

(قوله ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل (٢٩٠) ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية الخ) قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب

على الإيعاق فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد ببيع فالوكيل باق على وكالته لأن ملكه القديم قد عاد إليه بالفسخ فتعود الوكالة وأن رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو أقالة لا تعود الوكالة لأنه ببيع في حق ثالث والوكيل نائب ما والوكالة تعلقت بالملك الأول وهذا ملك جديد بخلاف ما إذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله أن يبيعه ثانيا كما إذا كان البائع هو الموكل فرده عليه بذلك ولو وكله ببيع شيء فهو هبه المالك ثم رجوع بالهبة فليس للوكيل أن يهبه لأن الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب إلى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه ثانيا الماذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة بالبيع لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي مباشرة بالبيع لأن الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد وتصرف فيها بحكم الوكالة فإذا فسخ البيع والوكالة فاقعة جازله أن يبيع ثانيا صححها أما الوكالة بالهبة تنقضي مباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فإذا رجع في هبته فقد عاد إليه العبد ولا هبة ولا ووكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فأسره العبد وأدخله في دارهم ثم رجع إلى الموكل يملك جديداً أن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذ من المشتري منهم بالثمن أو بالقيمة من وقع في سهمه من الغائب فهو على وكالته لأنه بالأخذ بهذا الطريق عاد إلى القديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فإذا عادت الوكالة ولو وكله باعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعباد بالله ولحق بتدار الحرب ثم سببت وملكها لا تعود الوكالة لأنه ملك جديد غير الأول بسبب جديد ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة وهي ذات زوج فزوجه أو طلقها أو انقضت عدتها جازل الوكيل أن يزوجه من الموكل لأن هذه ووكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله أن يزوجه امرأة معينة فارتدت والعباد بالله ثم أسرت وأسلمت جازل الوكيل أن يزوجه إياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لما بناء على أن تسمية المرأة مطلقاً تنصرف إلى الحرمة عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجه الأمة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره ففسله فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم

الوكالة وكله بأن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انقضت الاجارة يعود على وكالته اه (قوله ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة الخ) قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنكاح بعد أن رقم لشرح السرخسي له ازوج فوكلت رجلاً بأن يزوجه من نفسه فلما طلقها وانقضت عدتها زوجه الوكيل من نفسه جازلت فقد صحح توكيلها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اه (قوله جازل الوكيل أن يزوجه من الموكل) لأنه أمره بالنكاحها إياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل إليه وصار كونه نص على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما تقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل اه غاية

كتاب الدعوى

كتاب الدعوى

قال رحمه الله (هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعى الشيء إلى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر لأن كل واحد من البيعة واليمين يحتاج إليه عند إضافة الشيء إلى نفسه إذا كان ثم منازع وهي في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه مطلقاً من غير تمييز منازعة أو مسألة مأخوذ من قولهم ادعى فلان شيئاً إذا أضفاه إلى نفسه إذا قال لي ومنه دعوة بالنسب بالكسر والدعوة بالفتح في الأدبية وقيل الدعوى في اللغة قول بقصد به الإنسان إيجاب الشيء على الغير إلا أن اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البيعة وبعدها يسميه محقلاً المدعى ويقال لسميئة الكذاب لعنه الله مدعى النبوة لأنه عجز عن اثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعى النبوة لأنه قد أثبتها بالمحجزة والدعوى اسم وليس مصدر والفاعل ادعى ففعل والمصدر ادعاء ففعال وألف دعوى للتأنيث فلا يتون وجعها دعاوى بفتح الواو لا غير كقنوى وقنواوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي ولا نص

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب بلع الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يفتضى سابقية السبب اه اتقانى (قوله في المتن هي إضافة الشيء الخ) هذا ركنها لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعى إلى

نفسه فكان ركنها اه (قوله ولهذا) أي ولاجل أن الدعوى لا تكون إلا حال المنازعة لا حال المسألة اه (قوله بقصد به الإنسان إيجاب الخ) لأنه يضيفه إلى نفسه فيقول اتى اه غاية (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

(قوله أو نعم) أي فإذا أوجب نعم يجب ما ادعاه المدعي بأقرار المدعي عليه وان قال لا يقول القاضي للمدعي أنك مينة فان قال لا يقول لك عينه فان طلب المدعي عينه استخلفه فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل لزمه الدعوى اه غايه (قوله في المتن والمدعي من اذترك الخ) قال الاتقاني وقال بعضهم صورته ذلك هو انه اذا ترك دعواه ترك والمنسكرو هو الذي اذا ترك دعواه لا يترك اه (قوله كالمودع الخ) سيما في قبيل قوله ولو اذنتي المنسكرو عينه ان المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يخلف على البنات اه (قوله وهو منسكرو للوجوب) أي لوجوب الضمان لانه يتمك بالاصل اذا الاصل في الذم البراءة اه (قوله وسبب (٣٩١) وجوب الخ) لان احكام الديون تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا

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

في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعي عليه جوازه وان يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غائب لا يوجب وأن يكون المدعي شيئا معلوما يمكن اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يوجب الجواب على المدعي عليه اذا كان المدعي مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صححت وترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا اؤنعم واقامة البينة واليمين اذا انكر قال رحمه الله (والمدعي من اذترك ترك والمدعي عليه بخلافه) أي لا يترك اذا ترك بل يجبر هذا لمعرفة الفرق بينهما وهي من أهم ما ينبغي عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حقه فتم اذ كررنا وهو حديث صحيح لكونه جامع للمعدود ما نعلم من دخول غيره فيه وقيل للمدعي من لا يستحق الاجحجة كالمخرج والمدعي عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل للمدعي من يتمس غير الظاهر والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر وقيل للمدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصح خصما بالتمسك في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما ومدعي عيانه لم يقل هو لي والمدعي عليه من يشتمل كلامه على النفي فيمكنني به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضله في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من يشهد بما في يده لنفسه فهو منسكرو ومدعي عليه وكل من يشهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما في يده لنفسه لغيره فهو مقتر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعي عليه هو المنسكرو والاخر هو المدعي وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحده كذا اذا عبرة للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة المدعي وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرصد وهو منسكرو للوجوب معنى فيصافه انه لا يلزمه رد ولا ضمانه ولا يخلفه على انه ردتها لان اليمين تكون على النفي ليحقق الانكار لانه ينسكرو للوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين أو براءة المطالب فان القول للمطالب مع انه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة لاننا نقول لسا اتفاقا على وجوب المدين صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه الايفاء أو الابرار مدعي بخلاف الاصل والمطالب ينسكرو فكان القول له أو نقول ان المودع أمين فيكون القول قوله في وضع الامانة موضعها كما في القاضي وأمينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذ كر شيأ علم جنسه وقدره) لان فائدتها الاضرار بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الاضرار في المجهول فلا يصح ولا يوجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها ووصفها وسبب وجوبها صححت الدعوى فيعترب عليها أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشيء المدعى ان لم يكن دينيا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صححت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فرىق منهم معرضون الحق الواعي من امتنع عن الحضور بعد ما طوب به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فان كان عينا في يد

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

لا تدل على هذه الاشياء) أى كالاندل البدل على النتاج فكانت ينة ذى اليد أولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد اه اتقانى (قوله فى المتن وقضى له ان نكل) قال الامام علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف قال علماؤنا رضى الله عنهم النكول حجة يقضى بها فى باب الاموال اه (قوله ويجوز أن تكون اللام فى قوله وقضى له معنى على) وعلى هذا فيكون الضمير البارز فى قوله له والضمير المستتر فى قوله نكل راجع للمدعى عليه وعلى الاول فضميره راجع للمدعى وضمير نكل راجع للمدعى عليه اه (قوله اول اجل التورع عن البين) قال الاتقانى ولان النكول عن البين يحتمل التورع عن البين الصادقة والتورع عن البين الفاسجة والتورع لاشتباه الامر والحتمل لا يصلح حجة اه (قوله كما فعل عثمان رضى الله عنه) أى حين ادعى عليه المقداد ما لا عند عمر رضى الله عنهم أجمعين اه (قوله ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم) قال الاتقانى ولنا اجماع الصحابة على القضاء بالنكول فان شيخ الاسلام أبابكر المدعو

