

كتاب الدعوى والبيانات

ش : الدعوى - قال ابن عقيل - الطلب ، قال الله سبحانه ﴿وَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾^(١) وزاد ابن أبي الفتح عليه : زاعما ملكه^(٢) .
وكأنهما يريدان لغة ، وقال أبو محمد في المغني : الدعوى أي في اللغة إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكاً أو استحقاقاً أو صفة أو نحو ذلك ، قال : وفي الشرع إضافة إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته ، والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه ، وقيل : المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره ، أو إثبات حق في ذمته ، والمدعى عليه من ينكر ذلك . وهو قريب من الذي قبله . وقال الشيخان في مختصرهما : المدعى من إذا سكت ترك . قال ابن حمدان وقيل : مع إمكان صدقه . ولا بد من هذا القيد - والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك . وقد يكون كل من الخصمين مدعياً^(٣) ومدعى عليه ، كما في الاختلاف في قدر الثمن .

٣٨٧٢ - والأصل في الدعوى قول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى

(١) سورة يس ، الآية ٥٧ .

(٢) انظر تعريف الدعوى في المطلع ٤٠٣ / المقنع ٦٥٤ / ٣ والمغني ٢٧١ / ٩ والمحرر ٢١٨ / ٢ .

(٣) في (ع) : كل الخصمين ، وفي (م س ي ت) : مدع .

عليه» متفق عليه^(١). وشرط المدعي والمدعى عليه التكليف والرشد، وجواز التبرع، قاله ابن حمدان، وهو أخص من قول أبي محمد: ولا تصح الدعوى إلا من جازت التصرف. والله أعلم.

قال: ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته، ولم تكن له بينة، فرق الحاكم بينهما ولم تحلف^(٢).

ش: إذا ادعى إنسان زوجية امرأة فلا يخلو إما أن تقر له أو تنكر، (فإن أقرت) له فهل يسمع إقرارها؟ وهو ظاهر كلام الخرقى، وصححه أبو البركات، لأنها غير متهمة في ذلك، لتمكنها من إنشاء العقد بشروطه، أو لا يسمع إقرارها؟ لأن ذلك مما لا يستباح بالبذل، وهو مفتقر إلى شرائطه، ولم يعلم حصولها، أو إن ادعى زوجيتها واحد قبل، لأنه لا معارض له، وإن ادعاها اثنان لم تقبل للمعارضة، وهي التي قطع بها في المغني، مع أنه حكى الخلاف في مختصره؟ (على ثلاث روايات) (وإن أنكرته) وثم بينة عمل بها بلا ريب، وإن لم يكن بينة فرق بينهما، لعدم ثبوت الزوجية، ولم تحلف الزوجة على المذهب المشهور المعروف، حتى قال أبو محمد: إنه رواية

(١) رواه البخاري ٢٥١٤، ٤٥٥٢ ومسلم ٢/١٢ وأحمد ١/٣٤٢، ٣٥١، ٣٦٣ وأبو داود ٣٦١٩ والترمذي ٤/٥٧١ برقم ١٣٥٩ والشافعي كما في البدائع ١٤٠١ وابن حبان كما في الإحسان ٥٠٥٩، ٥٠٦٠ وأبو يعلى ٢٥٩٥ والدارقطني ٤/١٥٧ والبيهقي ١٠/٢٥٢ من طريق ابن جريج، ونافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، وله شواهد وألفاظ عند الدارقطني ٤/٢١٨ وقد تقدم برقم ١٩٤٦، ٢٢٠٦ بعض الكلام عليه.

(٢) في (ي): ولم يكن بينة. وفي (ع م ي متن مغني): فرق بينهما. وفي (المتن): ولم يحلف.

واحدة، لأنه مما لا يباح بالبذل، فلم تستحلف فيه كالحذ
 (وعنه) ما يدل على الاستحلاف فيه، وجعله أبو محمد تخريجا،
 لعموم «ولكن اليمين على المدعى عليه»^(١) فعلى هذه هل يقضى
 فيه بالنكول؟ على روايتين^(٢).

(تنبيه) إطلاق الخرقى يقتضي أن من ادعى الزوجية سمع منه
 وإن لم يذكر شرائط النكاح، وهو قول قاله في المقنع تبعا
 للهداية، لأنه نوع ملك، فأشبهه ملك العبد ونحوه على
 المذهب، والمذهب - وبه جزم في المغني وأبو البركات وغيرهما -
 أنه لا بد من ذكر الشروط، احتياطا للنكاح، لا سيما وقد وقع
 الاختلاف في شروط كثيرة^(٣)، وبهذا فارق غيره من الأملاك،
 والله أعلم.

قال : ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكره، وأقام كل واحد
 منهما بينة، حكم بها للمدعي بيئته^(٤)، ولم يلتفت إلى بينة
 المدعى عليه، لأن النبي ﷺ أمر باستماع بينة المدعي، أو يمين
 المدعى عليه، وسواء شهدت بينة المدعي أنها له، أو قالت :^(٥)
 ولدت في ملكه.

