاً فلأنه يقتضي أن يكون كلمة (من) في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه . وأما ثانياً فلأنه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغواً ، لأن ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون إلا بعد الثلاثة ، فالصواب أن كلمة من هاهنا تبينية لا تفضيلية ، وأن ضمير منها راجع إلى الجذوع كما أشرنا إليه فيما مر آنفاً لا إلى الثلاثة ، فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه في رواية) وهي رواية كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه : الحائط كله لصاحب الأجزاء ولصاحب القليل ما تحت جذعه . قالوا : يريد به حق الوضع . وقال في النهاية : ثم اعلم أن هذا فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاث لا بالبينة ، أما إذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى (وفي رواية) وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحائط بينهما على قدر الأجزاء ، وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح . وقال قاضيخان : والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكاً لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى ، كذا في التبيين للإمام الزيلعي (ثم قيل) أي على

الروایتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه (أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال (وجه الأولى أن الحائط يبني لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزاً . واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذوعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد . وقال بعضهم : الخشبستان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض

للهرادی أصلاً، وكذا البواری لأن الحائظ لا تبني لها أصلاً حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرا دی وليس للأخر عليه شيء فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية، وفي

هذه الرواية: يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل (ما بين الخشب بينهما) أي يكون بين المدعين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتباراً لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة، ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة. وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضي به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره: يعني أن ذلك استحساناً. والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره (لأنه لا معتبر) أي لا اعتبار (بالكثرة في نفس الحجة) يعني أنها استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم، ولكنهم استحسنوا على الروایتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين، كذا في العناية وغيرها (ووجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته، ولكن ذكر الثاني إما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وأن كما هو المشهور في نظائرها، وإما بتأويل الرواية بالنقل أو القول (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال. قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس. أقول: يظهر ذلك بالتأمل فيه فإن المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته، وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشيء واحد مع زيادة استعمال أحدهما، بل كان كل واحد مستعمالاً لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الأمر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة، لأن هذا فيما إذا اتحد محل الحجتين، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلاً: عشرة منها في يد رجل، وواحد في يد رجل، وتنازعا في الدار، فإنه يقضي لكل واحد منهما بما في يده كذا هاهنا ١ هـ، (ووجه الأول) أي وجه الرواية الأولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الأول لمثل ما ذكرناه

النسخ: لأحدهما جذوع وللآخر اتصال، وعلى الأولى وقع في الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه الثاني، ومعناه: إذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التبريع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه (فالأول أولى) لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى، ومن روجه شمس الأئمة السرخسي. ويرى أن الثاني أولى لأن الحائطين بالاتصال صاروا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء لبيعضه القضاء بأكمله لعدم القائل بالاشتراك، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا إن

قوله: (ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول: فإذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه في أيديهما ليصيراً خصماً له لمعرفة القاضي بذلك، وإذا ترفعوا إلى قاض آخر فأقام المدعي البينة بقضاء القاضي الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصماً له قوله: (يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما) أقول: فإذا ادعاه ثالث بطلب منه بينة على أنه في أيديهما حتى يصير خصماً له، وإذا كان القاضي الذي ترفعوا إليه غير القاضي الأول لا تسمع خصومة الثالث بإقامة البينة على أن القاضي الأول جعله في أيديهما فليتدبر قال المصنف: (ولا معتبر بأكثر منها بعد الثلاثة) أقول: من هذه هي التبيينية لا الداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الألف واللام ومن التفضيلية. وفي بعض النسخ بأكثر منها فمن حيث تفصيلية.

رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته، ثم قيل ما بين الخشب بينهما، وقيل على قدر خشبهما، والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة. وجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته. ووجه

في الثاني (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف، والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وإنما يحصل بالخشبة والخشبتين أسطوانة وأسطوانتان (فكان الظاهر شاهد لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع) أي يبقى لصاحب الأقل حق وضع جذعه (لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) يعني أن حكمنا بالحائط لصاحب الأكثر بالظاهر، وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الأكثر يد صاحب الأقل حتى يرفع خشبته الموضوعة، ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزاً. ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد. وقال بعضهم: الخشتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بها، كذا في العناية وغيرها (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلي الأولى وقع في الدليل بوجه الأول، وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني، كذا في العناية. وقال صاحب النهاية: ومن يحدو حدوه من الشراح ما في النسخة الأولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقاً للمدعي، وما في الثانية ليس بصحيح لأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا إلى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع (فالأول أولى، ويروى أن الثاني أولى، وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لأنه المقصود باليد، كذا في الكافي، ولأن التصرف لا يكون بدون اليد، واليدان إذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحاً، كذا في شرح تاج الشريعة، ورجح هذه الرواية شمس الأئمة السرخسي (وجه الأول) وفي بعض النسخ: وجه الثاني (أن الحائطين بالاتصال بصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله) أقول: يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بأكمله لجواز أن يقضي ببعض الشيء الواحد لرجل وبعضه الآخر لرجل آخر، إما بالتجزئة إن قبل القسمة أو بالشيوع إن لم يقبلها، كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبيئة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال، فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد

الظاهر ليس حجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبيئة أم برفعها لكونها حجة مطلقة، وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني، ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي (وإذا كان في يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال، وهو المرور) وصبت الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خزانة ولا جاً دون الآخر، لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هديه حيث يلغي صاحب الهدب، وإذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة. وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعي في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغى، والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثر الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه. وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير

قوله: (فهو مصدر ميمي) أقول: قوله هو راجع إلى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه قوله: (وقد أشار إليه المصنف) أقول: بقوله فهو لصاحب الثلاثة قوله: (لأن الحائط الخ) أقول: وفي تأخير المصنف دليل القيل الأول إشارة إلى رجحانه على ما هو دأبه وعادته قال المصنف: (وجه الثاني أن الاستعمال الخ) أقول: لم يظهر منه جواب وجه القياس قوله: (وعلى الثانية وجه الثاني) أقول: يعني في بعض النسخ، وإلا فني بعضهما وقع.

الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول (أولى)) ويروى الثاني أولى. وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى. وجه الثاني أن

دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله بقوله لعدم القائل بالاشتراك. ولكن يرد عليه أيضاً أنه إن أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع، لأن صاحب الجذوع قائل به، فإنه يدعي أن الحائط المتنازع فيه له، ويعترف بأن الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال، فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركاً بينهما عنده، وإن أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضاً ممنوع، فإن من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب إحدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركاً بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعاً (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده، حتى قالوا: لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أي رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوي وصححها الجرجاني) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد، ورجحها بالسبق لأن التبريع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتاً قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين. ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه، وأما إذا وقع اتصال التبريع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى، وعلى هذا عامة المشايخ، كذا في النهاية نقلاً عن الفوائد الظهيرية. وقال في الذخيرة: وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى، وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد. وذكر شمس الأئمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا: فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به، وعليه عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي، كذا في النهاية وغيرها (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة) بالحاء المهملة، وهي عرصة في الدار وبين يديها، كذا في معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها) أي استعمال الساحة (وهو المرور فيها) ووضع الأمتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك، فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضاً سواء، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجاً. على أنا نقول: الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيع وإن كان بعضها أكثر من بعض، وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذاً من الكافي،

تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار. قال: (وإذا ادعى رجلان أرضاً الخ) إذا ادعى رجلان أرضاً كل واحد منهما ادعى أنها في يده لم يقض القاضي أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما (لأن اليد) حق مقصود فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) لا بد من البينة لأنها تثبت ما غاب عن المشاهدة (وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة) فإن قيل: البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس بخصم. أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعاً كانت بينته مقبولة، وقد أشار إلى ذلك بقوله: (لأن اليد حق مقصود) يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصماً (فإن أقاما البينة جعلت في أيديهما) لقيام الحجة، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك. قال بعض مشايخنا: هذا قول أبي حنيفة، وقالوا: يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة، وهي ما إذا كانت

الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا، وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني. قال: (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد

وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هديه حيث يلغى صاحب الهدب، وما إذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة. أجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسماً للمنسوج فكان جميع المدعي في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغى والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثر الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه، وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء، فاستويا في الإستحقاق، فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقة حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار، كذا في العناية وإلى هذا أشار الإمام المحجوبي والإمام التمرتاشي، كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية (قال) أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا ادعى رجلان أرضاً، يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) أقول: في عبارة الكتاب هاهنا مسامحة، وكان الظاهر أن يقال: حتى يقيم البينة أنها في يده، لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما، وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معاً كما لا يخفى، وسيتجلى من التفصيل الآتي في الكتاب، ولقد أحسن صاحب الكافي هاهنا حيث قال: لم يقض بأنها في يد أحدهما إلا بالبينة انتهى. فإن هذه كلمة جامعة هاهنا (لأن اليد فيها) أي في الأرض (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) فقد غاب عن علم القاضي (وما غاب عن علم القاضي) أي والذي غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به، ولأنه جاز أن تكون في يد غيرهما؛ ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز، كذا في الكافي. قال في الفوائد الظهيرية هاهنا مسألة غفل عنها القضاة، وهي أنه لو ادعى أرضاً والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث والمدعى والمدعى عليه تواضعا على ذلك، وهذه حيلة ليجعلها القاضي في يد أحدهما، فما لم يثبت كون الأرض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضى، إلا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها لأن إقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية (وإن أقام أحدهما البينة) أي على أنها في يده (جعلت في يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجاً، كذا في الكافي وغيره. فإن قيل: البينة تقام على الخصم، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصماً

الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهما، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثاً لهم. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسمها بينهم بإقرارهم، ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم. ومنهم من قال: المذكور هاهنا قول الكل، لأن القسمة نوعان: قسمة بحق الملك لتكامل المنفعة وقسمة اليد لأجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج إلى الحفظ، فما لم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك، وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البينات، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبريء كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بأكملها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله، وإذا ادعى أرضاً صحراء أنها بأيديهما: يعني يدعي كل واحد منهما ذلك

وعلى الثانية وجه الأول، ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الأولى دون الثانية قاتلاً بأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب قوله: (لعدم القاتل بالاشتراك) أقول: فيه بحث.

آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها. قال: (وإذا ادعى رجلان أرضاً) يعني يدعي كل واحد منهما (أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبت (وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده) لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود (وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما) لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها.

فكيف يقضي للذي أقام البينة؟ قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعاً كانت بينته مقبولة، كذا في عامة الشروح. وقال صاحب العناية: وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصماً انتهى (وإن أقاما البينة) أي على أنها في أيديهما (جعلت في أيديهما لما بينا) إشارة إلى قوله لقيام الحجة. وذكر الإمام التمرتاشي: فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرى كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بأكملها، للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله، كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول: أي فلا تستحق اليد (لأحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء: لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله هـ. أقول: إنما يكون كذلك لو كان متفرعاً على قوله وإن أقاما البينة الخ، إذ لا ارتباط بينهما، أو على قوله لأن اليد حق مقصود إذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي. وأما إذا كان متفرعاً على مجموع ما ذكر في مسألتنا هذه من قوله وإذا ادعى الرجلان أرضاً إلى هنا بأن كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر) يعني إذا ادعى كل واحد منهما أرضاً صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب، كذا ذكره فخر الإسلام.

وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال، ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب.

قوله: (وفي يد الآخر هـ) أقول: الهدب يقال له بالتركي سجع. قوله: (أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد) أقول: قال في النهاية: ألا يرى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى. وفيه بحث لمخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام قوله: (بناء على مسألة أخرى) أقول: هذا ناظر إلى قوله قال بعض مشايخنا قال المصنف: (فلا تستحق لأحدهما من غير حجة) أقول: لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله.

باب دعوى النسب

(وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا باع جارية بولد فادعاه البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء كلام فقال أخذاً من غاية البيان: اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المديتين. وكل وجه على أربعة أوجه: أما إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياء معاً أو على التعاقب انتهى. أقول: يرى فيه اختلال من وجهين: الأول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة إلى ثلاثة أوجه، وهي: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لأكثر من سنتين، أو لما بين المديتين. وقسم كل وجه منها إلى أربعة أوجه وهي: إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياء معاً، أو على التعاقب، فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسميه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسماً ثم جعله قسماً من كل واحد من أقسامه الأربعة. والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله إن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معاً أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه؟ ويمكن أن يتحمل عن الأول بأن المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقاً: أي أعم من ادعاء أحدهما منفرداً ومن ادعائه منضمّاً إلى الآخر بالمعية أو التعاقب، وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعائهما معاً أو على التعاقب، فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه. وعن الثاني بأن تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلوة دون منع الجمع. والأولى عندي في بيان الضابطة هاهنا أن يقال: اعلم أن الجارية إذا بيعت فجاءت بولد، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المديتين، وكل وجه من الأوجه الثلاثة على أربعة أوجه، أما إذا ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياء معاً أو على التعاقب (فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاء البائع وحده كما مر في الكتاب (فهو) أي الولد (ابن البائع وأمه) أي أم الولد (أم ولد له) أي للبائع (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته) أي دعوة البائع (باطلة لأن البيع اعتراف منه) أي من البائع (بأنه) أي الولد (عبد وكان) أي البائع (في دعواه مناقضاً) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أي ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أي وجه الاستحسان الذي

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً مقدمه. قال: (وإذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لم بين المديتين. وكل وجه على أربعة أوجه: إما أن ادعى البائع وحده، أو المشتري وحده، أو ادعياء معاً، أو على التعاقب. فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادعاء البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له. وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة، لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً فلا تسمع

باب دعوى النسب

قوله: (بإتصال الملوقة في ملكه) أقول: الظاهر بملكه بدل قوله في ملكه.

مناقضاً ولا نسب بدون الدعوى. وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا. ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري مع دعوة

نعمل به في هذه المسألة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعني أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لأن الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض. ويانه أن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أي لا يمنع صحة الدعوى؛ كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويظل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق، وصار كالمكاتب إذا أقم البينة أن مولاه كان اعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته وتبطل الكتابة، ولا يعتبر التناقض لخفاء الإعتاق حيث ينفرد المولى به، وكالمختلعة إذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فإن بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به، بخلاف دعوى البائع الإعتاق أو التدبير بعد البيع، فإن كل واحد من الإعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه، كذا حققوا (وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده ففسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز، ويرد الثمن) أي إن كان منفرداً (لأنه قبضه بغير حق) فإن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع، كذا في الكافي، وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، وتثبت لها أمية الولد بإقراره، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقاتل أن يقول: صحة التحرير من المشتري ظاهرة، لأن الجارية مملوكة في الحال فيملك إعتاقها وإعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها. وأما صحة دعوته لحاجة الولد إلى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع، فإن مجرد حاجة الولد إلى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك. ويمكن أن يجاب بأن تيقنا باتصال العلوق بملك البائع إنما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع إذا ادعاه البائع. وأما إذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح، فإذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد إلى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد إلى النسب مع إمكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء، ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال: لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها واستولدها

دعواه، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها، وإذ لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب، إذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى. وجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه، وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه، لأن الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله: (ومبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض، وذلك لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض، ولا كذلك العتق والتدبير، وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثاً، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منقوداً لأنه قبضه بغير حق. وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته، لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، وتثبت لها

قوله: (بكونه العلوق منه) أقول: الباء زائدة قوله: (ولا كذلك العتق والتدبير) أقول: لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر قوله: (وصار كالمرأة إذا أقامت البينة) أقول: فإن بينتها تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق.

البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة (إلا إذا صدقه المشتري) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح، ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله. (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر

ثم اشتراها انتهى (وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده) أي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لأنها أسبق) أما إذا كانت قبل دعوة المشتري فالأمر ظاهر، وأما إذا كانت بعد دعوة المشتري فلما أشار إليه بقوله (لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء) يعني أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق لأنها دعوة استيلاء، ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لأنها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى، ثم إنه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاء الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال. وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاء وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنها تستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة) يعني أن الشاهد على كون الولد منه إنما هو اتصال العلوق بملكه تيقناً ولم يوجد ذلك هاهنا فلم تصح دعوته (إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح) حملاً لأمره على الصلاح، وقول المشتري على الصدق (ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أي للولد (ولا حقه) أي ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأب فيبقى الولد عبداً للمشتري ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبي آخر، كذا في الكافي وغيره (وهذه) أي دعوة البائع هاهنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أي ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان: دعوة استيلاء ودعوة تحرير؛ فدعوة الاستيلاء هي أن يكون علوق المدعي في ملك المدعي وهذه الدعوى تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرّاً، ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعي في غير ملك المدعي وهذه الدعوى تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاء لعدم الملك وقت العلوق، كذا في البدائع. وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته، وإن ادعيها معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري دون البائع لأنه كالأجنبي، كذا في العناية وغيرها (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أي في هذا الوجه (إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه) أي في ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهي اتصال العلوق بملكه تيقناً (فلا بد من تصديقه) أي من تصديق المشتري إياه (وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ، والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى) وهي إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى، ويكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّاً الأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن، وإن

أمية الولد بإقراره، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري، وإن ادعيها معاً يثبت نسبه من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير، فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه. ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاء لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية

قوله: (ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوة الاستيلاء) أقول: يعني دعوة الاستيلاء أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير، إذ لا مساواة في القوة قوله: (وإذا لم تصر أم ولد بقي النكاح) أقول: شرح لا يطابق المشروع كما لا يخفى على المتأمل.

من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري) لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك؛ (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة

ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، وهذا الذي ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة. أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً: فإن ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن أكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر، ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري. وإن ادعياه معاً لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبداً للمشتري، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت. وإن ادعياه متعاقباً فإن سبق المشتري صحته دعوته، وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده، وكذا في العناية. قال في الكافي: ولو تنازعا فالبينة للمشتري، أي إذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال البائع بعثتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعثتها مني لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق، لأن البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر، فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند أبي يوسف لأنه أثبت زيادة مدة في الشراء، وعند محمد البينة للبائع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاء الأمة وانتقاض البيع فكان أكثر إثباتاً انتهى (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر) أي والحال أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاء في الأم) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأنها) أي لأن الأم (تابعة للولد) أي في هذا الباب على ما سيجيء بيانه (ولم يثبت نسبه) أي نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك) أي لعدم حاجة الولد إلى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاء الأم) لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع) هذا أيضاً القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع) يعني أن الولد لما كان هو الأصل كان المعبر بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب، ولا يضره فوات التبع لأن تعذر الفرع لا يبطل الأصل، بخلاف العكس (وإنما كان الولد أصلاً لأنها) أي لأن الأم (تضاف إليه) أي إلى الولد حيث (يقال أم الولد) والإضافة إلى الشيء أمانة أصالة المضاف إليه (وتستفيد الحزبة من جهته) عطف على

فكان البائع أولى قوله: (وهذه دعوة استيلاء) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم؟ ووجهه أنها دعوة استيلاء وهي لا تنفقر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء، وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع، فإما أن يصدقه المشتري أو لا، فإن كان الثاني فلا تصح دعوة البائع) لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقيناً، وإن كان الأول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح، ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الأم فلا تصير أم ولد، وإذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي، وإن جاءت به بين المدتين فإما أن يصدقه المشتري أو لا، فإن لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة، وإن صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن دعوته

أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاء الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذ البائع) لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع، وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه يقال أم الولد، وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى (ويرد

تضاف إليه: أي وتستفيد الأم الحرية من جهة الولد (لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها») قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها؟^(١) (والثابت لها) أي ولأن الثابت للأم (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أي والثابت للولد (حقيقتها) أي حقيقة الحرية (والأدنى يتبع الأعلى) دائماً دون العكس، فحق الحرية الذي هو الأدنى يتبع حقيقة الحرية التي هي الأعلى دون العكس (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة، وقالوا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم) وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مرّ آنفاً. قال المصنف (لأنه تبين أنه باع أم ولده) أي تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل (وماليتها) أي ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أي عند أبي حنيفة (في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) أي فيضمنها المشتري، فإذا ردّ الولد دونها يجب على البائع ردّ حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البذل والمبدل، ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الأم. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال: هكذا ذكروا الحكم في قولهما، وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الأم، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين ردّ ما قبضه إن كان باقياً وإلا فبدله انتهى فتأمل (وفي الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير إعلماً بأن حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه) أي فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أي يرّد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لأنه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولاء، كذا في الشروح وسائر المعبرات (ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعوته) أي دعوة البائع (باطلة) أي إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، كذا في الشروح (ووجه الفرق) إنما ذكره استظهاراً، إذ قد كان معلوماً من مسألة الموت (أن الأصل في هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية: أي الأصل في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق

صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى، وتكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حر الأصل، ولا يكون له ولاء على لولد لأن العلوق في ملكه ممكن، وإن ادعياء معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، هذا إذا كانت المدة معلومة، أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل من مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً، فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، ودعوة المشتري وحده صحيحة. واحتمال كون العلوق في ملك البائع، إن جاءت به لأقل المدة لا يمنع دعوة المشتري، وإن ادعياء معاً لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبداً للمشتري، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت به. فإن قيل: في جانب

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجة ٢٥١٦ والدارقطني ١٣١/٤ والبيهقي ٣٤٦/١٠ كلهم من حديث ابن عباس. في إسناده الحسين بن عبد الله ضعفه ابن حجر في التقریب وكلذا البوصيري في الزوائد عند حديث ٢٥١٥.

الثلث كله في قول أبي حنيفة وقالوا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده، وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وفي الجامع الصغير: وإذا حملت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه

الاستيلاء وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب، وقد اقتفى أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: لا يخفى ما فيه من الركافة من جهة اللفظ والمعنى، فالأوجه في التفسير أن يقال: أي الأصل في باب الدعوة والاستيلاء هو الولد (والأم تابعة له على ما مر) في مسألة الموت آنفاً (وفي الفصل الأول) وهو ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم، وفي بعض النسخ: وفي الوجه الأول (قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو) أي المانع منهما (العتق في التبعية وهو الأم فلا يمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاء (في الأصل وهو الولد) لأن امتناع الحكم في التبعية لا يوجب امتناعه في الأصل. فإن قيل: إذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاء للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه يقيّن، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي وليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت نسب الولد وحرثته: يعني أن ذلك وإن كان من أحكامه إلا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ولد من يطاء امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب (فإنه) أي ولد المغرور (حرز) أي حر الأصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاه) فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق (وكما في المستولدة بالنكاح) يعني إذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمة الولد، كذا في غاية البيان، ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وكما في المستولدة بالنكاح فإنه إذا استولد أمة الغير بالنكاح يثبت نسبه ولا تصير الأمة أم ولده انتهى. وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه، ولا تصير الجارية أم ولد له للحال إلا أن

المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري أولى. قلنا: هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبراً. وإن ادعاه متعاقباً إن سبق المشتري صحت دعوته وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما. قال: (فإن مات الولد فادعاه البائع الخ) الأصل في هذه أنه إذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفي ثبوت النسب، وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم لأنها تابعة للولد، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاء الأم (وإن مات الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لأنه أصل) لإضافتها إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله ﷺ «أعتقها ولدها» قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها: ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها، والأدنى يتبع الأعلى، وإذا لم يكن في الأصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبعية، ويرد الثلث كله في قول أبي حنيفة، وقالوا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم، وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت، فإذا أعتق المشتري الأم وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثلث يقسم الثلث على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه عندهما. وعنده يرد عليه بكل الثلث كما سنذكره، ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، وذكر الفرق استظهاراً فإنه كان معلوماً من مسألة الموت (والأصل في هذا الباب) أعني به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاء هو

قوله: (لأنه أصل لإضافتها إليه الخ) أقول: الدليلان الأخيران يدلان على الأصالة في النسب بل في العتق.

بحصته من الثمن، ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة. ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر. وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو العتق في التبعية وهو الأم فلا

يملكها بوجه من الوجوه^١ هـ. قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف: وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة انتهى. أقول: هذا المعنى هاهنا غير صحيح، لأن الصورة التي ذكرها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونهت عليه فيما مر آنفاً، فلا وجه لأن يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى. فإن قلت: إن صاحبي النهاية والعناية فسروا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما إذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحققت انتهى. فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه، وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين، وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور. قلت: ذلك التفسير منهما تقصير آخر، فإنه مع كونه تقييداً للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد إلى تقليل الأمثلة في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع بثبوته) أي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاء (فيه) أي في الأصل (وفي التبعية) لأن امتناع الحكم في الأصل يوجب امتناعه في التبعية أيضاً (وإنما كان الإعتاق مانعاً). قال متقدمو الشراح: أي وإنما كان إعتاق المشتري الولد مانعاً لدعوة البائع إياه. وقال صاحب العناية أخذاً منهم: قوله وإنما كان الإعتاق مانعاً بيان لممانعة عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى. أقول: بل هذا بيان لممانعة عتق الأم عن ثبوت الاستيلاء في حقها بدعوة البائع، ولممانعة عتق الولد عن ثبوت النسب في حقها بدعوة البائع أيضاً، والمعنى: إنما كان إعتاق المشتري الأم والولد مانعاً من دعوة الاستيلاء وأما دعوة النسب فيشمل الفصلين معه، كما ينادي عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى، وفيما ذهب إليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام (لأنه) أي لأن الإعتاق (لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاء) يعني أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاء من البائع في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض (فاستوى) أي استوى إعتاق المشتري وحق البائع استلحاقاً واستيلاءً (من هذا الوجه) أي من حيث أنهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه. قال صاحب العناية: ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته

ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والأم تابعة له) في ذلك كما مر (وفي الفصل الأول) يعني فيما إذا أعتق المشتري الأم (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاء في التبعية وهو الأم فلا يمتنع بثبوته في الأصل وهو الولد) فيما قيل: إذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين، لأن الكلام فيما إذا حبلى الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله: (وليس من ضروراته) أي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحققت فإنه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد

قوله: (في هذا الباب: أعني به الخ) أقول: الأظهر أن يقال: يعني به باب الدعوة والاستيلاء هو الولد الخ، فإن الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل قوله: (هو ثبوت الخ) أقول: قوله هو راجع إلى الأصل.

يُمْتَنَعُ ثبوته في الأصل وهو الولد، وليس من ضروراته، كما في ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاهما، وكما في المستولدة بالنكاح. وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبعية. وإنما على الإعتاق مانعاً لأنه لا يحتمل النقص كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاء فاستويا من هذا الوجه، ثم الثابت من المشتري

حرّ الأصل ثبوت النسب للآخر. ولقائل أن يقول: إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى. أقول: السؤال الأول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضاً ولهما وجه وجيه. وأما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليس بشيء. أما السؤال فلأن مراد المجيب عن السؤال الأول أن التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وليس مراده أنهما في حكم ولد واحد في جميع الأحوال حتى يتوجه السؤال، كيف ومدار العتق على الرقبة، ولا شك أن رقبتهما متغايرتان فما يترتب على إحداهما لا يلزم أن يترتب على الأخرى كما لا يخفى. وأما الجواب فلأنه إن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته، كما إذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر: أي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن في ذلك ضرراً زائداً، إذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضرراً أصلاً، ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب أيضاً قطعاً، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته: أي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم أن يتحقق هناك أيضاً ضرر زائد. وإن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته: أي إتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضاً قطعاً، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضاً ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين أيضاً والفرض خلافه. ثم أقول: بدل السؤال الثاني وجوابه: ولقائل أن يقول: إذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقص وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقص أنه لا يحتمله قصداً واللازم في مسألة التوأمين احتماله النقص ضمناً، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً، وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسألتين. ثم إن صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه: فإن عورض بأن البائع إذا

لأبيه (وكما في المستولدة بالنكاح) بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاء (فيه وفي التبعية) وقوله: (وإنما كان الإعتاق مانعاً) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع، ومعناه أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاء في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل للنقص فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه. وردّ بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري، وذلك نقض للعتق كما ترى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حرّ الأصل ثبوت النسب للآخر. ولقائل أن يقول: إذ كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في

قوله: (أي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق) أقول: وإن كان من أحكامه قوله: (وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ) أقول: فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يجيء في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة، والظاهر أن حرية الولد لا تمس إليها الحاجة، وذكرها في المثال الأول استطرادي فليتأمل.

حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة، والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية. وقوله في الفصل الأول يرّد عليه بحصته من الثمن

ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيّاً في نقض ما تم من جهته. أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى. أقول: فيعارض بأن الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضاً فلا معتبر به أيضاً فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق) يريد بيان رجحان في جانب المشتري بأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق (والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق. قال صاحب العناية: ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو، فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته. وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح. ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن ميناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق، فقلنا: يأخذه بالقيمة جمعاً بينهما انتهى. أقول: النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح. وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليس بصحيحين، أما النظر فلأننا لا نسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح؛ ألا يرى أنا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله. وإنما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بأن لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى. وأما الجواب فلأن المجتهد بخلافنا في مسألة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهد أئمتنا فكيف يقع اجتهداه شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الإعتاق) أي في الحكم المذكور، وكذا الاستيلاء بمنزلة في ذلك الحكم على ما صرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية في صدر مسألتنا هذه نقلاً عن الإمام الترمذاني (لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (وقوله في الفصل الأول يرّد عليه بحصته من الثمن قولهما) يعني أن ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرّد عليه بحصته من الثمن هو قول أبي يوسف ومحمد

الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد، فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيّاً في نقض ما تم من جهته. أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به قوله: (ثم الثابت) بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق، فإن الثابت (من

قوله: (وأجيب بأن التوأمين، إلى قوله: ثبوت النسب للآخر) أقول: يعني أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقص أنه لا يحتمله قصداً وفيما ذكرتم النقص ضمنى لا قصدي، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً قوله: (ولقاتل أن يقول إذا كان كذلك الخ) أقول: أشار بقوله كذلك إلى قوله بأن التوأمين في حكم ولد واحد قوله: (فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول: يعني يجب أن يكون كذلك وإلا لزم الخ قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأنه ثبت العتق في الآخر لزمه الخ) أقول: أي لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيما إذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذي في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه قوله: (وفي ذلك ضرر زائد) أقول: ولذلك لم يجعل من ضروراته استحساناً، وإلا كان القياس ذلك فيه أيضاً فليأمل، ثم قوله ضرر زائد معناه للمشتري قوله: (فإن عورض) أقول: يعني هذا الجواب قوله: (بأنه غير مقصود) أقول: بل ضمنى، ثم إن الضمير في قوله بأنه راجع إلى السعي في قوله كان ذلك سعيّاً الخ.

قال المصنف: (والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد الخ) أقول: ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيها جميعاً حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما يرى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما في الحكم بصيرورته حراً لأصل ثبوت النسب للآخر قوله: (فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول: أنت خير بأنه لا يلزم التسوية مطلقاً، ألا يرى أنه إذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق.

قولهما وعنده يرذ بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت. قال: (ومن باع عبداً ولد عنه وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع) لأن البيع يحتمل النقض، وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن

رحمهما الله (وعنده) أي عند أبي حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الأئمة في المبسوط والإمام قاضیخان والإمام المحبوبي في الجامع الصغير أنه يرذ بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبي حنيفة أيضاً، بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبدة، وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبراً في حقه فرد جميع الثمن. ثم اعلم أن الذي اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها، ولكن قالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل إعتاق المشتري. فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. قلنا: الولد إنما حدث بعد القبض من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري، وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاهنا بالدعوة، كذا في الشروح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع عبداً ولد عنه) أي كان أصل العلوق في ملكه (وباعه المشتري) أي ثم باعه المشتري (من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه) أي الولد ابن البائع الأول (ويبطل البيع) أي يبطل البيع الأول والثاني (لأن البيع يحتمل النقض وماله) أي وما للبائع (من حق الدعوة لا يحتمله) أي لا يحتمل النقض (فينتقض البيع لأجله) أي لأجل ما للبائع من حق الدعوة. قال المصنف (وكذا) أي وكحكم المسألة السابقة الحكم (إذا كاتب الولد) أي إذا كاتب المشتري الولد (أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم) أي كاتب المشتري الأم فيما إذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة)

المشتري حقيقة الإعتاق والثابت) للبائع (في الولد حق الدعوة وفي الأم حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة) ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقة. وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى، فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح. ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن ميناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدارهم، وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعاً بينهما (والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك قوله: (وقوله في الفصل الأول) يريد به أن ما نقل عن الجامع

قال المصنف: (قوله في الفصل الأول الخ) أقول: قوله وقوله مبتدأ وقوله قولها خبره (قوله وقوله هو الصحيح احتراز إلى قوله من الثمن الخ) أقول: قال في غاية البيان: وهكذا ذكر محمد في الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فتلد عنه ولداً وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع الولد قال: هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن إلى هنا لفظ محمد، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي والكرخي والطحاوي في مختصرهما، وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، وكذلك ذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل والكفاية قوله: (وكيف يسترد كل الثمن) أقول: قال الإمام الزيلعي: بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانته بالقبض، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى. وفي غاية البيان نقلاً عن مختصر الكرخي وكفاية شمس الأئمة البيهقي أنه يقسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد قوله: (والقائل أن يقول الثابت الخ) أقول: فيه بحث، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيحيي آنفاً.

هذه العوارض تحتل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مرّ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه. قال: (ومن أذى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر. وفي الجامع الصغير: إذا كان في يده غلامان توأمين ولداً عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري، لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمين

أي ثم وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض تحتل النقض) كالبيع (فيتنقض ذلك كله) أي فتنقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الإشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض. وأعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تقريراً على مسألة الجامع الصغير (بخلاف الإعتاق والتدبير) فإنهما لا يحتملان النقض (على ما مر) آنفاً (بخلاف ما إذا ادعاه) أي الولد (المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه) أي كإعتاق المشتري. قال صاحب العناية: ولقاتل أن يقول: الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأني يتساويان. وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثانية انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بأن قال فيه بحث، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيجيء انتهى. أقول: هذا مندفع لأن حقيقة حرية الأصل إنما تثبت بالدعوة للولد، ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها، لأن مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل، على أن الترجيح هل هو في جانب البائع أو في جانب المشتري، ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال إنما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاء في الأم على ما مر في الكتاب وتقرّر، وقد عبر عنه صاحب العناية هاهنا بحق الحرية لتأديه إلى الحرية، وكذا الحال بالنظر إلى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وإن كان في

الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرّد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت. وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الأئمة في المبسوط وقاضيان والمجوبي أنه يرّد بما يخص الولد من الثمن، بخلاف الموت، وفرقوا بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة. وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبراً في حقه فيرد جميع الثمن، والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يُسترد كل الثمن والبيع لم يطل في الجارية ولهذا لا يطل إعتاق المشتري؟ قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. وأجيب بأن

قوله: (لاشتمالها على صورة الخ) أقول: ولاشتمالها على زيادة وهي قوله ولداً عنده والقُدوري ساكت عنها، وجواب مسألة الجامع مبني على هذه الزيادة قوله: (قال شمس الأئمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمين) أقول: وفي المغرب التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمين، وقولهم، هما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأثنى توأمة انتهى. فما في المغرب يخالف ما ذكره شمس الأئمة السرخسي قوله: (وقد تقدم الكلام) أقول: في الصحيفة السابقة.

فتبين أن عتق المشتري وشراؤه لا في حرية الأصل فبطل، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعاً لحرية فيه حرية الأصل فافتراقاً (ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت

تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد، يقال هما توأمين كما يقال هما زوجان، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأثنى توامة، كذا في المغرب. ولكن الإمام شمس الأئمة السرخسي ذكر في المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة، حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمين كلاهما صحيح عند أهل اللغة، كذا في النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أي ثبت نسب التوأمين معاً ممن ادعى نسب أحدهما (لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا) أي كونهما من ماء واحد (لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً) أي بعد ولادة الأول (لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ولا يتصور علوق الثاني على علوق الأول لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم، كذا في الكافي وغيره، وكأن المصنف لم يتعزّض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمراً معلوماً في غير هذا الفن (وفي الجامع الصغير) قال في العناية: ذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري انتهى. وقال في معراج الدراية، إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي كقوله ولداً عنده، وفيه إشارة إلى كون العلوق في ملك المدعى انتهى (إذا كان في يده غلامان توأمين ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابنه ويبطل عتق المشتري) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل، كذا في العناية. قال المصنف في التعليل (لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه) أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه، فإن في قوله ولدا عنده إشارة إلى مصادفة العلوق ملكه، وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الأصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده: أي ثبت حرية الأصل في هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري (وحرية الأصل فيه) أي ويثبت حرية الأصل في ذلك الولد أيضاً (ضرورة لأنهما توأمين) وهما من ماء واحد (فتبين أن عتق المشتري وشراؤه لا في حرية الأصل فبطل) أي فبطل كل واحد من عتقه وشراؤه. قال في الكافي: وكان هذا نقض الإعتاق بأمر فوقيه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى (بخلاف ما

ذلك من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة. قال: (ومن باع عبداً ولد عنده الخ) والأصل في هذا أنه إذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه، وعلى هذا إذ باع عبداً ولد عنده يعني كان أصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض، وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لأجله، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لأجل ما لا يحتمله، بخلاف الإعتاق والتدبير لما تقدم، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه. ولقائل أن يقول: الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية والدعوة حقها فأني يتساويان. وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويتان في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن

قال المصنف: (وهنا يثبت تبعاً لحرية) أقول: وكمن شيء يثبت ضمناً وتبعاً قصداً وأصالة قوله: (يثبت بطلان إعتاق المشتري في المشتري) أقول: قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت قوله: (والضمير للمشتري كذلك) أقول: أي للمشتري بالفتح قال المصنف: (ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول: قال الزيلعي: بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من ستين فيثبت نسبهما أيضاً لأنهما لا يفترقان فيه، لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه انتهى. وهذا الاحتمال لا يلزم ما نحن فيه.