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

بخواهر زاده قال فى مبسوطه روى عن عمرو عثمان وعلى وعبد الله بن عمرو بن عباس وأبى موسى الأشعري رضى الله عنهم أنهم قضاوا بالنكول روى ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك لخل محل الاجماع اه

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

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

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

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

ادعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بغير الطلاق وانقضاء العدة الرجعة في العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد انقضاء مدة الايلاء التي في المدة وأنكرت المرأة (٢٩٧) أو بالعكس أو ادعى الرجل على مجهول

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

وولاء وحدوا لعنان وقال القاضي الامام نضر الدين (رحمه الله تعالى) الفتوى على أنه يستخلف المنكر في الاشياء الستة) يعني في هذه الاشياء التي عدتها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجوز فيها الاستخلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لأن فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقرر ولا يمكن أن يجعل باذلا لانه يجوز من لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي أن يقضى بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لم يصح ولا يجب وكذا يجب القصاص به فيمادون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لم يصح ولا يجب فتعين أن يكون مقررًا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحودود واللعان ألا ترى أنه لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على أنه كاذب في الانكار ولو لا ذلك لما تنكح لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يعمل الى مثل هذه اليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك ومخافة لهواه وشيخ نفسه وابتار الرجوع الى الحق اذ هو اول من التمادى على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شيخ نفسه فأولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضروريه ولا يخيىفة رجه الله أنه بذل وابطاح وهذا الحقوق لا يجزى فيها البذل والابطاح فلا يقضى بها بالنكول كلقصاص في النفس والحدود واللعان وفي حله على البذل صيانة تعرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرار الجازم لم يبدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقره به فلان فادعى المكفول له على فلان دينًا فاستخلفه فنكح لا يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجده عيبا فباعه في النصف الاول فاستخلفه فنكح فقتضى عليه بالرد ثم أراد أن يرد النصف الآخر محتاج الى خصومة واستخلاف جديد اذا أنكر ولو كان اقرارا لما استخلف ما يباين كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركه واجبا به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تخليفه لنتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة السيرة والهديبة السيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان أمر المال بين بخلاف الاشياء السبعة وانما يجب على القاضي أن يقضى بالنكول بحكم الشرع لما أن المدعى كان له الشئ المدعى ظاهرا وأبطل المنكر بالتزاع والشرع أبطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة بتداء بناء على زعم المدعى أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع وإن كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالصكفاله والحوالة وانما يجب القصاص به فيمادون النفس لان مادون النفس يملك به ممتلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيدا ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتأكدة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأي فائدة أعظم منه ولهذا تنكح عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما يتأفها هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريح وانما صار

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

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

في الادعاء الاصل في هذا
 بذلا في المعنى على معنى انه تلمذ منع وان المدعى يأخذه محققا فلا يتبع بالشروع ثم الدعوى في هذه
 المسائل تتصور من احد الخصمين أيهما كان الا الحد واللعان والاستيلاء فانه لا يتصور ان يكون المدعى
 فيها الا المقتوف والمولى واختار نحر الاسلام على البرذوى قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر
 واختيار المتأخرين من مشايخنا على ان القاضى ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعمتا بحلقة أخذا
 بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول ابي حنيفة رضى الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس
 الأئمة في التوكيد بالخصوصة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالاخر فيقبل
 بغير رضاهم والا فلا وذلك الصذر الشهيد بدرجة الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا
 بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا يثبت له عليه يستحلف المولى
 حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عندهم هل تقبل بينة المدعى ينظر فان
 كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد
 وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى
 أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهم ان النسب لا يثبت بينهم
 الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة أما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كأنه هو المعتق
 واهذا الارث النساء الولاء ولو كان بواسطة ثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبير ولو كان بطريق الارث لما
 كان له كافي المال وكذا الوأعتق عبدا ثم مات المولى عن اثنين ثم مات الابن أحدهما عن ابن واحد
 والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهما يجعل كأنهم أعتقه وهو لو كان
 بطريق الارث لكان لابن الواحد النصف والعشرة النصف نصيب أبيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا

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

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

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

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

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

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

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره) أي لأنه لا يباح لعدم الفائدة يعني اذا قطع يدين قال اقطع يدي لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرج ثوبي أو تلف مالي لا يباح له لعدم الفائدة اه اتقاني (قوله في المتن وقيل لخصه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أي اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه

قوله بعد ولو كان غير يبالغ
 اه (قوله وفيه) أي في
 اعطاء الكفيل نظر للمدعي
 وهذا هو وجه الاستحسان
 اه (قوله ولا فرق في الظاهر)
 أي في ظاهر الرواية اه
 (قوله والخطير) لان اعطاء
 التكفيل لما كان مستحقا
 عليه لا يقع التفرق بينهما
 اذا كان معروفا أو لم يكن
 أو كان المال خطيرا أو حقيرا
 كاليمين اه اتقاني (قوله
 في المتن فان أبي لازمه) قال
 في الفتاوى الصغرى في
 مسائل العدوى المدعى اذا
 طلب من القاضي أن يأخذ
 من المدعى عليه كفيلا
 وأبي المدعى عليه اعطاء
 التكفيل فالقاضي يأمر
 المدعى بلازمته ثم قال
 وتفسير الملازمة (١)
 (قوله في المتن ولو كان غير يبالغ
 الخ) قال الاتقاني وأما اذا
 كان المطلوب غير يبالغ
 على اعطاء التكفيل وان كان
 ان أعطى كفيلا بنفسه
 مختارا يقبل ذلك منه وان
 لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك
 لان الكفيل يتبعه من
 السفر والذهاب **فرع**
 ذكر في الوقعات الحسامية
 في كتاب أدب القاضي في
 الباب المعلم بعلامة الواو

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والولي يدي العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه أصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر يبقى الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولا يي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الاطراف يسلك بهم مسلك الاموال حتى أبيع قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بأمره بخلاف النفس فانه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى فاذا سلك بهم مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال لأنه لا يجوز قطعها بالفائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصارت كقطع البذل لانه وقع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يجبس فيه كافي القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعى لي بيته حاضرة وطلب اليمن لم يستخلف) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستخلف وتجمع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يخلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يخلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله أن اليمن حقه بالحديث الذي رواه غرض صحيح في الاستخلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه في الحال بأقراره أو نكوله وفي البيعة احتمال فعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولا يي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمن مرتب على العجز عن إقامة البيعة على ما رواه فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البيعة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استخلافه مع حضور الشهود هتك المسلم اذا أقام البيعة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما توفى حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بحضوره ويجوز الدعوى كاستخلافه بجرد الدعوى ويجب أن يكون التكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا الاستحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد إقامة البيعة والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبي يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق في الظاهر بين الوجبة والخامل وبين الحفيرة من المال والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لي بيته حاضرة وان قال ليس لي بيته أو شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستخلاف في الحال فلامعنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبي لازمه) أي دارمه (حيث سار) أي ان أبي أن يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل بأمره بلازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غير بلازمه مقدار مجلس القاضي) أي الى

اذا شك الرجل فيما يدعي عليه ينبغي أن يرضى خصمه بشيء ويصلحه ولا يجبل باليمين احترازا عن الزقوع في الحرام أن وهو اليمن الكاذبة وان أبي الخصم الا أن يحلته فان كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك وقد كرهننا بهذا من مسائل ذكرها (١) هكذا في الاصل وكتب فيه الناسخ هنالم يكتب