(١) أي في حديث ابن عباس المذكور آنفا، وانظر كلام أبي محمد في المغني ٢٧٢/٩ ووقع في
 (س) : على الاستحقاق فيه.

(٢) انظر المسألة في الكافي ٤٨٣/٣ والمقنع ٦٢٣/٣ والهداية ١٣٧/٢.

(٣) في (س) : تسمع منه . وفي (م) : سمعت، وفي (ع) : نوع منه فأشبهه . وفي (س ت) : لا بد
 من ذلك . وفي (ت خ ي) : في شروطه . وفي (ع) : كثيرا .

(٤) في (خ) : دابة رجل . وفي (س م ت) : وأنكره . وفي (المتن والمغني) : فأنكره . وفي (المتن) :
 بيئته .

(٥) في (المغني) : أمرنا بسماع . وفي (المتن والمغني) : ويعين المدعي . وفي (ي مغني) : بينة
 المدعى عليه أنها له . وفي (م) : أنه له . وفي (ع م) : وقالت .

ش : إذا ادعى انسان دابة أو شيئاً في يد إنسان ، فإن أقر له فلا كلام ، وإن أنكره وأقام كل واحد منهما بينة فالمشهور من الروايات - والمختار للأصحاب - تقديم بينة المدعى مطلقاً ، لما استدل به الخرقى من أن النبي ﷺ أمر باستماع بينة المدعى ، أو يمين المدعى عليه .

٣٨٧٣ - فعن الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومة في بئر ، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال . « شاهدك أو يمينه » مختصر متفق عليه (١) .

٣٨٧٤ - وعن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ، ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ فقال الحضرمي : يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي . فقال الكندي : هي أرضي وفي يدي ، أزرعها ، ليس له فيها حق . فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » قال : لا . قال : « فلك يمينه » مختصر رواه مسلم وغيره (٢) . وظاهر هذا أنه جعل البينة للمدعى مطلقاً .

(١) رواه البخاري ٢٣٥٧ ، ٦٦٧٧ ومسلم ١٥٧/٢ من طريق شقيق أبي وائل ، عن عبد الله بن مسعود ، فيمن حلف كاذباً ليقطع مال امرئ مسلم ، وفيه : فدخل الأشعث بن قيس ، فقال : ما يحدثكم أبو عبد الرحمن ؟ ثم ذكر القصة ، وقد رواه أيضاً أحمد ٢١١/٥ وأبو داود ٣٦٢١ ، ٣٦٢٢ والحميدي ٩٥ والشافعي كما في البدائع ١٢١٤ والطيالسي كما في المنحة ١٢١٦ ، ١٤٥٥ وابن أبي شيبة ٢١٩/٦ وابن الجارود ٩٢٦ وابن حبان كما في الموارد ١١٩٠ والإحسان ٥٠٦٣ وأبو يعلى ٥١١٤ ، ٥١٩٧ والبيهقي ١٧٩/١٠ ، ٢٥٥ وغيرهم وقد سبق برقم ٣٨٦٥ بعض من رواه .
(٢) هو في صحيح مسلم ١٥٩/٢ من طريق أبي الأحوص عن سماك ، عن علقمة بن وائل ، عن أبيه ، وحذف الشارح آخره ، ورواه أيضاً البخاري ٢٣٥٧ وأحمد ٣١٧/٤ وأبو داود ٣٦٢٣ والترمذي ٥٧٠/٤ برقم ١٣٥٧ وابن الجارود ١٠٠٤ والطيالسي في المنحة ١٤٥٤ وابن حبان كما =

٣٨٧٥- ويرشحه ما روي أيضا في الحديث « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه»^(١) وظاهر هذا الحصر، وأيضا فإن شهادة المدعى عليه يجوز أن يكون مستندها اليد والتصرف، فتصير بمنزلة اليد المفردة، وإذا تقدم بينة المدعي (وعنه) رواية ثانية، تقدم بينة المدعى عليه مطلقا، أثبتها أبو الخطاب وأتباعه، ونفاها القاضي، لأن البيتين لما تعارضتا تساقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإذا القول قول المدعى عليه، أو يقال: لما تعارضتا ترجحت بينة المدعى عليه، [لموافقتها الأصل (وعنه) رواية ثالثة: تقدم بينة المدعي إلا أن تختص بينة المدعى عليه]^(٢) بسبب، كأن تشهد بأنها له، نتجت في ملكه، أو أقطعها له الإمام ونحو ذلك، أو سبق، كأن تشهد بأنها له منذ سنتين، وتقول بينة المدعي: منذ سنة. فتقدم بينة المدعى عليه، لأنه بذلك يزول أن مستند البينة اليد.

٣٨٧٦— ولما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ اختصم إليه رجلان في دابة أو بعير، وأقام كل واحد منهما البينة، أنها له انتجها، ففضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده^(٣). إلا أن أحمد قال في رواية محمد بن الحكم: أصحاب أبي

= في الإحسان ٥٠٥١ والطحاوي في الشرح ١٤٧/٤ وفي المشكل ٣٨٢/١ والدارقطني ٢١١/٤ والرامهرمزي في المحدث الفاصل ٥٢١ وابن عبد البر في التمهيد ٢٠/٢٦٤ وتقدم برقم ٣٨٦٣ بعض من رواه، ووقع في نسخ الشرح: للكندي «ألك بينة»؟ وصححناه من كتب الحديث.