نسب الولد الذي عنده، ولا ينقض البيع فيما باع) لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته. قال: (وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن

إذا كان الولد واحداً) حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر (لأن هناك) أي في مسألة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أي في الولد (مقصوداً) يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصوداً (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الإعتاق (وهاهنا) أي في مسألة التوأمين (يثبت تبعاً لحرية في حرية الأصل) أي يثبت بطلان إعتاق المشتري فيما اشتراه تبعاً لحرية حرية الأصل لا حرية التحرير، فالضمير في حرته راجع إلى المشتري بالفتح. وقوله فيه متعلق بقوله يثبت، والضمير راجع إلى المشتري كذلك. وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحرية، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليفاً بالرد والإبطال، كذا في العناية. أقول: هذا شرح صحيح، إلا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الأداء على هذا المعنى أن يقال: وهاهنا يثبت فيه تبعاً لحرية حرية الأصل كما لا يخفى، وكان متقدماً الشراح هربوا عنه حيث قال صاحباً النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف هاهنا: أي يثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل انتهى. وقال صاحب غاية البيان: يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان إعتاق المشتري لا مقصوداً بل تبعاً لثبوت الحرية الأصلية الثابتة في الذي باعه اهـ. فإن الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله يثبت بل أن يكون متعلقاً بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحرية فلا يلزم التعقيد. أقول: لعل المحذور فيه أشد من الأول، فإن الحرية بعد أن تضاف إلى الضمير الراجع إلى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله تثبت، وإلا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكره لغواً من الكلام، وإنما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وهاهنا يثبت تبعاً للحرية فيه بدون الإضافة كما لا يخفى (فافترقا) أي فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصلاً. وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً، وكمن شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً. قال في معراج الدراية: إلى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعهم. وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال: أو نقول في مسائلنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشتري لم يلاق محله لأنه ظهر أنه كان حر الأصل وتحرير الحر باطل لأن فيه إثبات الثابت، وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه) يعني أن الذي ذكر من قبل إذا كان أصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسألة بحالها (ثبت نسب الولد الذي عنده) أي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضاً ضرورة لأن التوأمين لا ينفكان نسباً (ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشتري فيه (لأن هذه) أي لأن دعوة البائع هاهنا

يجاب عنه بأن التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقص وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث إن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثاني (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر. وذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري، قال شمس الأئمة السرخسي: يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمين. قوله: (وبطل عتق المشتري) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق، وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل وكلامه ظاهر، وقد تقدم الكلام

قوله: (فكان قوله هذا ابني مجازاً الخ) أقول: فيه بحث، لأنه لو كان مجازاً كما ذكره لما ثبت نسب الذي ليس عنده، بل نسب الذي عنده والمصرح خلافه فليتأمل، ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازاً أو خبراً بعد خبر، وقوله مجازاً حال.

جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبي حنيفة (وقالوا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه. لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار، والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر المشتري على

(دعوة تحرير) لا دعوى استيلاء (لانعدام شاهد الاتصال) أي لانعدام شاهد اتصال العلق بملك المدعي حيث لم يكن أصل العلق في ملكه، ومن شرط دعوة الاستيلاء اتصال العلق بملك المدعي (فيقتصر على محل ولايته) أي إذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كأن البائع أعنتهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعق عارض حرية الآخر فهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع، كذا في الكافي. وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لأن هذه دعوة تحرير الخ، لأنه لما لم يكن أصل علقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حر، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريراً مقتصراً على محل ولايته، فكذا دعوة التحرير. أقول: يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لأن المصير إلى المجاز عند تعذر إعمال الحقيقة، وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه. وتفصيل المقام أنه قد مر في كتاب العتاق أنه إذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني، فإن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه. وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلق، فإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعماله في حقيقته، وإن قال لفلان لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يعتق وهو قول الشافعي. لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو. ولأبي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لأن النبوة في المملوك سبب لحرية وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً، ولأن الحرية ملازمة للنبوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحزراً عن الإلغاء انتهى. فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما إذا قال لفلان هذا ابني إنما يكون في صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهي: أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته. وأما في صورتين الآخرين فيصير اللفظ محمولاً على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازاً فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد رجل قال) أي ذلك الرجل (هو) أي الصبي (ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل (أبداً)

فيه سؤالاً وجواباً. قوله: (بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً) يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع، وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق (وهنا) أي في مسألة التوأمين (يثبت) بطلان إعتاق المشتري في المشتري (تبعاً لحرية فيه حرية الأصل) لا حرية التحرير فالضمير في لحرية راجع إلى المشتري بالفتح. وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت، والضمير للمشتري كذلك. وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحرية، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً، فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليفاً بالرد والإبطال (ولو لم يكن أصل العلق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا يتنقض البيع فيما باع) لأنه لما لم يكن أصل العلق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي، فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حر دعوة تحرير، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريراً مقتصراً على محل ولايته فكذا دعوة التحرير. ونوقض بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده أنه ابنه يثبت

قال المصنف: (ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل) أقول: وإن كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقص.

البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته، كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه،

قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب. وقال تاج الشريعة: يعني وإن جحد العبد أن يكون هو ابنه. أقول: لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وإن جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة، اللهم إلا أن يحمل على التأكيد تقريراً لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه، وقد أشار صاحب العناية إلى كون المعنى لم يكن ابنه أبداً: أي في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً حيث قال في تقرير المسألتين: وإذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً انتهى. أقول: الحق أن المراد هاهنا هذا المعنى لجوه: أحدهما اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر. وثانيها أن الأبد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الأوقات وعلى المعنى الأول يصير مصروحاً عنه إلى عموم الأحوال كما ترى. وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسألتنا دون المعنى الأول فإن المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر إلى الأحوال المذكورة في المعنى الأول: أعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما، إذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الأحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على إرادة عموم الأحوال. وأما بالنظر إلى الأوقات المذكورة في هذا المعنى: أعني الحال والأوقات المستقبلية فهما: أي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحد من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر، ويتصور ذلك منه في الاستقبال بأن يعلمه بعد أن يحضر، بخلاف الحاضر فإنه يتصور منه الجحد في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما، فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحد من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر، فلو أطلق فلاناً ولم يقيد بالغائب على إرادة عموم الأوقات لتبادر إلى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضراً فقط، ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائباً عبارة، وثبوته عند كونه حاضراً أيضاً دلالة؛ فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى. ثم اعلم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده، وذكره في الكتاب وقع اتفاقاً نص عليه

نسبهما منه ويعتقان جميعاً، ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال، إذ الكلام فيه. وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعي إذا كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه، وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير. قال: (وإذا كان الصبي في يد رجل النخ) إذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن

قوله: (بخلاف ما إذا صدقه) أقول: أي صدق المقر له بالنسب المقر قال المصنف: (ولأبي حنيفة أن النسب النخ) أقول: ولا جواب فيما ذكره عن قولهما؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل قوله: (لعدم احتمال النقص) أقول: فيه نوع مصادرة قوله: (وأما الثاني فلاه النخ) أقول: لا يخفى عليك عدم ملائمة الشرح للمشروح قال المصنف: (ثم ادعاه لنفسه) أقول: فإنها لا تصح، لكن ذكر العلامة علاء الدين الإبيسجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد أن مسألة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضاً لا يقبل عنده خلافاً لهما قال المصنف: (وهذا لأنه تعلق به حق المقر له) أقول: قال الإقناني: إشارة إلى قوله لا يحتمل النقص انتهى. وفيه بحث، بل هو إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد قوله: (ولم يقرر لأنه النخ) أقول: تأمل في صحة هذا التعليل فإن سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ إلا أنه لم يتوجه قوله: (لأن الملك له قائم في الحال) أقول: فيه بحث، كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتنق. قال في الكافي: إن المشتري إذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى. ولا يخفى دلالة على ما قلنا فليأمل.

وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له، ومسألة الولاء على هذا الخلاف، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجزء الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب. وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به، بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة

الإمام الزيلعي في التبيين (وهذا عند أبي حنيفة) أي حكم المسألة المذكورة على إطلاقه إنما هو عند أبي حنيفة رحمه الله. وفي المبسوط: لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقال: إذا جحد العبد فهو) أي الصبي (ابن المولى) يعني ادعى المولى لنفسه بعد جحد العبد نسبه كذا في النهاية. قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال) أي إذا قال الذي في يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً، كذا في غاية البيان (لهما أن الإقرار) أي الإقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبيد فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار) أي فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه (والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقض) أي وإن كان النسب لا يحتمل النقض (ألا يرى أنه) أي الإقرار بالنسب (يعمل فيه الإكراه والهزل) حتى لو أكره بينة عبد فأقر بها لا يثبت النسب، وكذا لو أقر بها هازلاً (فصار) أي فصار حكم هذه المسألة (كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أي المشتري (أنا أعتقته يتحول الولاء إليه) أي فإنه يتحول الولاء إلى المشتري وصار كأنه لم يقر أصلاً (بخلاف ما إذا صدقه) أي بخلاف ما إذا صدق المقر له المقر في مسألتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لأنه) أي المقر (يدعي بعد ذلك) أي بعد تصديق المقر له إياه (نسباً ثابتاً من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضاً دعوة المولى بالاتفاق (لأنه تعلق به) أي بالصبي (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أي على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملائنة، فإنه لا يثبت نسبه من غير الملائنة لأن له أن يكذب نفسه) يعني أن الاحتمال جانب التصديق تأثيراً فيما نحن فيه كما أن الاحتمال جانب التكذيب تأثيراً في ولد الملائنة (ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والإقرار بمثله) أي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعني وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد: أي لا يبطل بالتكذيب، كمن أقر بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لا يبطل إقراره، حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الإمام قاضيان وذكر في الشروح (فبقي) أي فبقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أي فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضاً (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) كالعتق والقرابة (ثم ادعاه) أي ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته. واعلم أن الإمام فخر الإسلام ذكر هذه

عنده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً. أما حالاً فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير، وأما استقبلاً فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث: إما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب. ففي الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي إقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وقالوا: الإقرار بالنسب يرتد بالرد، ولهذا إذا أكره على الإقرار بنسب عبد فأقر به لا يثبت، وكذا لو هزل به، فإذا ردّ العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه وصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن

قال المصنف: (إذ دلائل الوجدانية ظاهرة) أقول: الظاهر أن يقال لدلائل الإسلام لأن بمجرد التوحيد لا يتحقق الإسلام قوله: (ولقاتل أن يقول: هذا مخالف الخ) أقول: فيه بحث. لأننا لا نقول إن الإيمان ليس خيراً من الإشراك حتى يخالف، بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقبة وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتأمل قوله: (لأن دعوته لا تحتل الخ) أقول: ها هنا نوع مصادرة.

بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره. قال: (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً، ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوحداية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها (ولو كانت دعوتهما دعوة البتة فالمسلم أولى) ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين. قال: (وإذا ادّعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة، بخلاف

المسألة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال: وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادّعه الشاهد لم تصح انتهى. فافتى المصنف أثره فأوردها هاهنا كذلك. وأما شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي فقد ذكر أنها أيضاً على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وعلى هذا الخلاف إذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادّعه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لهما انتهى (وهذا) إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد (لأنه تعلق به) أي بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أي من المقر له، ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما إذا لم يصدقه ولم يكذبه، (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه إلى النسب (فلا يرتد برّد المقر له) لتعلق حقه وحق الولد. هكذا ينبغي أن يشرح هذا المقام، ولا يلتفت إلى ما في العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره ما لا يخفى على ذي فطرة سليمة (ومسألة الولاء على هذا الخلاف) إشارة إلى الجواب عن استشهدهما بمسألة الولاء بأنها أيضاً على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (ولو سلم) أي ولو سلم كون مسألة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجزء الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) صورة: معتقة تزوجت بعد ولدت منه أولاداً فجنى الأولاد كان عقل جانيهم على موالى الأب لأن الأب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقاً بقوم الأم، فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه، كذا روي عن عمر رضي الله عنه، ذكره قاضيخان، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع، وإنما سماه موقوفاً لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب، كذا في النهاية وغيرها (ما هو أقوى وهو دعوى المشتري) لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفاً لمحلّه لوجود شرطه وهو قيام الملك، كذا في العناية وأكثر الشراح. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأنه كيف يقوم الملك وهو مقرّ بأنه معتق. قال في الكافي: إن المشتري إذا أقرّ أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقرّ انتهى. ولا يخفى دلالة على ما قلناه، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: بحثه ظاهر

الولاء يتحوّل إليه، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وهو لا يصح، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كالولد الملاعة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاع لاحتمال تكذيبه نفسه. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته، وهذا بالاتفاق، وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد، لأن الإقرار به يتضمن شيئين: خروج المقرّ عن الرجوع فيما أقرّ به لعدم احتمال النقص كالإقرار بالطلاق والعتاق، وتعلق حق المقرّ له به، وبتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما. أما الأول: فلأن تكذيبه لا يمس جانبه لما قلناه. وأما الثاني: فلأنه ليس حقه على الخلو بل فيه حق الولد أيضاً وهو لا يقدر على إبطاله. ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادّعه الشاهد لنفسه فإنه لا تصح، وكذلك أوردها المصنف، وذكر الإسيبجي أنها على الخلاف لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قوله: (ومسألة الولاء) جواب عن استشهدهما بها بأنها على الخلاف فلا تنتهض شاهدة. سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى فجاء الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب

الرجل لأنه يحمل نفسه النسب، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد. أما النسب فيثبت بالفراس

السقوط، لأن المشتري إنما أقر أولاً بأن ما اشتراه معتق البائع لا بأنه معتق نفسه وقد كذبه البائع، وهذا لا يتنافى قيام الملك له في الحال: أي في حال دعوى الإعتاق لنفسه ثانياً، وإنما لا يقوم الملك له في الحال لو كان أقر ابتداءً بأنه معتق نفسه، أو كان أقر بأنه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس. وأما ما ذكره في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون منياً على كون مسألة الولاء أيضاً على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولاً حيث قال: ومسألة الولاء على هذا الخلاف. ولا يخفى أن مبنى الكلام هاهنا على تسليم كون بطلان الإقرار وتحول الولاء في مسألة الولاء متفقاً عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ، وحيث لا شك في قيام الملك للمشتري إلى حال دعوى الإعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فبطل به) أي بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الأقوى الذي هو دعوى المشتري (بخلاف النسب) يعني أنه لا يبطل باعتراض شيء أصلاً (على ما مر) وهذا إشارة إلى قوله إلى النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وعليه أخذ أكثر الشراح. قال في الكافي: بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى. وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضاً. والحاصل أن النسب ألزم من الولاء، فإن الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله أصلاً فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أي إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجاً) أي حيلة (على أصله) أي على أصل أبي حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أي يخاف المشتري على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أي فإنه يقطع دعوى البائع (بإقراره بالنسب لغيره) قال الإمام المحبوبي: صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوماً فينتقض البيع فيقرّ البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة فإن هذا يكون حيلة عنده. وفي الفوائد الظهيرية: الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقرّ البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجاً على قول الكل، كذا في النهاية (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد مسلم نصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبيدي فهو ابن النصراني وهو حرّ) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها: هو ابن النصراني إذا كانت الدعوات معاً، فكان قوله معاً إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبداً للمسلم، كذا في النهاية: قال المصنف (لأن الإسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضاً) يعني أن الإسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي تعارضاً (ولا تعارض) أي لا تعارض هاهنا لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هاهنا (لأن نظر الصبي في هذا أوفر) يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوجدانية ظاهرة، وفي عكسه) أي وفي عكس ما ذكرناه (الحكم بالإسلام تبعاً) أي ينال الحكم بالإسلام تبعاً (وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها) أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة، كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام، وهو التحقيق عندي أيضاً بأن يراد من هذا الكلام. قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال: ولقاتل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلّف بالدين مانع قوي؛ ألا يرى إلى كفر آباءه مع ظهور دلائل التوحيد، وقد تقدم في الحضانة أن الذميمة أحق بولدها

وصورته معروفة، وإنما لا يبطل إذا تقرّر سببه ولم يتقرّر لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفاً، وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشتري لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفاً لمحلّه لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل، بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتمل النقض، وهذا يصلح مخرجاً: أي حيلة على أصل أبي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره. قال: (وإذا كان

القائم، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مر في الطلاق، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها لأن فيه

المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقاتل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَلْعَبْدٌ مَوْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] بأن قال فيه بحث. لأننا نقول: إن الإيمان ليس خيراً من الإشراك حتى يخالف، بل نقول: كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية، وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية، فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى. أقول: ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الإيمان خير من صفة الإشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض، بل مراده أنه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وإن كان رقيقاً خيراً من المشرك وإن كان حرّاً. أما على كون الأمة والعبد في قوله تعالى: ﴿وَلَا مَؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] وقوله تعالى: ﴿وَلْعَبْدٌ مَوْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] محمولين على ظاهرهما: أعني الرقيق والرقية كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف: يعني أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خيراً من الكافر ولو كان معه شرف الحرية، فإن شرفها لا يجدي نفعاً مع الكفر، ودناءة الرق لا تضر مع شرف الإيمان انتهى، فالأمر ظاهر. وأما على كون الأمة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمه عامين للحر والحرّة أيضاً كما ذهب إليه صاحب الكشف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين: أي ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة، وكذلك: ﴿وَلْعَبْدٌ مَوْمِنٌ﴾ [البقرة: ٢٢١] لأن الناس كلهم عبيد الله وإماؤه انتهى، فلأن الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعاً فيكون خيراً من مشرك وإن كان حرّاً، ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسألتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الإيمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم بإسلامه تبعاً مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب، وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور. ثم قال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥] يوجب دعوة الأولاد لأبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتل النقض فتعارضت الآيات. وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان^(١) نظراً لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود

الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني، وهو حرّ لأن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض هاهنا لأن النظر للصبي واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام: أي ينال الحكم به تبعاً وحرمانه عن الحرية، إذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقاتل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَلْعَبْدٌ مَوْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ﴾

قوله: (ولم يترجح جانب الإسلام) أقول: بلى ترجح خلافه.

(١) الأحاديث الدالة على ذلك كثيرة منها حديث ابن عباس «ليس منا من لم يؤثّر الكبير، ويرحم الصغير، ويأمر بالمعروف، وينه عن المنكر». أخرجه الترمذي ١٩٢١ والبيهقي ٣٤٥٢ وابن حبان ٤٥٨ أحمد ٢٥٧/١ والبراز والطبراني باختصار كما في المجمع ١٤/٨ قال الهيثمي: في أحد إسنادي البراز قيس بن الربيع وثقه شعبة والثوري، وضعفه غيره، وبقي رجاله ثقات اهـ. وقال الترمذي: حسن غريب اهـ. وفي إسناد الترمذي ليث بن أبي سليم ضعيف.

وفي الباب من حديث عمرو بن العاصي أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٤ وأبو داود ٤٩٤٣ والترمذي ١٩٢٠ وقال عنه الترمذي: حسن صحيح اهـ. وفي تلك الأحاديث أيضاً حديث أبي هريرة قال: أبصر الأقرع بن حابس التميمي النبي ﷺ يُعَلِّمُ الحسن بن علي، فقال: إن لي عشرة من الولد ما قبلت أحداً منهم فقال نبي الله ﷺ: من لا يرحم لا يُرحم.

أخرجه البخاري ٥٩٩٧ وفي الأدب المفرد ٩١ ومسلم ٢٣١٨ وأبو داود ٢١٨ والترمذي ١٩١١ والبيهقي ٣٤٤٦ وابن حبان ٤٥٧.