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

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

أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يتراد عليه ولا ضرر في هذا التقدر ظاهراً وكذا اذا أخذ منه كفيلاً لا يؤخذ منه الامتداد مجلس الحياكم نأذ كرنا وله أن يطلب التوكيل بخصوصيته حتى لو غاب الاصيل بقيم البيعة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكفلاً فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعي دينان الدين يستوفي من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلاً بالمال فله أن يطالب كفيلاً بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعي متقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان المدعي عقاراً لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق الا اذا ألت الخصم) لمساروي ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمرو بن محلف بأبيه فقال ان الله تعالى فيها كم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت رواء البخاري ومسلم وأحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فليحلف الابانة أولي صمت وكانت قر يش تحلف بأبائهم فقال لا تحلفوا بأبائكم رواء أحمد ومسلم والنسائي وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الابانة ولا تحلفوا الاوأتم صادقون رواء النسائي وهذا الحديث باطلا لانه عن الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحلفه بما اذا ألت الخصم لانه بمبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعاً ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد والمدعى أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا أمرنا بأبائنا كرام الشهود والمدعى لا يجيب عليه اليمين لانه اذا أقام بيعة قال رحمه الله (وتغلظ بكراً وصفه) أي تؤكدا اليمين بكراً وصف الله تعالى وذلك مثل قوله وانه الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه اعلم بمتنع بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

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

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

النار وعند محمد بالله الذى ينقص عنه الا أنه يحتمل ويحترق عن عطف بعض الاسماء على البعض كىلا يشكر وعليه اليمين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه عين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغاظ جاز وقيل لا يغاظ على المعروف بالصلاح ويغاظ على غيره وقيل يغاظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غاظ عليه حلف من غير تغليب ونكل عن التغليب لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا بزمان ومكان) أى لا يؤكده عليه اليمين بزمان ولا بمكان وقال الشافعى رحمه الله ان كانت اليمين في قسامه أو لعان أو في مال عظيم يبلغ مائتى منقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن في المسجد ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حر جاع على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعى في اليمين فلا يشرع ولانه أحد ما تقطع به الخصومة فلا يختص بهم ما كالبينة قال رحمه الله (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسى بالله الذى خلق النار والوثنى بالله) لقوله عليه الصلاة والسلام لان صور بالاعور اليهودى أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حاكمكم الزنا في كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعتمدون نبوة نبيهم فيؤكده عليهم بذلك المنزل على نبيهم والمجوسى يعتمدون تعظيم النار فيؤكده عليه بذلك خالقها والوثنى وهو الذى يعبد غير الله تعالى يعتمدون أن الله خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أى حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف أحد الا بالله تعالى خالصا حسترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذ كر الخصاص أنه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيمها لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا والمذكور في الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم) لان فيه تعظيمها والقاضى ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويحلف على الحاصل أى

النار وعند محمد بالله الذى خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسيحاى في شرح الطحاوى وقال في الاجناس قال في الجرد قال أبو حنيفة ان لم يتمه القاضى اقتصر على قوله بالله الذى لا اله الا هو وان اتهمه حلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذى يعلم خائسة الاعين وما تخفى الصدور في حق المسلمين وأما في حق اليهودى يحلف بالله الذى أنزل التوراة على موسى وفي حق النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذى خلق النار ويحلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يحلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصرانى ولا بيت نارا للمجوس وانما يستحلفه عند القاضى ونقله عن أدب

القاضى والاصل أن فائدة اليمين النكول الذى هو اقراراً وبذوالكافر يصح منه الاقرار بالبذل فيتموجه عليه بالله اليمين كفى المسلم اه اتقانى (قوله في المتن على موسى) أى لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمته اه اتقانى (قوله على عيسى) أى لان النصرانى يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمته وان اختلفوا فيما بينهم أنما بن الله والمسبح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة اه اتقانى (قوله صوريا) بالقصر اسم أجمعى اه غاية (قوله أنشدك) أى أسألك اه (قوله بذ كر خلقها) كذا بخط الشارح وفي بعض الشروح بذ كر خلقها اه (فرع) قال في شرح الاقطع وأما الصائفة فان كانوا يؤمنون بأدريس عليه السلام استحلفوا بالذى أنزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذى خلق الكواكب اه اتقانى

(قوله بالله ما يشككنا كساح قائم) قال الاتقاني وهذا على مذهب مالان الاستحلاف (٣٠٣) لايجري في السكاح عند أبي حنيفة اه

(قوله الآن) قيد في جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة الاخيرة اه (قوله فان أنكر السبب) أي بان قال ما استقرضت ما غصبت اه (قوله وان أنكر الحكم) أي بان قال ليس له على هذا المال ولا شيء منسه اه (قول ثم الاتصاق بدار الحرب) أي والسبي بعد ذلك اه (قوله في المتن وان ادعى شفعة الخ) قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف روي أن رجلا ادعى على رجل عندنا سمعيل ابن جاد بن أبي حنيفة أنه اشترى دارا في جوارره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعي عليه الشراء فأراد سمعيل أن يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشترى الانسان ويسقط الشفعة شفعته فأراد استحلافه بالله ماله عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعي ان هذا يعتقد ان شفعة الجوارر غير واجبة فان استحلفته تأول ذلك فقال سمعيل للمدعي عليه ان كان الامر على ما يدعى من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع عن اليمين اه اتقاني (قوله في المتن والمستري أو الزوج لا يراه ما)

بالله ما يشككنا كساح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى السكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما تكنت ولا بالله ما بيعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طابقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برفع كالتلاق والاقالة والهبة والسكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيجعله على الحاصل كيلا يتضرر المدعي عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرورا لرفع لا يقبل منه فيحتمل بهذا الطريق ان لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على نفسه الا على نفي السبب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعي هو السبب الا اذا عرض المدعي عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقابلنا وشحوذناك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى انكار المدعي عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال نضر الاسلام يفتون الى رأي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برفع و ليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برفع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرقي يتكرر عليهم ما بالارتداد ونقض العهد ثم الاتصاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم الا يقبل منه الا الاسلام أو الواسيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل أن يدعى شفعة بالجوارر والمدعي عليه لا يراه او مثل أن تدعى المبتوتة النفقة والزوج لا يراه فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي قال رحمه الله (وان ادعى شفعة بالجوارر أو نفقة المبتوتة والمستري أو الزوج لا يراه ما يحلف على السبب) لما ذكرنا في خاصه ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهم الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعي أو كان سببا لا يتكرر حينئذ يحلف على السبب وعند أبي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض حينئذ يحلف على الحاصل لما بينا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبد افاذ عاه آخر) أي يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر أنه لا يحلف على البنات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيحلفه بذلك ضرر وهو محقق ظاهر افلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البنات لو وهب له أو اشتراه) يعني يحلف على البنات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرة ولو لم يعلم أنه ملك للملك له لما باشر السبب ظاهر افيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفتحص ظاهر افيطلق له الحلف على البنات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا ما لو ارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البنات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجرى فيما النيابة فلا يحلف على البنات والمستري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البنات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له فانما حلفهم على البنات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الخوافي هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المستري أن العبد أتى وفجوز ذلك فأراد المستري تحليف البائع فانه يحلفه على البنات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع للماعن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البنات ولانه انما يكون الخاف على فعل الغير على العلم اذا قال المتكسر لا علم لي بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البنات ألا ترى أن المدعى اذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البنات وكذا لو كيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

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

(قوله في المتن ولو افتدى المنكر الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير كرهافي كتاب القضاء قال الاتقاني وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدى بيمينه بعشرة دراهم قال جاز وليس للمدعي أن يستخلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك إن صالحه من يمينه على عشرة دراهم أما حوز الاقتداء فلما الخ: (١) وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمال مثل المدعي أو أقل من المدعي والصالح إنما يكون على أقل من المدعي في الغالب لأن الصلح ينشأ عن الخطيئة وكلاهما مشروع وهي مسألة الصلح على الإنكار فيجوز (٣٠٤) عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله اه (قوله وقيل كان