(١) هو حديث ابن عباس المتقدم برقم ١٩٤٧ وتقدم قريبا بعض رواياته، ووقع في (ي): أيضا ماروي.

(٢) في (خ ي): سقطتا وصارا. ، وفي (س): ترجحت بينة، وسقط من (ع) ما بين المعقوفين.

(٣) رواه الدارقطني ٤/٢٠٩ وعنه البيهقي ١٠/٢٥٦ من طريق زيد بن نعيم، عن محمد =

أبي حنيفة يروون في النتائج حديثاً ضعيفاً، لم يجب الأخذ به (١) (وعنه) رواية رابعة عكس الثالثة، تقدم بينة المدعى عليه إلا أن تختص بينة المدعي بسبب أو سبق، وعلى هاتين الروايتين هل يكفي مطلق السبب، كالشراء، أو الهبة ونحو ذلك، أو لا بد من إفادته للسبق كالنتائج والإقطاع؟ على روايتين (٢)، وللمسألة تفاريع آخر ليس هذا موضعها.

واعلم أن بينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل، وبينة المدعي تسمى بينة الخارج، لأنه جاء من خارج، ينازع الداخل، ومقتضى كلام الخرقى أنه لا يمين على المدعي مع البينة، وهو كذلك، وكذلك لا يمين على المدعى عليه إن

١= ابن الحسن، عن أبي حنيفة، عن هشام الصيرفي، عن الشعبي، عن جابر، لكن زيد بن نعيم قال الذهبي في الميزان: لا يعرف في غير هذا الحديث، ورواه أيضاً الشافعي كما في البدائع ١٤١٥ وعنه البيهقي ٢٥٦/١٠ عن ابن أبي يحيى، عن إسحاق بن أبي فروة، عن عمر بن الحكم، عن جابر به، وابن أبي يحيى وشيخه ضعيفان، كما ذكر ابن الترمذي في الجواهر النقي، وقد رواه ابن أبي شيبة ٣١٦/٦، ١٠٦/١٠، وعبد الرزاق ١٥٢٠٢، ١٥٢٠٣ من طرق عن سهاك بن حرب، عن تميم بن طرفة الطائي قال: جاء رجلان إلى النبي ﷺ يدعيان جملاً، فأقام كل واحد منهما شهيداً أنه نتجه، وأنه له، فقضى به بينهما؛ هكذا روي مرسلًا، وقد رواه الطبراني في الكبير ٢/٢٠٤ برقم ١٨٣٤ عن ياسين الزيات، عن سهاك، عن تميم، عن جابر وهو ابن سمرة، ثم رواه عن الحجاج بن أرطاة، عن سهاك به، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٢٠٣: رواه الطبراني وفيه ياسين الزيات وهو متروك أه، وفي الثاني الحجاج وهو مدلس، والصحيح المرسل، ولعل هذا غير الأول الذي عن جابر بن عبد الله، ففيه أنه قضى به للذي هو في يده.

- (١) ذكر هذا النقل القاضي أبو يعلى في كتاب الروايتين والوجهين ٣/١٠٤ بعد قوله: وصاحب اليد في النتائج تفيد بيته أكثر من ذلك، لأنها تفيد وجود النتائج في يده.
- (٢) انظر كتاب الروايتين والوجهين ٣/١٠٢ وانظر المغني ٩/٢٧٦ في توجيه هذه الروايات، وفي (س): أو الشراء والهبة. وفي (ع ت): إفادته السبق.

قدمت بيته، والخرقي رحمه الله لم يتعرض لما إذا اختص أحدهما بالبينه لوضوحه، ولا ريب أنه يحكم له بذلك، لأن البينة تبين الحق وتوضحه، ثم إن كانت البينة للمدعي فلا يمين عليه، قال أبو محمد: بغير خلاف في المذهب^(١). ثم قال: قال أصحابنا: ولا فرق بين الحاضر والغائب، والحلي والميت، والصغير والكبير والمجنون، والمكلف، وقال الشافعي: إن كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه حلف المشهود له أنه لم يقض، ولم يبر لتزول الشبهة، وهذا حسن. انتهى^(٢). وهذا عجيب، فإن في مختصره ومختصر غيره^(٣) أن الدعوى إذا كانت على غير حاضر أو غير مكلف وثم بينه حكم بها، وهل يحلف المدعي مع بيته أنه لم يقض ولم يبر؟ على روايتين وهذه هي المسألة بعينها، فكيف يقول: بلا خلاف في المذهب. وأن الأصحاب لم يفرقوا بين الحاضر وغيره، ولا بين المكلف وغيره. انتهى. وإن كانت البينة للمدعي عليه فلا يمين عليه على المذهب، وفيه احتمال لأبي محمد، لاحتمال أن يكون مستند البينة اليد والتصرف، فيصير وجودها كالعدم، والله أعلم.