إلزاماً على نفسها دون غيرها. (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنهما منه وصدقها فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة) لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة (وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من

والأصل عدمه؛ ألا يرى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى. أقول: فيه بحث لأن كون مدعي النسب أباً أول المسألة فذكره هاهنا مؤدًى إلى المصادرة، وقوله لأن دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء، لأن دعوته إنما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسألة أيضاً. وقوله وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان والنظر لهم لا شبهة فيه لأحد، لكن الكلام في أن ما يؤدي إلى الألف بالكفر المانع لأن وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم لا شبهة فيه لأحد، لكن الكلام في أن ما يؤدي إلى الألف بالكفر المانع عن الإسلام مناف للمرحمة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى. ثم إن صاحب الكفاية وتاج الشريعة قال في شرح قول المصنف ولا تعارض: أي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبداً لواحد وابناً لآخر انتهى. فكانهما أخذاً هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال: ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال القصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حرّاً. ابن النصراني إذا ادعى معاً ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى. والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالإسلام لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه، وفيما نحن بصدد لا تعارض بين الدعويين: أي دعوى الرق ودعوى النسب، لأنه يجوز أن يكون عبداً لواحد وابناً لآخر حتى يثبت الترجيح بالإسلام انتهى. أقول: فيه نظر لأن الذي يدعيه النصراني في مسألتنا هو بنوة الصبي له حرّاً لا مطلق بنوته له، وأن الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبي منه حرّاً كما صرح به في وضع المسألة لا ثبوت نسبه منه عبداً للآخر وإلا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معاً، بل لا يتصور النزاع بينهما رأساً، ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضاً بيناً فلا يتم التقريب. ثم إن في تحرير المصنف مانعاً آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لأن نظر الصبي في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلاً على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى، فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير، ألا يرى أن الترجيح بالإسلام واجب في النسب نظراً للصغير ونظر الصبي في هذا أوفر الخ. أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئاً آخر فكانه غافل بالكلية. وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال: فعلى هذا يكون قوله لأن نظر الصبي في هذا أوفر دليلاً على قوله فهو ابن النصراني لا دليلاً على نفي المعارضة، وقال: كذا سمعته من الإمام الأستاذ انتهى. لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حرّ بقوله لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً ولا تعارض، فلو كان قوله لأن نظر الصبي الخ دليلاً على ذلك أيضاً لكان دليلاً ثانياً فكان حقه أن يذكر بالواو، اللهم إلا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتهما) أي دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) أي للصبي. ونوقض هذا بغلام

ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوي؛ ألا ترى إلى كفر آياته مع ظهور دلائل التوحيد، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده. ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى ﴿ادعوهم لأبائهم﴾ يوجب دعوة الأولاد لأبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيات. وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لها كثرة فكانت أقوى من المانع، وكفر الآباء جحد والأصل عدمه؛ ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق، وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة. هذا، والله أعلم بالصواب. (ولو كانت

غيره فهو ابنتهما) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق

نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنتهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنتهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الإسلام. وأجيب بأن البيتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث أنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة. والجواب أنه تقوى بقوله ﷺ «البينة على المدعي»^(١) لأنه أشبه المدعين لكونه يدعي حقاً لنفسه، كذا في العناية. أقول: ولقائل أن يقول: إن تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الإسلام بألف نص، منها قوله ﷺ «الإسلام يعلو ولا يعلى»^(٢) (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا ادعت امرأة صبيّاً أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف: اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسألة (ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لأنها قدعي تحمّل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدّق إلا بحجة) يعني أن المرأة تقصد إلزام النسب على الزوج والإلزام لا بد له من الحجة، وسبب لزوم النسب وإن كان قائماً وهو النكاح لكن الحاجة إلى إثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة، ولا تثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة فلا بد لها من حجة، كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وإن أنكرت المرأة (لأنه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ: تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسألة المارة (لأن الحاجة إلى تعيين الولد) بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لأنه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال، فلا حاجة إلى إثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة)^(٣)

دعوتها دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنتهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنتهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في النبوة ولم يترجح جانب

(١) تقدم في أول كتاب الدعوى.

(٢) حسن. أخرجه الدارقطني ٢٥٢/٣ والبيهقي ٢٠٥/٦ كلاهما من حديث عائذ بن عمرو المزني وفي إسناده عبد الله بن حشر قال الزيلعي في نصب الرأية ٢١٣/٣: قال الدارقطني: وعبد الله بن حشر وأبو مجهولان وقال ابن أبي حاتم: في كل منهما: لا يعرف وله شاهد من حديث عمر بن الخطاب، وهو حديث الضب وعجزه... الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا في الضلال... أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، والطبراني في الأوسط كما في نصب الرأية ٢١٣/٣.

وفي إسناده محمد بن علي البصري. قال ابن حجر في اللسان ٢٩٢/٥: قال البيهقي الحمل فيه عليه، وروى عنه الإسماعيلي في معجمه، وقال: بصري منكر الحديث، ثم قال ابن حجر: صدق والله البيهقي فإنه خبر باطل. وورد من حديث معاذ رواه نهشل في «تاريخ واسط» ولفظه «الإيمان يعلو، ولا يعلى عليه» كما في نصب الرأية ٢١٣/٣.

وفي إسناده عمران بن أبان، وهو أبو مسلم الطحان الواسطي قال ابن حجر في التقریب: ضعيف. وورد عن ابن عباس موقوفاً أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار ١٥٠/٢ وفي المعاني ٢٥٧/٣ وعلقه البخاري في كتاب الجنائز ٢١٨/٣. فالحديث حسن لشواهد.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢٣٢/٤ من طريقين عن حذيفة بن اليمان قال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول، وهو أبو عبد الرحمن المدائني اه. وفي الإسناد الآخر محمد بن عبد الملك عن أبي عبد الرحمن عن الأعمش بن قال في التنقيح: هو حديث باطل لا أصل له وأسنده البيهقي في المعرفة إلى الشافعي مناصرة جرت بينه، وبين محمد بن الحسن مفادها أن محمد أخذ بقول علي في إجازة شهادة القابلة فأجابه الشافعي بقوله: إنما رواه عن علي رجل مجهول يقال له: عبد الله بن يحيى، والذي رواه عن ابن يحيى جابر الجعفي، وكان يؤمن بالرجعة.

قال البيهقي: رواه سويد بن عبد العزيز عن علي وسويد هذا ضعيف.

وقال إسحاق بن راهوي: لو صح حديث علي في القابلة لقلنا به ولكن في سنده خلل اه. نصب الرأية ٨١/٤ فالحديث ضعيف لأضعف طرقه.

صاحبه فلا يصدّق عليه، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه

فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما إذا كانت منكوحة، أما إذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، وقالوا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مرّ في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بيّنة أصلاً (لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها) وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة، هذا ما ذهب إليه عامة المشايخ واختاره المصنف. ومنهم من أجرى المسألة على إطلاقها وقال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملاً بإطلاق ما ذكر محمد، وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بيّنة ولم تجز منها بدون البيّنة. وجه الفرق أن الأصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه إثباته بالبيّنة كان القول فيه قوله من غير بيّنة وكل من يدعي معنى يمكنه إثباته بالبيّنة لا يقبل فيه قوله إلا بالبيّنة. وبيان هذا أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق إلا بيّنة لإمكان إثباته بالبيّنة، ولو علق طلاقها بحيضها والمسألة بخالها يقبل قولها من غير بيّنة لمكان العجز عن الإثبات بالبيّنة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة إثبات النسب بالبيّنة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بيّنة، ولا كذلك الرجل لأنه لا يمكنه إقامة البيّنة على الإحبال والإحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج إليها، كذا في الشروح. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن الرجل وإن لم يمكنه إثبات الإحبال إلا أنه يمكنه إثبات النسب، إذ قد تقرّر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسمع ممن يثق به في مواضع عديدة: منها النسب، وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولداً أنه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الإحلال والإحبال منه البتة، وإلا لما تسرر إثبات دعوة البتة من الرجل أصلاً: أي ولو كان هناك منازع شرعي، إذ لا يمكنه إثبات الإحلال والإحبال قطعاً، مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد وإثباتها شرعاً أكثر من أن تحصي، فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الإحلال والإحبال منه فلما أمكنه إثبات نسبه منه لزمه أيضاً إقامة البيّنة على الأصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب. وأما ثانياً فلأن الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسألتنا، لأن كون المدعي مما يمكن للمدعي إثباته بالبيّنة إنما يقتضي احتياج المدعي إلى إقامة البيّنة إذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسألتنا وإن كان مما يمكنها إثباته بالبيّنة كما بيّن إلا أنه مما لم ينكره أحد، لأن كلامنا فيما إذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوحة ولا معتدة، ولهذا قال المصنف في تعليل المسألة: لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها انتهى. فكيف يتصور القول باحتياجها إلى إقامة البيّنة فتدبر (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أي ادعت أن الولد ابنها

الإسلام. وأجيب بأن البيّنتين وإن تساوتا في إثبات النسب بفراش النكاح، لكن ترجحت بيّنة الغلام من حيث إنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين، لأن الولد يعبر بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد، وبيّنة من يثبت حقاً لنفسه أولى، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة. والجواب أنه تقوى بقوله ﷺ «البيّنة على المدعي» لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعي حقاً لنفسه. قال: (وإذا ادعت المرأة صبيّاً الخ) إذا ادعت المرأة صبيّاً أنه ابنها فإما تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة، فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب بينهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة، وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعي تحميل النسب على الغير

قوله: (والفرق الخ) أقول: يعني الفرق بين الرجل والمرأة.

يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة، وها هنا لا يدخل لأن

من ذلك الزوج (وصدقها) أي وصدق (الزوج) إياها (فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة) أي وإن لم تشهد امرأة على الولادة: يعني لا حاجة هاهنا إلى شهادة القابلة (لأنه) أي الزوج (التزم نسبه) أي نسب الولد (فأعفى ذلك عن الحجة) لأن النسب يثبت بمجرد إقرار الزوج بلا دعوى المرأة إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير، ومع دعوى المرأة أولى، وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير (وإن كان الصبي في أيديهما) أي في أيدي الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أي زعم الزوج أن الصبي ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنها من غيره) أي وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أي كان الصبي ابنهما معاً هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه، كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية إلى شرح الطحاوي، ثم إن هذه المسألة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضاً. قال المصنف في تعليلها (لأن الظاهر أن الولد منهما) أي من الزوجين الذين كان الولد في أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول: فيه شيء، وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد، وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد: أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة، ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبياً أنه ابنها إذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفاً، ففي مسألتنا أيضاً ينبغي أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أي من الزوجين (يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أي على صاحبه: يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو ببني وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر) أي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان (لأن المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة، وهنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير ممانعة لصحة الدعوى، حتى أن الصبي إذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه، وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح، فإن قالت بعد ذلك: هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا إن المناقضة لا تبطل دعوى النسب، كذا ذكره الإمام الترمذاني. وذكر في الإيضاح أن دعوى النسب إنما لا تبطل بالتناقض لأن التناقض إنما يكون بين المتساويين ولا مساواة، فإن دعوى النسب أقوى من النفي. وذكر فيه أيضاً: إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج، لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقاً للصبي فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب، وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسداً لأن الفراش قد وجد، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: الذي نقل عن الإيضاح أولاً من

فلا تصدق إلا بالحجة، وشهادة القابلة لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم، وقد صح «أن النبي ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة، وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، وقالوا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها، وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة. ومنهم من قال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا. والفرق هو أن الأصل أن كل من يدعي أمراً لا يمكن إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة، وكل من يدعي أمراً يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة، والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة، والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما، (ولو كان الصبي في أيديهما) أراد صبياً لا يعبر عن نفسه، فاما إذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر. قال: (ومن اشترى جارية فولدت ولدًا الخ) ختم باب دعوى النسب بمسألة ولد المغرور، والمغرور من وطئ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة

النسب لا يحتملها. قال: (ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطا امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً

تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعاً ونقضاً فتأمل (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده) يعني ولدت ولداً من المشتري (فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحققت نص عليه الإمام الزليعي في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لأنه ولد المغرور، فإن المغرور من يطا امرأة معتمداً على ملك يمين). والمعنى أو معتمداً على ملك نكاح (فتلد منه) أي تلد المرأة ممن يطؤها (ثم تستحق) بأن يظهر بالينة كونها أمة، هنا تم تفسير ولد المغرور (وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم)^(١) فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل، ولا خلاف أيضاً بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه، فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثله. وقال علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: عليه قيمة الولد، وإليه ذهب أصحابنا لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل. وتأويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه: يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، كذا في العناية أقول: يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته يتنافى ما ذكره المصنف من أن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة، فكيف يصلح ما ذكر في العناية لأن يكون شرحاً وبياناً لما ذكر المصنف؟ ويمكن الجواب عنه بأن يقال: إن اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه: يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية. فحاصل الشرح والبيان هاهنا أن السلف وإن اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص

وولد المغرور حر بالقيمة بالإجماع فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمطار أن ولد المغرور حر الأصل. ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إذا كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثله. وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: عليه قيمتها، وإليه ذهب أصحابنا، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل، وتأويل الحديث: الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، ولأن النظر من الجانبين واجب دفعاً للضرر عنهما فيجعل الولد حر

قوله: (وتأويل الحديث) أقول: أي على تقدير أنه حديث، والله أعلم.

(١) غريب. كذا قال الزليعي في نصب الراية ١١٠/٤.

وقال ابن حجر في الدراية ١٧٩/٢: لم أجده هكذا صريحاً اهـ. لكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع عن علي في رجل اشترى جارية فولدت منه أولاداً، ثم أقام رجل البينة أنها له قال: ترد عليه، ويقوم عليه ولدها، فيغرم الذي باعها ما غرها. وورد عن قتادة عن خلاص «أن أمة أتت طيباً، فزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، ثم إن سيدها ظهر عليها، فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها وجعل لزوجه ما أدرك من متاعه، وجعل فيهم السنة في كل رأس رأسين» اهـ. وفي الموطأ ٧٤١/٢ «أن مالك بلغه أن عمر بن الخطاب، أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرت رجلاً بنفسها وذكرت أنها حرة فتزوجها، فولدت له أولاداً، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم».

في حق مدعيه نظراً لهما، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (ولو مات الولد لا شيء على الأب) لانعدام المنع، وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه (ولو قتل الأب يفرم قيمته) لوجود المنع (وكذا

الدال على أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل (ولأن النظر من الجانبين واجب) إذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر، والأمة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضاً فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان، وإذا بأن يحيى حق المستحق في معنى المملوك ويحيى حق المغرور في صورته، كذا في الكافي (فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما) ودفعاً للضرر عنهما (ثم الولد حاصل في يده) أي في يد المغرور (من غير صنعه) أي من غير تعدّ منه، كذا في العناية (فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) فإنه أمانة في يد الغاصب عندنا لا يضمه الغاصب إلا بالمنع (فلهذا) أي فلأن المغرور لا يضمن الولد إلا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يفرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق في حق المستولد حرّاً ويعلق في حق المستحق رقيقاً فلا يتحول حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك، كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم اعلم أن ولد المغرور إنما يكون حرّاً بالقيمة إذا كان المغرور حرّاً، أما إذا كان مكاتباً أو عبداً مأذوناً له في الزواج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً لمحمد، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان (ولو مات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شيء على الأب) أي ليس على الأب شيء من قيمته (لانعدام المنع) إذ المنع إنما يتصور بعد الطلب، فإذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن، كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فإنه لا يضمن قيمته، كذا في الكافي (وكذا لو ترك مالا) أي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثاً لأبيه فأخذه أبوه لا يجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شيء، لأن المنع لم يتحقق، لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لأن الإرث ليس يبدل عنه) فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه (والمال لأبيه، لأنه) أي الولد (حر الأصل في حقه) أي في حق أبيه كما مر (فيرثه) فإن قيل: الولد وإن كان حرّاً الأصل في حق أبيه إلا أنه رقيق في حق مدعيه فينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهما. قلنا: الولد علق حرّاً الأصل في حق المدعي أيضاً، ولهذا لا يكون الولاء له. وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، كذا في الشروح والكافي. أقول: ينافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفاً فليتأمل في التوفيق أو الترجيح (ولو قتل الأب يفرم قيمته) أي يضمها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتل غيره فأخذ ديتة) أي فأخذ الأب ديتة (لأن سلامة بدله له) أي لأن سلامة بدل الولد وهو ديتة للأب (سلامته) أي كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيفرم قيمته كما إذا كان حياً) وأما إذا لم يأخذ الأب ديتة من القاتل فلا يضمن شيئاً لأنه لم يمنع الولد أصلاً: أي لا حقيقة ولا حكماً، نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير. وذكر في المبسوط: فإن قضاء له بالدية

الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ودفعاً للضرر عنهما قوله: (ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل في يده من غير صنعه: يعني من غير تعدّ منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن إلا بالمنع وتمهيداً لاعتبار قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع، وأنه لو مات الولد لا يضمن الأب قيمته لانعدام المنع، وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضاً لأن المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه. لا يقال: ينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهما لأنه حر الأصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لأنه علق حرّاً الأصل في حق المدعي أيضاً ولهذا لا يكون الولاء له، وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، وأنه لو قتل الأب ضمن قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتل غيره وأخذ ديتة لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه، ومنع بدله كمنع نفسه فيفرم قيمته

لو قتلته غيره فأخذ ديتة)، لأن سلامة بدله له كسلامته، ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حياً (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه، بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع، والله أعلم بالصواب.

فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة. لأن المنع لم يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد، كذا في النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أي ويرجع الأب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لأنه أي بائعه (ضمن له) أي للمشتري (سلامته) أي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق، كذا في معراج الدراية، ويساعده تقرير صاحب النهاية. أقول: يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة في أن البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب، إلا أن المبيع في مسألتنا هي الأم دون الولد فلا يتم التقريب، فكان كثيراً من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لأنه ضمن له سلامته: يعني أن الولد جزء الأم والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى. أقول: ويرد على هذا الشرح أن البائع إنما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا يجزئه الذي يحدث بعد البيع، لأن مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح إدخال المعدوم في عقد البيع أصلاً فضلاً عن ضمان سلامته عن العيب، ولا شك أن الولد في مسألتنا ممن حدث بعد البيع. والحق عندي في هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور إن البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الأم عن العيب، فإن كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضاً لأن من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاه حراً الأصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمن البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية: أي بالثمن الذي آذاه المشتري إلى البائع فالضمير للمشتري. وقيل بثمن المشتري إذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد انتهى. واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلاثة المعنى الوسطاني حيث قال: كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها انتهى. وأقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه هاهنا، ولكن في تذكير الضمير هاهنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها: ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير: أي ورجع بقيمة الولد كثمن الأم (بخلاف العقر) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وحب عليه وأخذ منه المستحق (لأنه) أي لأن العقر (لزمه) أي لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة: أي منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوفى مجاناً، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطء مجاناً، كذا في النهاية وغيرها.

كما لو كان حياً ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها، بخلاف العقر فإنه يرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته، والله سبحانه وتعالى أعلم.