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

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

باب الخالف

(قوله في المتن اختلاف في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه اه هداية (قوله في المتن وإن برهنا فثبت الزيادة) يعني ادعى المشتري أنه اشتري هذه العين بعشرة وادعى البائع أنه باعها بمائة وعشر وأقام كل واحد بينة على دعواه أو ادعى المشتري أنه اشتري الكرين بعشرة وادعى البائع أنه باع الكرين بعشرة وأقام كل واحد منهما بينة على

باب الخالف

قال رحمه الله (اختلاف في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لأنه تورد دعواه بالبينة إذ البينة مبينة كسماها بقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها إذ هي متمسكة حتى لو جوب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وإن برهنا فثبت الزيادة) أي إذا أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كاه ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية إذا قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها ثبتت الحق له فيه والأخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وإن عجز ولم يرضى بدعوى أحدهما الخالف) أي إن عجز عن إقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعدم ما قيل لكل واحد منهما ما أتانا أن ترضى بما قاله صاحبه

ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى اه غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما اه (قوله والابينة المشتري أولى في المبيع) صورته ما قال في الشامل في قسم المسوط قال البائع بعثك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بمئتين وأقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لأن كل واحد منهما ما أثبت بينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة اه غاية (قوله وفي النهاية الخ) هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن اه (قوله والأخرى تنفيه) أي ما حق المشتري فثبتت في الجارية بأنفاهما فلم تثبت بينته له شيئا وإنما الاختلاف في حق البائع فبينة أولى بالقبول اه

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

(قوله والافسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والافسخنا في صورة الاختلاف في المبيع يقال البائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري والافسخنا في صورة ما اذا اختلفا فيهما ما قال لكل واحد منهما ما ذكره اه (قوله في المتن وبدئ بيمين المشتري) هذا اذا اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سيذكر في الاختلاف في الاجارة اه (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب اه (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أولا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولان المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يجبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبه المبيع أولى اه غايه وكتب مانصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري ان كان ابتداء بالخصومة وادعى على البائع ابتداء بيمين البائع وان كان البائع ابتداء بالدعوى ابتداء بيمين المشتري اه غايه (قوله لاستواءهم في فائدة النكول) أي لان كل واحد منهما اذا انكسر لا يلزم تسليم شيء في الحال اه غايه (قوله في المتن وفسخ القاضي الخ) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وان حلقا جميعا انتفى الثمنان فبقي يعالمان فيفسد فينتقض العقد فيما بينهما وانما (٣٠٥) ينتقض القاضي فيما بينهما اذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي

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

النتقض فاما بدون الطلب لا ينتقض وفرق بين هذا وبين الاعان وهو أن الزوجين اذا فرغا من الاعان فان القاضي يفرق بينهما سواء طلبا من القاضي أو لم يطلب لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا على ما قال عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج فيه الى طلب العبد وأما العقد وفسخ العقد حقهما فشرط طلب العبد لهذا وقال الامام الناصبي في

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

فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكك ولم يتقدم بيانه اه (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أى وضعت لاعتبار
 الاثبات اه (قوله فى المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال فى شرح أدب القاضى اذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت
 أولم تكن فانهم ما يتعالفان يحلف البائع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشتري على دعوى البائع فان نكل
 لزمه دعواه وهو البيع بألف درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه آنفا وأصل ذلك أن النكول فى معنى البذل وبذل الاعراض صحيح فاذا
 كان الناكل باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اه اتقانى (قوله لانه) أى النكول
 اه (قوله نحو أن يشتري الرجل من آخر زقا من الخ) هذا الفرع مذكور فى متن الكنز فى البيع الفاسد ويراجع الحاشية التى فى خيار
 الرؤية تتالعن الكمال عند قوله وللشترى لوفى (٣٠٦) الرؤية اه (قوله فكذا فى مقدار المقبوض) يعنى القول فيه القابض

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه فى القسامة بقوا له سهم ما قبلناه ولا علمناه فأنلا
 والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفي اشعارا بأن الحلف واجب عليه
 لانكاره وانما واجب على البائع والمشتري لان كلامهم متماثل لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ويدعى زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف فى أحدهما
 فأحدهما يدعى زيادة البذل والاخر ينكره والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم البذل على صاحبه
 عند تسليمه البذل والاخر ينكره فصار متدعيين ومتكربين فتقبل بيته كل واحد منهما لكونه متدعيما
 ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرًا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البذلين فظاهر وهو قياس وان
 كان بعده فخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الاخر
 ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والساعة قائمة بعينها
 تحالفا وترادا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقربا به أو باذلا فله ان اتصل به
 القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضا به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل
 فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانقراده وهذا الذى ذكرناه
 فى التحالف اذا كان اختلافهما فى البذل مقصودا أو أما اذا كان فى ضمن شئ آخر نحو أن يشتري الرجل
 من آخر زقا من الخ ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا
 زقى وقال المشتري هو زقى فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم فعمل هذا اختلاف فى
 المقبوض وفيه القول قول القابض فى نفس القبض والمقبوض فكذا فى مقدار المقبوض وان كان فى
 ضمنه اختلاف فى الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الرق وينقص بزيادة فالبايع يدعى زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف فى ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الرق قال
 رحمه الله (وان اختلفا فى الاجل أو شرط الخيار أو فى قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو فى
 بدل الكتابة أو فى رأس المال بعد اقالة السلم لم يتعالفا) والقول لانسكركم مع عينه أما الاختلاف فى الاجل
 أو فى شرط الخيار أو فى قبض بعض الثمن فلانه اختلاف فى غير المعنى ودعليه والمعنى فيه فاشبهه الاختلاف
 فى الخط والابراء ولهذا لا يحتل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون
 بمنزلة الاختلاف فى القدر حتى يجرى فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لاغير
 لكونه دينيا فى الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له ألا ترى أن الثمن وجودا وبدونه وكذا

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

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

اه اتقاني وكتب مانصه قال الاتقاني ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو أما أن يختلف في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلفا في أصله
 فالقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا والبينة في المسئلةين جميعا بينة المشتري لأنه يثبت الزيادة
 وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشتري أنه لم يرض والبينة بينته أيضا لأنه يثبت الزيادة وان اختلفا في المضى
 والقدر فالقول قول المشتري في المضى وفي القدر قول البائع فيجعل شهر المبيع والبينة بينة المشتري وهذا إذا كان المبيع عيناً فما إذا كان
 ديناً يعني السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والتراد عند علماء المالكية لأنه ما اختلفا في الممول بالشرط وتندزفر بحالفان
 ويترادان لان السلم لا يصح الا به فالاختلاف كالاختلاف في سنة السلم (٣٠٧) اه (قوله وفرق بين الاجل في السلم الخ)

ثم الاختلاف في أجل السلم
 لا يخلو وإنما ان اختلفا في
 أصله أو في قدره وفي مضيه
 أو فهم جميعاً أما إذا اختلفا
 في أصله فإنه ينظر ان كان
 مدعى الاجل هو رب
 السلم فالقول قوله قياساً
 واستحساناً ويجوز السلم
 وان كان مدعى الاجل هو
 المسلم اليه فالقول قوله
 أيضاً استحساناً ويجوز السلم
 وهو قول أبي حنيفة وقال
 أبو يوسف ومحمد القول
 قول رب السلم ونفسد المسلم
 وهو القياس ولو اختلفا في
 قدره فالقول قول رب السلم
 ولو اختلفا في مضيه فالقول
 قول المسلم اليه والبينة
 أيضاً بينته ولو اختلفا في
 قدره ومضيه فالقول في
 القدر قول رب السلم والقول
 في المضى قول المسلم اليه
 ولو أقاما البينة فالبينة بينة
 المسلم اليه على اثبات الزيادة
 وأنه لم يرض اه غاية قال
 في الجمع والمسلم اليه في
 دعوى التأجل مصدق