قال: ولو كانت الدابة في أيديهما، فأقام أحدهما البينة أنها له، وأقام الآخر البينة أنها له نتجت في ملكه، أسقطت

(١) ذكره في المغني ٢٧٧/٩ قال: وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار.

(٢) عبارته في المغني: أحلف المشهود له أنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء، فيقوم الحاكم مقامه في ذلك، لتزول الشبهة، وهذا حسن.

(٣) يريد بمختصره المقنع ٢٢٩/٣ ومختصر غيره كالهداية ١٢٩/٢ والمحرر ٢/٢١٠.

البيتان، وكانا كمن لا بينة لهما، وجعلت بينهما نصفين، وكانت اليمين لكل واحد منهما على الآخر في النصف المحكوم به له^(١).

ش : إذا كانت الدابة أو العين في أيديهما فتداعياها، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه، فإن البيتين تتعارضان، وإذا هل يتساقطان - وهو قول الخرقى، واختيار كثير من الأصحاب - أو يستعملان؟ على روايتين^(٢)، ولعل مبناهما إذا تعارض الدليلان، هل يتوقف المجتهد، أو يتخير في العمل بأحدهما؟ فيه خلاف^(٣) وإذا قلنا: باستعمالهما فهل ذلك بقسمة لتساويهما في البينة، أو بقرعة، [لأنها تبين المستحق؟ على روايتين، فعلى رواية القرعة من خرجت له حلف أنها له، لجواز خطأ

(١) في (ي): الآخر بينة. وفي (ع ي): أنها نتجت، وفي (ي متن): سقطت البيئات. وفي (م): أسقطت البينة. وليس في (م ع ي مغني): وجعلت... نصفين. وفي (م مغني): منها على صاحبه. وفي (ع م ي متن): المحكوم له به.

(٢) انظر المسألة وما أشبهها في الكافي ٣/ ٤٨٦ وما بعدها والمغني ٩/ ٢٨٠ والمقنع ٣/ ٦٦٠ وشروحه.

(٣) هذه مسألة أصولية يذكرها أهل الأصول في ترتيب الأدلة كما في التمهيد لأبي الخطاب ٣/ ١٩٩ والمواقفات للشاطبي ٢/ ٢٠٢ ويذكرها بعض المحدثين في أصول الحديث، قال الحافظ في نخبه الفكر: ثم المقبول إن سلم من المعارضة فهو المحكم، وإن عورض بمثله فإن أمكن الجمع فمختلف الحديث، أولا وعرف المتأخر فهو الناسخ، والآخر المنسوخ، وإلا فالترجيح ثم التوقف، أهـ، وذكر في شرحها أن التوقف أولى من قول من قال بالتساقط، وقد توقف الأمير الصنعاني في سبل السلام في باب حد الزنا حيث تعارض عنده جلد الزاني قبل رجمه، مع ترك الجلد والاكتفاء بالرجم، وقد روى ابن أبي شيبة ٦/ ٣٥١ عن شريح تقديم صاحب اليد، ثم روى عن علي وغيره قسمها على حصص الشهود، وروى أيضا ٦/ ٣٩٧ عن عبد الله أنه أقرع بينهم لما استوت الشهود، وروى عبد الرزاق ١٥٢٠٤ - ١٥٢١٧ والبيهقي ١٠/ ٢٥٦ نحو هذه الآثار.

القرعة^(١)، أما على رواية القسمة فلا يمين، لأننا أعملنا البينة، فلو أوجبنا اليمين لجمعنا بين البينة واليمين وإنه ممنوع، أما على رواية التساقط التي هي المشهورة فإنها يصيران كمن لا بينة لهما، وإذا تقسم العين بينهما، لتساويهما في اليد، ويجب لكل واحد منهما اليمين على صاحبه فيما حكم له به كما قال الخرقى، فاليمين تارة تجب بلا نزاع، وتارة لا تجب بلا نزاع، وفي المغني: واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به - وهو الذي ذكره الخرقى - أو لا يحلف وهي أصح؟ على روايتين^(٢)، وظاهر هذا أن في اليمين روايتين، سواء قلنا باستعمال البينتين أو بإلغائهما.

وقول الخرقى: أنها نتجت في ملكه. ينبه به على أن ذلك ليس بمرجح لإحدى البينتين على الأخرى، وقد تقدم ذلك وأن في الترجيح بذلك، وكذلك في الترجيح بالسبق روايتين، ومختار القاضي وجماعة من أصحابه الترجيح بذلك، عكس ظاهر كلام الخرقى، وإذا قيل بالترجيح بالسبب فهل يكتفى بمطلق السبب، أو لا بد من إفادته للسبق؟ على روايتين.

٣٨٧٧ - واعلم أنه قد ورد في الباب حديث عن أبي موسى، أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله ﷺ، فبعث كل واحد منهما

(١) سقط ما بين المعقوفين من (خ).

(٢) انظر كلام أبي محمد في المغني ٩ / ٢٨١ فقد توسع في بيان الروايتين، وذكر قول من قال بكل منهما.