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

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

عليه ولفظ التراضي يدل عليه لان التراضي يكون في القائم دون الهالك ولانه يحتمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي لهما عن النبي صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع وبالحال تركه الراوي عن النبي صلى الله عليه وسلم القيد الى غفلة وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل به ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهذا ان الحد يثان هذا برويه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بما قيد لما ذكرنا والتخالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بيننا فلا يلحق به غيره فلا تعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بيننا ولانه بالتخالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يمتد بخلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وان البيع بألف يبصر بألفين بالزيادة في الثمن وبجسمائة بالخط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفتا في القدر مع اتحاد الجنس لان المتدعي أحدهما لا يثبت له العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بقرن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتناق على ثمن وهذا اتفاق على ألف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ به بالتخالف ولو كان مختلفا لم يصح كالأدعي أحدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما ببقاء العقد وعليه ولهذا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والافقيته وانسلم في التخالف هنا فائدة لان المقصود في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عن ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمة كما يسلم له بالثمن اذ لم يفسخ فلا يعتمد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كما أقر بألف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعثني هذه الجارية فانكر وقال ما يمتكها او انما زوجه فكيف فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم مالك المين خلاف حكم الزوجة وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فائدة لان ما يعبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أي فائدة كانت واما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمدعى كور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدروري فيها لا يتخالفان الا أن رضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المتوسط وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يثب له وقال قاضيخان وذكري الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وقال أبو يوسف رحمه الله يتخالفان في الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتخالفان في الهالك ويكفون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتخالفان عليه ما يفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التخالف عند هلاك البعض أولى أن لا يمنع ولا يبيد رحمه الله ان امتناع التخالف الهالك فية قد يرد ولا يبيد حقه الله أن التخالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجمعها فلا تنسب السلعة به بدقوات جزء منها ولانه لا يمكن التخالف في القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتها والقيمة تعرف بالحزروالظن فيؤدى الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن رضى البائع أن يترك حصة الهالك فينشد يكون الثمن كله بمقابلة الحى ويخرج الهالك عن العقد فيكون كان العقد وقع على هذا

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(قوله ونظر الاسلام) ليس كذلك بل الذي ذكره نظر الاسلام أنه لغيره كذا نقله لم يكتب المحقق

فصل أي فيمن لا يكون خصما **ب** لماذا ذكر أحكام من يكون خصما (٣١٣) شرع فيمن لا يكون خصما وقد تم الاول

لان الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة بخبر الكلام الى ذكر من لا يكون خصما فذكر بعده اه اتقاني (قوله في المتن وبرهن عليه) فان لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة الاعلى قول ابن أبي ليلى لانه ممتهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسع من غير حجة (قوله في المتن دفعت خصومة المدعى) قال الاتقاني هذه مسألة القدوري ثم قال هذا الذي ذكره القدوري اذا كان العين قائما ما اذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الاشياء الا ترى الى ما ذكر في الجاهع في باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك في يده عبد فادعى انسان عليه ضمان العبد واقام ذوالبيئته انه كان وديعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لانه يدعى الدين في ذمته ويجوز ان يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا اه وقد نص الشارح على حكمه هلاك العين فربما من هذه القولة في الشرح بقوله فصار نظير ما لو ادعاهما بعد هلاكها يعني فانه لا تندفع الخصومة فيه بالاتفاق فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على

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

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

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

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

والخصومة الخ) قال الاتقاني فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لانعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذى البدن من جهة غير المدعى فثبت أن يده يذغره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو أقر المدعى بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البيئنة ما لم يذكر اسم الغائب ونسبه لان ذال اليد خصم باعتبار اليد وهو ملك نقل الخصومة الى غيره أما لا يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعى ومتى صار الغائب معروفاً بالاسم والنسب كان نقلاً واذالم يصير معروفاً لا يتمكن المدعى من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعى وان قال الشهود أودعها رجل لانعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذواليد اعرفه بوجهه لاتندفع الخصومة لان هذه شهادة للجهول ولعل المودع هو المدعى فعلى اعتبار كون المدعى هو المودع لاتندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذواليد اخذناه لاعرفه بوجهه لاتقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذواليد فصار مكذباً بهم في بعض شهادتهم فان قال ذواليد اعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أودعها رجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدعى أنه أقر أن رجلاً دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبيئنة كالثابت بمعينة ولو أقر المدعى عند القاضي أن رجلاً دفعه اليه لاعرفه

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

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

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

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

باب ما يدعيه الرجلان

لماذا كرر فيما تقدم دعوى
 الواحد شرع في دعوى
 الاثنان لان المثني بعد الواحد
 اه غايه (قوله وعن الشافعي
 انهما تهما تران) أي ويجب
 القسمة بينهما على قوله
 اه غايه

باب ما يدعيه الرجلان

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

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

منهما انهما ملكه ولم يذ كر اسبب الملك ولا تاريخه فضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما يتها تان وعنه أنه يقرع بينهما لان احدي الطائفتين كاذبة يتقن لاستحالة أن يملك شخصان عينا واحدا كل واحد منهما كماهما فتعين التامر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح أو المصير الى القرعة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أفرع بين رجائين تنازعا في أمة وأقام كل واحد منهما بينة أنه قال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بهما المخرجت فرعته ولان القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضى لاعدلها بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل أقوى في الحجة فلا يراجه الضعيف وقال الاوزاعي يقضى لمن كان شهوده أكثر عددا لان طمأنينة القلب الحاصلة به أريح ولنا ما روى عن أبي موسى أن رجلاين ادعيا بغيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود وعن أبي موسى أن رجلاين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فعملها بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائي وأحد وغيرهم ولا نهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كما لو صلى لهما بأن أوصى لكل واحد منهما بالثلث فإنه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التامر ولان البيئتان من حجج الشرع فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن هنا لان الايدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فبعث كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالنسب فيبينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أفرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت كان القصار مباحا ثم انسخ بالتمسك القمار ألا ترى أن القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطبيب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق ألا ترى أن اللام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأه مسقطا وهي لمن صدقت أو سبقت بينته) يعني لو أقام اثنتان بينة على ان هذه المرأة زوجته تم تارت البيئتان لتعذر القضاء بهما اذا النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما فيجب اعتبار قولها ان أحدهما ازوجها أو أسبقهما نكاحا اذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لان تمككه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الآن بغير الاخر البيئته أنه تزوجهما قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصارت نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأه فأقام بينة فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيما بعد لم يكن أقوى لاتصال القضاء بهما وهو المراد بقوله أو سبقت بينة أحدهما لانها لما سبقت وحكم بها تأن كدت فلا تنقض بغير المؤكدة الا اذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فيثبت تكون أولى لان الثابت بالبينه كالثابت عينا فاصوله أنه ما اذا تنازعا في امرأه فأقاما البيئتين فان أتما وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يدر تخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل نصفه بيده ان شاء) أي لو أقام كل واحد من الخارحين بينة على الشراء من ذي اليد بالتاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانها استويا في السبب وجب على القاضي أن يقضى بينهما التعداد القضاء بكله لكل واحد منهما على ما ينفخه كل واحد منهما) أي فان اختارا لاخذ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال الخارج اولى اه اتقاني (قوله وفيه الاقدم) أي سواء كان البيع واحدا أو اثنين اه (قوله ولو كان المدعى الخ) الخ الحاصل أن الخلاف متحد فيما إذا كان المدعى في أيديهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق وفيما إذا كان في يد أحدهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق اه (قوله والمسئلة) مجالها) يعني به قوله ولو كان المدعى في أيديهما اه كأي (قوله وهي ما إذا أقاما) أي الخارج وذو اليد اه وكتب مانصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي وإذا كانت الدابة في يدي رجل فادعى رجل أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام الذي في يديه البينة أنها دابته نتجها عنده فانه يقضى به للذي هي في يديه أخذ هذا بالسنة والقياس أن لا يقضى باحدهما منهما لانهما متعارضان في الاثبات ونس أحدهما بأولى من الآخر لكننا نرد القياس بالسنة وهو ما روى محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقه في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها عنده وأقام الذي هي في يديه أنه ناقته نتجها عنده فانه يقضى به للذي هي في يديه

نالت ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبض من غيرهم وأقاموا البينة قضى بينهم أرباعا سواء كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملكه مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهننا على النتائج وسبب ملك لا شكرا أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث أما في الاولى فالمدعى كقول أبي حنيفة وأبي يوسف رجعا لله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا لان البينة في الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوي فيها التقديم والتأخر فصارا كأنهما أقاما على الملك المطلق بخلاف ما إذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لانهم يثبتان الحدوث وفيه الاقدم أولى ما لم يدع المتأخر التلق من جهة المتقدم ووجه قوله ما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلق من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بيئته تثبت غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبيئات للاثبات فكانت بينة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بل احتمال وفيما إذا أرخت بينة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يراحم المتيقن فصار كما إذا أرخت أحدهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تضمن هنا الاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد حديث يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها الا إذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما لما بينا أن بينة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد فهو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو أرخت أحدهما دون الاخرى والمسئلة بمجالها كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكمية فيكون بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله هو للأورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجح بالتيقن وأما الثانية وهي ما إذا أقاما البينة على النتائج أو على سبب آخر لا يتكرر فلأن بيئتهما أقاما على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترخت بيئته صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة لتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يقيد ذكره من أحدهما أو منهما المتحد التاريخان أو اختلافهما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى والقياس أن يكون الخارج أولى لانهما استويا في اثبات أولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبان تهارت البيئتان ويترك في يد ذي اليد على وجه القضاء لان أحدهما كاذب بيئته لاستحالة نتاج دابة من دابته فنظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روى أنه علمه الصلاة والسلام قضى لذي اليد بناقة بعدما أقام الخارج بيئته أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فبأثباتها يندفع الخارج وبيئته صاحب اليد مقبولة للدفع لا ترى أنهم ما أرخا في دعوى الشراء وبينة ذي اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجعا لله لانهما في ضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والجارة والعارية حيث تكون بيئته الخارج أولى وان ادعى ذو اليد النتائج لان بيئته الخارج في هذه الصور أكثر اثباتا لانها تثبت الفعل

تجها عنده وأقام الذي هي في يديه أنها ناقته نتجها عنده فانه يقضى به للذي هي في يديه (قوله لا على وجه القضاء) يعني بخلاف ذو اليد الخارج على ما سيجي قريبا اه (قوله فيكون مساويا للخارج فيها) أي في دعوى النتائج اه على

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذي ذكره الشارح من الرداعيا شوجه على (٣٢١) عيسى لو كان عيسى شارحا لكلام محمد أما اذا

كان ما قاله عيسى مذهبا له
لا الحمد كيف برده عليه
بذهب محمد اه قارئ
الهداية (قوله يصار الى
التخليف) أي تخليف ذي
اليد للخارج عند عيسى
وعندنا لا يخلف لانه يقضى
بهم الذي اليد قضاء استحقاق
اه (قوله وسبب ملك
لا يتكرر) يعني اذا أقام
البينة على نسج ثوب فيما
لا يتكرر نسجه كغزل
القطن كان ذواليد أولى
لان ما لا يتكرر في معنى
التناج وهو لا يتكرر وكذلك
حلب اللبن فاذا أقام كل
واحد منهما البينة أن هذا
اللبن حلب في ملكه وكذلك
اتخاذ الجبن بان أقام كل
واحد منهما البينة أن الجبن
له صنعه في ملكه وكذا
اتخاذ البسود والمرعى انه
صنعه في ملكه وكذا
الصوف اذا أقام رجل
البينة أنه صوفه جزء من
عتمه وأقام ذوالبيدة على
مثل ذلك كان ذواليد أولى
اه اتقاني (قوله وذلك
مثل حلب اللبن) أي كما اذا
قال حلب هذا اللبن في
ملكي اه فرشتا (قوله
واتخاذ الجبن والبسوخ)
قال الاتقاني وكذلك
الغرس وزراعة الحبوب
فتكره فانه يغرس في موضع
ثم يقطع ويغرس ثانيا وكذلك
الحبوب تزرع ثم تغربل

على ذي اليد وهو الغصب وأشبهه انه هو غير ثابت أصلا وأولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فيكون ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه أولى اذا البينة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لان محمد اذا كرفي خارجين أقام كل واحد منهما البينة على التناج أنه يقضى به بينهم ما ولو كان الطريق ما قاله هولتهما ترنا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما والسواقط في يد الآخر وأقام كل منهما البينة على التناج يقضى بهما والسواقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل واحد منهما ما في يده وغيره ما قاله تظهر في التخليف لانهما اذا تهما ترا يصار الى التخليف ولو أقام الخارج البينة انه اشترا من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذواليد البينة أنه اشترا من فلان آخره انه ولد عنده كان ذواليد أولى لان كل واحد منهما خصم في اثبات تناج بآئمه كانه خصم في اثبات الملك له ولو حضر البائعان وأقاما البينة على التناج كان صاحب اليد أولى فكذا من قام مقامهما ولو أقام أحدهما على الملك والآخر على التناج كان صاحب التناج أولى أيهما كان لانه ثبتت أولية الملك وبعده لا يمكن غيره الا بالتلقي من جهته وكذلك لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على التناج يقضى له الا أن يعيدها وذواليد لان الثالث لم يصرم مقضيا عليه فجاز له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البينة على التناج تقبل بيته ويقض القضاء لان الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئا لان ملك ذي اليد ثبت بالتناج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لان التناج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل أن يكون له من الاصل بل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فامكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فعمل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بيته ذي اليد فاذا لم يصرم مقضيا عليه في حق التناج تقبل بيته كما تقبل بيته الاجنبي لانه بمنزلة نص تركه بخلاف ما اذا ادعى ذواليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا آنفا فصار الاصل أن من صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها والاقتضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم التناج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن والبسود وحز الصوف والمرعى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الحز والبسود والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخبز والصوف والشعر اذا بلاية قضى ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذواليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكه لهذا الطريق بل يمكن في معنى التناج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البناء والغرس والزراعة تأتي في التكرار وان أشكل عليهم يسئل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون والواحد منهم يكفي والاحوط الاثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر التناج فلا يلحق به الا ما هو في معناه من كل وجه بشرط أن يبين في الدعوى نصا أن ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما ما وذواليد وحده نسجت هذا الثوب أو نسجت هذه الدابة عند ذي كان الخارج أولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وأن الدابة ولدت في ملكه فبقى دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى ولا تقبل بيته ذي اليد حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا جبنى اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذته هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلب منها لبسه ملكي كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبسه في ملكي كان ذواليد

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

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

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

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

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

لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها بان كان أحدهما متواترا والآخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجمل ف يرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كها وبورها فلاول ربها والباقي للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهم في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم مدعى الكل ثلاثة ارباع ومدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وقال تقسم الدار بينهما أثلاثا فالثلثان لمدعى الكل والثلث لمدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضدادا بينهما مختصرا فنقول ان جنس القسمة على أربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بمادون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمجانبة والدرهم المرسله والسعيابة والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة فصولي باع عبدا غييره من رجل وفصولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختر المشترين الاخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولين اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احدها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كها وهي مسألة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعبدين غيره ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبدا ذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة قد ين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقسمان الثلث على الخلف الذي ذكرنا