بشاهدين ، فقسمه النبي ﷺ بينهما نصفين . رواه أبو داود^(١) وهذا قد يستدل به على إلغاء البيتين ، وقسمة العين بينهما ، وعلى إعمالهما بالقسمة وهو أرجح ، لعدم ذكر اليمين فيه ، ومن ثم رجح أبو محمد عدم وجوب اليمين .

(تنبيه) قد تقدم لنا رواية بالقرعة ، فيحتمل أنها بين البيتين ، وهو ظاهر ما في روايتي القاضي ، ويحتمل أنها بين المتداعين وهو الذي حكاه عنه الشريف فقال : وعنه يقرع بينهما ، إلا أن شيخنا كان يقول : يقرع بين المتداعين لا بين البيتين ، واللفظ

(١) هو في سننه ٣٦١٥ من طريق همام ، عن قتادة بلفظه ، وكذا رواه ابن أبي شيبة ١٨٤/١٠ والحاكم ٩٥/٤ والبيهقي ٢٥٧/١٠ من حديث همام ، عن قتادة به ، وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبي ، ثم رواه البيهقي من طريق شعبة ، عن قتادة ، عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه ، ورواه أيضا عن الضحاك بن حمزة عن قتادة ، عن أبي مجلز ، عن أبي بردة ، عن أبي موسى ، وفي هذه الروايات كلها أن كل واحد منهما أتى بشاهدين ، وقد اختلف فيه على قتادة ، ورواه أبو داود ٣٦١٣ والنسائي ٢٤٨/٨ وابن أبي شيبة ١٦٨/١٠ والحاكم ٩٤/٤ والبيهقي ٢٥٤/١٠ من طريق سعيد بن أبي عروبة ، عن قتادة ، ورواه أحمد ٤٠٢/٤ عن شعبة ، عن قتادة ، وابن ماجه ٢٣٣٠ عن سفيان عن قتادة ، عن سعيد بن أبي بردة ، عن أبيه عن جده ، أن رجلين ادعيا بغيراً أو دابة ، وليست لواحد منهما بينة ، فقاضى النبي ﷺ بها بينهما نصفين ؛ وصححه الحاكم على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي ، وسكت عنه أبو داود ، والمنذري في تهذيب السنن ٣٤٦٦ وذكر أن أبا داود أخرجه بإسناد كلهم ثقات ، وذكر ابن القيم في حاشية التهذيب له عدة طرق ، لكن رواه الترمذي في العلل الكبير ٥٦٥ عن سعيد ، عن قتادة ، قال : فسألت محمدا يعني البخاري عن هذا الحديث ، فقال : يرجع إلى حديث سماك بن حرب ، عن تميم بن طرفة ، قال محمد : روى حماد بن سلمة قال : قال سماك بن حرب : أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث . وذكر البيهقي ٢٥٧/١٠ هذا الاختلاف وخرجه ، وذكره ابن القيم في آخر كتاب الطرق الحكمية ، ورجح رواية أنه ليس لواحد منهما بينة ، حيث اتفق عليها شعبة ، وسعيد بن أبي عروبة ، وسعيد بن بشر ، وسفيان وغيرهم ، لكن رواية شعبة عند أحمد مرسله ، وكذا عند البيهقي ٢٥٥/١٠ وتقدم قريبا حديث سماك عن تميم .

محمّل^(١)، والله أعلم .

قال: ولو كانت الدابة في يد غيرهما، واعترف أنه لا يملكها، وأنها لأحدهما لا يعرفه عينا، أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف^(٢) وسلمت إليه .

ش : إذا تداعيا دابة أو عينا في يد غيرهما، فاعترف أنه لا يملكها، وأنها لأحدهما لا يعرف عينه، فإنه يقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه، لتساويهما في الدعوى، وعدم البينة واليد، والقرعة تميز المستحق عند التساوي، بدليل عتق المريض عبده الذي لا مال له سواهم^(٣).

٣٨٧٨ — وعلى هذا يحمل ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلين تدارءا في دابة، ليس لواحد منهما بينة، فأمرهما رسول الله ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أو كرهما . رواه أحمد وأبو داود^(٤).

(١) انظر كلام القاضي في كتاب الروايتين والوجهين ١٠٥ / ٣ .

(٢) في (المتن): أو أنها لأحدهما ولا يعرفه، وفي (المغني): قرع بينهما . وفي (س خ): فمن قرع حلف .

(٣) يشير إلى حديث عمران بن حصين، وتقدم برقم ٢٢٣٢ وفيه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فجزأهم النبي ﷺ أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة .

(٤) هو عند أحد ٤٨٩ / ٢ ، ٥٢٤ ، وأبي داود ٣٦١٦ من طريق سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن خلاص، عن أبي رافع، عن أبي هريرة ولفظ أبي داود: فقال النبي ﷺ «استهما على اليمين ما كان أحبا ذلك أو كرهما» ثم رواه برقم ٣٦١٨ عن سعيد كلفظ أحد، ورواه أيضا ابن ماجه ٢٣٤٦ وابن أبي شيبة ٣١٨ / ٦ ، ٣٥٣ / ٧ والطحاوي في المشكل ٥٥ / ٤ والدارقطني ٢١١ / ٤ والبيهقي ٢٥٥ / ١٠ وأبو يعلى ٦٤٣٨ من طريق سعيد عن قتادة به، وقد رواه أبو داود في المراسيل ٣٥٨ عن الليث، عن بكير، عن سعيد بن المسيب مرسلًا، وفيه: فأسهم بينهما رسول الله ﷺ وقال =

ولم يتعرض الخرقى لوجوب اليمين على المقر، وكذلك أحمد في رواية ابن منصور إذا قال: أودعني أحدهما لا أعرفه عينا. أقرع بينهما، فمن تقع عليه القرعة حلف أنها له وأعطي، وحمل هذا القاضي وغيره على ما إذا صدقاه في عدم العلم، وأما إن كذبا فقال القاضي والشيخان وغيرهم: لهما عليه يمين واحدة أنه لا يعرف العين، ولو أقام كل واحد منهما بينة والحال هذه، فالحكم على ما تقدم في التي قبلها، هل تساقط البيتان، ويصيران كمن لا بينة لهما كما تقدم - وهو ظاهر إطلاق الخرقى، لأنه لم يفصل، وقياس قوله في التي قبلها، واختيار جماعة من الأصحاب - أو تستعملان؟ على روايتين، ثم في كيفية استعمالهما روايتان^(١) (إحدهما) يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها، قاله أبو الخطاب وأبو البركات، وعلى هذه تستوي رواية الاستعمال ورواية التساقط، وقال أبو محمد: من غير يمين (والثانية) تقسم بينهما بغير يمين كما تقدم^(٢).

= « اللهم أنت تقضي بينهما » وذكره المزي في تحفة الأشراف ١٨٦٩٦ ورواه عبد الرزاق ١٥٢١١ عن عبد الرحمن بن الحارث، عن ابن المسيب، أن رسول الله ﷺ قضى أن الشهود إذا استؤوا أقرع بين الخصمين، وقد روى عبد الرزاق ١٥٢١٢ وعنه البخاري ٢٦٧٤ عن معمر، عن همام، عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ عرض على قوم اليمين، فأسرع الفريقان جميعاً في اليمين، فأمر النبي ﷺ أن يسهم بينهم أيهم يحلف، وهذا الحديث في صحيفة همام، كما عند أحمد ٣١٧/٢ وأبي داود ٣٦١٧ وابن الجارود ١٠١٢ والطحاوي في المشكل ٥٥/٤ والبيهقي ٢٥٥/١٠ وغيرهم، ووقع في (ي): تنازعا في دابة.

(١) ذكر المسألة القاضي في كتاب الروايتين ٣/١٠٤ وأبو محمد في المغني ٩/٢٨٩ وأبو البركات في المحرر ٢/٢١٨ وغيرهم.

(٢) انظر كلام أبي الخطاب في الهداية ٢/١٣٩ وكلام أبي محمد في المغني ٩/٢٨٨ والكافي ٣/٤٨٩ والمقنع ٣/٦٦٤ ووقع في (س م ت): قال أبو الخطاب. وفي (ع): تقسم بغير يمين.

وقول الخرقى : واعترف أنه لا يملكها . يخرج ما إذا ادعى ملكها ، فإن القول قوله مع يمينه بلا ريب ، وقوله : وأنها لأحدهما لا يعرفه عينا . يخرج ما إذا أقر بها لأحدهما بعينه ، فإنها تكون لمن أقر له مع يمينه ، لأن بذلك تصير اليد له ، ومن له اليد القول قوله مع يمينه ما لم يكن بينه ، ويحلف المقر للآخر على المذهب ، وللمسألة تقاسيم أخر ليس هذا محلها ، والله أعلم .

قال : وإذا كان في يده دار فادعاها رجل وأقر بها لغيره ، فإن كان المقر له بها حاضرا جعل الخصم فيها ، وإن كان غائبا وكانت للمدعي بينة حكم له بها ^(١) ببيئته ، وكان الغائب على خصومته متى حضر .

ش : إذا كانت في يده دار أو عين فادعاها انسان ، فأقر بها من هي في يده لغيره ، نظر في المقر له ، فإن كان حاضرا مكلفا جعل كأنه الخصم فيها ، لأن اليد بصدد أن تصير له ^(٢) ، وإذا يسأل فإن صدق المقر ثبتت اليد له ، وصار الخصم فيها حقيقة ، فإن لم يكن بينة حكم بها له مع يمينه لليد ، وللمدعي اليمين على المقر أيضا على المذهب ، وإن كان للمقر له أو للمدعي بينة عمل على ذلك ، وإن كان لكل منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج كما تقدم ، وإن لم يصدق المُقرِّ في

(١) في (المتن) : وإن كان في يده . وفي (المغني) : ولو كان . وفي (س) : ادعاها رجل ، وفي (ع) خ ي متن مغني) : فأقر بها . وفي (م) : فأخبر . وفي (س) : فجعل الخصم . وفي (ع) ي) : وجعل الخصم وإن كان . وفي (م ي) : وكان للمدعي . وفي (ع م ي مغني) : حكم بها للمدعي ، وليس في (المتن) : ببيئته .