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

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

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

والثانية إذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان عنسه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا ولقتول عمدا وليان فعفا أحدهما فدفعت بينهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الخاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاهما وأجنبيان عمدا والكل واحد منهما مولىان فعفا أحدولي كل واحد منهما على التعاقب فاتفق تسعي في ثلاثة أرباع قيمتها فقس بين السائكتين فيعطي الربع لشريك العاقب في النصف الآخر بينه وبين شريك العاقب أو لأثلاثا ثلثا لشريك العاقب أو لأثلاثا لشريك العاقب آخر النصف الآخر بينهما أرباعا ثم الأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثابت في العين على وجه الشروع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والأصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشروع في وقت واحد كانت القسمة على العول وإن ثبتا على التمييز وفي وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الأصول وعمام تفريغها مذكور في شرح الزيارات لقاضيخان قال رحمه الله (ولو كانت في أيديهما فمضى للثاني) أي لو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئول بمجالها كانت كلها لمدعى الكل لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده لم تكون يده مدعى محقة لأن جعل أمور المسلمين على العسمة واجب ولولا ذلك لكان ظالمًا بالأمسالة فاقترضت دعواه على ما في يده ولا يدعى شيئا مما في يد صاحبه ومدعى الكل يدعى ما في يده نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فمضى في يده فمترك في يده الأعلى وجه القضاء واستوت منازعتهم ما في يده صاحبه فكانت بينته أولى لأنه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك الأعلى وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال رحمه الله (ولو برهننا على نتائج دابة وأرتطقت في من وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنهما فترجحت بينته بذلك وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتائج من غير تباريح حيث يحكمهم الذي اليدان كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث قال رحمه الله (وإن أشكل ذلك فلهما) أي إن أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين يقضى لهما بالان أحدهما ليس بأولى بهما من الآخر وهذا إذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث وكذا إذا كانت في أيديهما وإن كانت في يد أحدهما يقضى بها لصاحب اليد لأنه لما أشكل الأمر سقط التاريخان فصارت كانهما لم يورخا وإن خالف سن الدابة التاريخين بطلت البيئتان لأنه ظهر كذب الفريقين فمترك في يده من كانت في يده والأصح أنهم لا يبطلان بل يقضى بها بينهما إن كانا خارجين أو كانت في أيديهما وإن كانت في يد أحدهما يقضى بها الذي اليدان اعتبارا ذكر الوقت لحقهما أو حقه ما هنا في اسقاط اعتباره لأن في اعتبارهما اسقاط حقه ما فلا يعبء فصار كأنهما ذكر التاريخين من غير تباريح وقبه صاحب اليد أو في إن كانت في يد أحدهما والافهسي بينهما كما إذا أشكل في موافقة سنهما أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد والأول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ

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

المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فان كان على غير الوقتين أو كانت مشكلة فاني أفضى بينهما منصفين ثم قال هكذا ذكر محمد ثم قال
 قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم بجوابي الاحدى المستثنتين وهي قوله أو كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة فيحصل أن يكون من الدابة
 موافقا للوقت كل واحد ومخالفا للوقتين بكدب أحد الفريقين وقد استوياني في الدعوى والخجة فيقضيهما منصفين فأما متى كان على
 غير الوقتين فإنه لا يقضى لهما بشئ لأن القاضي يثق بكدب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع
 أيضا ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روي أبو الوليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى
 بينهما منصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ ويترك في يدي اليد قضاء متركه فكأنهما لم يقميا البيعة ومنهم من يقول بأن الالف
 في قوله أو كانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب فكانه قال وان كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني
 يجوز أن يكون موافقا للوقتين ويجوز أن يكون مخالفا فاما متى كان مخالفا للوقتين (٣٣٥) يقين فإنه لا يقضى لهما بشئ ويترك

في يدي اليد كما في حالة
 الانفراد اذا خالف سن
 الدابة الوقت يقين فيحصل
 ما ذكر محمد على أحد هذين
 التأويلين كذا قال شيخ
 الاسلام خواهر زاده في
 مبسوطه اه اتقاني (قوله)
 لان الوديعه تصير غصبا
 بالجود أي فصار دعوى
 الوديعه والغصب سواء اه
 (قوله فإنه يختص بالملك)
 أي فصار كالو تنازع في الدار
 أحدهما ساكنها والآخر
 آخذ بملقة الباب أن
 الساكن أولى وكذلك اذا
 تنازع في بعر وعليه حمل
 لاحدهما كان صاحب
 الحمل أولى لان ههنا ظاهرة
 وتصرفا اه اتقاني (قوله)
 حتى جازت الشهادة اه أي
 اصحاب اليد اه (قوله)
 وكذا لو كان أحدهما الخ
 قال الامام الاستيخاني في

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

شرح الطحاوي ولو كانا جاعرا راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضى بالدابة بينهما بالاجماع وروي عن أبي يوسف أنه
 قال يقضى بالدابة للراكب في السرج الى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر المعلى
 رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر يذيق فادعيا الدابة فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما منصفان
 فعلى عماد كوفي شرح الطحاوي والاجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما منصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما
 راكبا في السرج والآخر يذيقه فالراكب أولى من الرديف فذالك على روايه النوادر اه اتقاني (قوله دليل على تقدم يده) أي ولان
 العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعلق بالذنب) أي فانه قد
 يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجلوس ليس بيد عليه) وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اه اتقاني (قوله والآخر مسك
 بسكانها) قال في المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

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

الحائط ما بين الاله وصار كائنين تنازعا في دابة أحدهما اركبها والاخر أخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانها في يده وللاخر بها فوقع تعلق كذا هنا فان كان له عليه هراذى أو بواردى لم يستحق بها شيئا وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعماله لانه بنى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهراذى لكنه لا يؤمر برفع الهراذى والبواردى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير نظرا وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما ولا اخر عليه جسذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان في يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوت عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفي الأجر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط لاحدهما الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التبريع أ: ل على سبق البدن وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا حتى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتبريع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لان التبريق يكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملو كالغيره فلم يكن هذا من ضروراته ٨١ اتقانى

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

ثبوت عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفي الأجر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط لاحدهما الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التبريع أ: ل على سبق البدن وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا حتى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتبريع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لان التبريق يكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملو كالغيره فلم يكن هذا من ضروراته ٨١ اتقانى

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

﴿ باب دعوى النسب ﴾

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

يكون موروثا بينهما
 ويحتمل أن يكون غير
 موروث لا يقسم احتياطا
 وعندهما يقسم بدون
 البيعة فهنا أولى ومنهم
 من قال ما ذكره هنا قول
 الكل فلا يقسم لأن القسمة
 نوعان قسمة بحق الملك
 لتكامل المنفعة وقسمة بحق
 الدلائل الحفظ والصيانة
 والعقار غير محتاجة إلى
 الحفظ فأن ثابت الملك
 لا يقسم حتى لو كان في
 أيديهما شيء سوى العقار
 يقسم من غير إقامة البيعة
 لأن ما سوى العقار يحتاج
 إلى الحفظ والصيانة اهـ
 اتقاني رحمه الله (قوله قبل

هذا) أي قال بعض المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية

﴿ باب دعوى النسب ﴾

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

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

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

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

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

فيثبت الجاني ما قصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيسترد سلامتها للجاني وقد تعدر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجب بالضمان وكذلك لو فاق عين الام اه (قوله ثم ان قام هذا المانع) أى وهو الاعتاق والتدبير اه

(قوله فكذا العتق) قال في شرح الكافي ولو كان الأب أو باعها أو وهبها أو ورثها أو أجزأها أو تزوجها أبطلت جميع ذلك ووردت إلى البائع لأن هذه التصرفات مما يحتمل النقص بعد صحتها فلأن ينقض عند ظهور عدم الصحة أصلاً أو في اه اتقاني (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقاني أي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاء عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كافي ولذا المغرور فانه حر باقمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الأسواق اه (قوله وصححه) قال الاتقاني وقد ذهب (٣٣١) صاحب الهداية في هذا إلى ما ذهب إليه