(٢) في (ت) : فادعى إنسان ، وفي (م) : جعل الخصم فيها ؛ لأن اليد كان بصدد .

إقراره وقال : ليست لي ، ولا أعلم لمن هي . فهل تسلم للمدعي بلا يمين ، لأنه يدعيها ولا منازع له ، وهو اختيار أبي محمد في المغني وقال : إنه الأقوى^(١) . أو مع اليمين ، بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه ، أو يحفظها أمين الحاكم ، لأنه مال لم يثبت مستحقه أشبه المال الضال^(٢) ، وهو الذي ذكره القاضي ، أو تقر في يد رب اليد لأن اليد كانت له ، ولم يعلم ما يزيلها ، وهو المذهب قاله أبو البركات ، مع أن أبا محمد لم يذكره في المغني ؟ على أربعة أوجه ، فعلى الوجه الأخير لو عاد المقر فادعاها لنفسه سمع ، لأنه إقرار على ما في يده ، بخلاف ما قبله لزوال يده .

وإن كان المقر له غائباً ، ومثله الصبي والمجنون ولا بينة أقرت في يد المقر لعدم ثبوت المزيل لها ، وللمدعي أن يحلف المقر أنه لا يستحق تسليمها إليه ، إلا أن يقيم المقر بينة أنها لمن سماه فلا يحلف ، وإن كان للمدعي بينة حكم بها له ، بناء على ما تقدم^(٣) من القضاء على الغائب ، ثم إذا قدم الغائب ، أو بلغ الصبي ، أو أفاق المجنون ، فهم على حججهم من القدرح في بينة المدعي ، أو إقامة بينة تشهد بانتقال الملك إليهم من المدعي ، فإن أقاموا بينة بالملك فقط انبنى على بينة الداخل

(١) ذكره في المغني ٣٠٢ / ٩ وقال : ولأن من هي في يده لو ادعاها ثم نكل ، قضينا بها للمدعي ، فمع عدم ادعائه لها أولى . اهـ ووقع في (م) : إنه الأولى .
(٢) في (س) : لأن ما لم يثبت . وفي (م) : المال الضائع .
(٣) انظر كلام أبي البركات في المحرر ٢ / ٢١٩ وانظر الفروع ٥٢٢ / ٦ والمبدع ٧٠ / ١٠ والإنصاف ٢٦٧ / ١١ ووقع في (س) : وإن كان المدعي بينة . وفي (خ) : حكم له بها على ما تقدم .

والخارج ، أما مع عدم الحضور والتكليف فإذا كان^(١) مع المقر بينة تشهد لمن سباه فإن الحاكم يسمعها ، لزوال التهمة عن المقر ، وسقوط اليمين عنه كما تقدم ، ولا يحكم بها لعدم الدعوى من الغائب أو وكيله ، وخرج القضاء بها على صفة ما تقدم ، بناء على أن للمودع وغيره المخاصمة^(٢) فيما في يده ، وإن أقر بها المدعى عليه لمجهول وهذه الصورة لم يذكرها الخرقى - قيل له : عرفه وإلا فأنت ناكل عن الجواب ، فإن عاد فادعها لنفسه فهل تسمع دعواه كما لو عين المقر له ، إذ قد يعني بالمجهول نفسه ، أو لا تسمع - وجزم به في المغني -^(٣) كما لو أقر بها لغائب ونحوه؟ على وجهين ، والله أعلم .

قال : ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا ، فادعى المسلم أن أباه مات مسلما ، وادعى الكافر أن أباه مات كافرا ، فالقول قول الكافر مع يمينه ، لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر مقر بأن أباه كان كافرا مدع لإسلامه وإن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر^(٤) ، ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين ، لتساوي أيديهما .

(١) في (م) تشهد بالملك . وفي (خ) : أقاموا بينة فقط . وفي (س) : انبنى عليه بينة الداخل ، وفي (خ) : فإن كان .

(٢) في (م) : بها على ما تقدم وصفه . . . للمودع ونحوه . وليس في (خ) : وغيره

(٣) انظر كلام أبي محمد في المغني ٣٠٢ / ٩ وفي (س ت) : قد يعين بالمجهول . وفي (خ) : وبه جزم .

(٤) ليس في (المتن) : مسلما وادعى . . . مات . وفي (ع م متن) : معترف أن أباه . وفي (المغني) : يعترف . وفي (المتن والمغني) : مدعيا . وفي (ع م خ متن مغني) : يعترف بأخوة . .