شمس الأئمة السرخسي
وسماه الصحيح ولكن هذا
على خلاف ما نص عليه
محمد في الجامع الصغير وغيره
وقدمه أنفا اه (قوله)
ولا تصير الأمانة أم وولده) أي
لأن تصادقهما أن الوالد
من البائع لا يثبت كون
العقوق في ملكه لأن البائع
لا يدعي ذلك وكيف يدعي
والولد لا يبق في البطن أكثر
من سنتين فكان حادثاً بعد
زوال ملك البائع وإذا لم يثبت
العقوق في ملك البائع
تكون دعواه هنا دعوة
تحرير وغير المالك ليس
بأهله اه (قوله فلا ينفذ
الافي المالك) أي فلم يعتق
الولد اه (قوله ثم اعلم أن
الدعوة هنا الخ) قال الاتقاني
رجه الله ثم اعلم أن الدعوة
على ثلاثة أوجه دعوة
استيلاء ودعوة ملك ودعوة
شبهة أمادعوة الاستيلاء
فإنها دعوة فوبه تفضلي
المالك وغير المالك بشرط أن
يكون أصل العقوق في
ملكه لأن الحرمة تستند
إلى وقت العقوق وتوجب
هذه الدعوة فسخ ماجرى

فثبت نسبه من البائع ولا تضير أمه أم ولذله لأن العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي أن يبطل
اعتاق المشتري لأن نسب الولد ثبت مستنداً إلى وقت العتق فتبين أنه باع أم وولده فلم يملكها المشتري فيبطل
الاعتاق كولو ولدت الميمنة والدين في بطن واحد فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه
ثبت نسبه آمنه وبطل عتق المشتري لأنه لم يملكه ضرورة أنهم ما خلقا من ماء واحد ولهذا تبطل سائر
تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لا تانقول ثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت
النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الأمانة المنكوحه ولا تصير أم وولد
له بخلاف التوأمين لأنهم ما خلقا من ماء واحد فثبت لاحدهما من الأحكام ثبت الآخر ضرورة ثم إذا لم
يبطل عتق المشتري في الأم قبل البيع بردين الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرتد ما يخص الجارية بالاجماع
هناؤد كرافق لابي حنيفة رجه الله في الميسوط بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم فإن البائع فيها يرتد جميع
الثمن عنده وهنارتد ما يخص الولد فقط والفرق أن في الاعتاق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم
ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقى البيع صحيحاً فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل
الموت فإن زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبراً في حقه إذ لم يكن مكذباً شرعاً فيرتد جميع الثمن وفي
الاعتاق يرتد حصة الولد ثم جعل هنا للمولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البائع بسبيل
من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من
الثمن إذا استملكه البائع وقد استملكه هنا بالدعوة ولو كونه مستخر جامن العقد ومن المشايخ من قال يرتد
البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رجه الله كافي في فصل الموت لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن
بالعقد فيؤاخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو مخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع
الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرتد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمته ما
بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة
فعتبر بقيته عند ذلك قال رجه الله (وان ولدت لا أكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع إلا أن تصدقه
المشتري) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلدا لا أكثر من ستة ننتين من وقت البيع فكذلك أنه
لا تصح دعواه لعدم العقوق في ملكه بيقين وهو الصحيح إلا إذا صدقه المشتري فثبت النسب ويحتمل على
الاستيلاء بالنكاح لثبته نساً أن العقوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الأمانة أم وولده
لأن العقوق حادث بعد البيع ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير
فلا ينفذ الأفي المالك إذا لا قدر غير المالك على التحرير والثاني أن تلدا لا أكثر من ستة أشهر من وقت البيع
ولاق من سنتين منه فكذلك أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضاً الاحتمال العقوق بعد البيع فلم يوجد الصحيح
فيه بيقين فلم يصح إلا أن صدقه المشتري حينئذ يثبت نسبه تصادقهما فيه وتصير الأمانة أم وولده تبعاً للولد
ويبطل البيع لاستناد العقوق إلى ما قبل البيع لا مكانه فيبين أنه باع أم وولده وهذا لأن هذه الدعوة دعوة
استيلاء فستند ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالأب يدعي

من العقود إذا كان محلاً للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة الملك أن لا يكون أصل العقوق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير
الملك لأن الحرمة تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ماجرى في العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة الملك
كدعوة الأب والجارية ابنة وانما تصح بشرط أن يكون ملك الابن فاعتاق الجارية والولد من وقت العقوق إلى وقت الدعوة لأن حق التملك
ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لأنه لا ملك للأب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصح دعوته لحق ثبت له في مال
الابن مقتضى الدعوة سابقاً عليه ثم يستند إلى وقت العقوق كافي حقيقة الاستيلاء يثبت له الملك في مال ابنة سابقاً على الاستيلاء فيصحبها

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

ودعوة التحرير بقرينة على جارية ابنه وحكم كل قسم بشرطه مذكور في موضعه وصوره كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة احوال وان سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فان

كان السابق هو البائع فلماذا كرنا وان كان هو المشتري فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله اذا جاءت بالولد

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

عنه في الشراء بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير فكان اجماعا لان النظر من الجانبين
واحب اذا المغروور معذورا لانه في الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب
الاخر النظر فوجب الجمع بينهما ما أمكن مراعاة لطفهما وذلك بأن يجعل الولد حرا في حق الاب
ورقة في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه
يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول
الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا
يؤخذ من تركه لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دون الولد والمستحق عليه لانه علق حرا
الاصل وانما قدرنا الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضوعها ثم هذا الغروور ان كان في ملك اليمين فظاهر
وان كان في النكاح فان القاضي يقضى بها بولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها لانه ظهروا
انها للمستحق وقرعها يتبعها الا اذا ثبت الزوج انه مغروور بان يقيم البينة انه تزوجها على أنها حرة فيثبت به
حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لومات الولد قبل الخصومة
لا يجب على الاب شي لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان الولد المغصوب أمانة
عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملاك حقيقة وكذا لو ترك ما لالان
الارث ليس يبطل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل
وقبض الاب من دية قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنعه بدله كنعه
وان لم يقبض شيأ لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه
بقدره اعتبار البعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كافي بولد المغصوب اذا أنفقه
الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمان الجارية
وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع بعقرها من العقر بوطئها لان البائع صار كقيد بما شرط عليه من البديل
لان البسول مبيع على مساواة البديلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سأل البائع
وجب أن يكون المبيع سائلا للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كقيد بسبب تلك البسول فصار كأنه قال
للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعي باطل فاناضنا لك بما ضمنك ولان البائع التزم
سلامتها عن العيب اذا المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت
عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد
لمساوينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها كخذ عينا وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا
وكذا اذا تزوج رجل على أنها حرة ثم استحققت رجوع الاب على المزوج بقيمة الولد اذا استتلا دعوى على
التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف الملازم لهذا التزويج فيكون الاستتلا دينا على التزويج وشرط
الحرية فكان الشرط صاحب علة فنزل كالعقود أنا كقيل بما حلق بسبب هذا العقد أو يقال مالزمت من
الضمان ان مالزمت بالاستتلا والاسيتلا حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف
الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولدا ثم أقام مولاها البينة أنها أمة فقضى بهم انه فانه يقضى بالولد ايضا للمولى الجارية الآن يقيم الزوج البينة أنه
تزوجها على أنها حرة فان أقام البينة على ذلك جعلت الولد حرا ولا يسبل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون
هذا اغترابا منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فاما اذا شرط ذلك عند العقد بصير الزوج مغروورا فيكون ولده حرا ولا يسبل عليه وجعلت
على أبيه قيمته يوم قضى به لهدية في ماله دون مال الوالد اهـ

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

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

لمباشرة باختياره فينتفع به بسبب الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول

ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لباعه

الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري

الاول استحقه سليما ولم يوجد

والله أعلم

بالصواب

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



تم الجزء الرابع ويليها الجزء الخامس وأوله كتاب الاقرار