ش : إذا مات إنسان وخلف ابنين أحدهما مسلم ، والآخر كافر ، فادعى كل واحد من الابنين أن أباه مات على دينه ، فلا يخلو إما أن يعترف المسلم بأخوة الكافر أو لا ، فإن اعترف بأخوته فالميراث للكافر في إحدى الروايتين ، واختاره الخرقى ، لما علل به من أن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف ظاهراً بأن أباه كان كافراً ، وأنه أسلم ، وإذا دعوى أخيه على وفق الأصل^(١) ، وهو يدعى زوال ذلك ، والأصل البقاء ، وإنما قلنا : إنه معترف بأن أباه كان كافراً ، لأنه إن لم يعترف بذلك بل ادعى أنه مسلم الأصل ، فإذا أولاده تبع له^(٢) ، فيلزم أن أخاه ارتد ، والأصل عدم ذلك ، والظاهر أيضاً يكذبه ، إذ الظاهر أن المرتد لا يقر على رده في دار الإسلام (والرواية الثانية) المال بينهما ، لأنها تنازعا عينا في أيديهما فتقسم بينهما ، وهو ظاهر كلام القاضي في الجامع الصغير ، والشريف وأبى الخطاب في خلافهما ، وقال القاضي أظنه في المجرد : قياس المذهب أن التركة إن كانت في أيديهما قسمت بينهما ، وإن لم تكن في أيديهما أقرع بينهما ، فمن قرع حلف واستحقها ، كما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ، قال أبو محمد : ومقتضى كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما أنها له مع يمينه ، قال : ولا يصح ، لاعترافهما بأن التركة للميت ، وأن استحقاقهما بالإرث ، فلا حكم لليد . انتهى .

ولأبى الخطاب احتمال أن الأمر يقف حتى يظهر أصل دينه أو

(١) في (ع س خ ت) : به بأن المسلم ، وفي (م) : ظاهراً أن أباه . . . دعوى أخوة .

(٢) في (خ) : بأنه لم يعترف بذلك . وفي (س ع) : تبعاً له .

يصطلحان^(١)، ولأبي محمد احتمال وهو اختياره في العمدة، أن القول قول المسلم، لأن حكم الميت حكم المسلمين في غسله، والصلاة عليه، ودفنه، فكذلك في إرثه^(٢).

وإن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر فالمشهور أنه بينهما، لتساويهما في الدعوى، وقيد ذلك الشيرازي بما إذا كانت أيديهما على التركة، وفيه ما تقدم من الخلاف، إلا رواية أن القول قول الكافر، هذا كله إذا لم يعرف أصل دينه، أما إن عرف أصل دينه فالذي جزم به القاضي في الجامع والشريف وأبو الخطاب وأبو البركات - وقال: رواية واحدة - أن القول قول من يدعيه، لأن دعواه ترجحت بموافقة الأصل، وأجرى ابن عقيل في التذكرة كلام الخرقى على إطلاقه، فحكى عنه أن الميراث للكافر والحال هذه، ويقدم كما تقوله الجماعة^(٣)، وشذ الشيرازي فحكى فيه الرويتين اللتين قدمناهما فيما إذا اعترف المسلم بالأخوة، ولم يعرف أصل الدين.

قال: وإن أقام الكافر بينة أن أباه مات كافراً، وأقام المسلم بينة أن أباه مات مسلماً، أسقطت البيتان، وكانا كمن لا بينة

(١) انظر الهداية ١٤٣/٢ والمغني ٣١١/٩ والكافي ٤٩٧/٣ والمقتع ٦٧٣/٣ والمحرر ٢٣٢/٢ والفروع ٥٤٢/٦ ووقع في (م): ولا يصح اعترافهما. وفي (س ت خ): وأن استحقاقها.
(٢) ذكر هذا الاحتمال في المغني ٣١١/٩ وعزاه لأبي حنيفة، وذكره في العمدة وشرحها ٦٣٢ ووقع في (ع): وكذلك.

(٣) في (خ): من يدعيه إذا لأن. وفي (م): وقد يقدم كما يقول الجماعة.

لها، وإن قال شاهدان: نعرفه كان كافراً^(١). وقال شاهدان: نعرفه كان مسلماً. حكم بالميراث للمسلم^(٢)، لأن الإسلام يطرأ على الكفر، إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم.

ش: إذا أقام المسلم والحال ما تقدم بينة أن أباه مات مسلماً، وأقام الكافر بينة أن أباه مات كافراً، أو قالت بينة: نعرفه مسلماً، وبينة: نعرفه كافراً. ولم يؤرخا (فعن أحمد) ما يدل على تقديم بينة الإسلام بكل حال في الصورتين، وهو اختيار أبي محمد في العمدة، وظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية، لترجحها بالدار، ولذلك حكم للميت بأحكام المسلمين، من الغسل والدفن، ونحو ذلك، ولما أشار إليه الخرقى من أن الإسلام يطرأ على الكفر، فيدل على تأخره، والكفر لا يطرأ على الإسلام، لعدم الإقرار عليه في دار الإسلام، وفرق الخرقى - وتبعه الشيرازي - بين الصورتين، فاختر في الصورة الثانية تقديم بينة الإسلام لما تقدم، واختار^(٣) في الأولى التعارض، لأن قول البينة: مات مسلماً، ومات كافراً. ظاهره أنه مات ناطقاً بذلك، وإذا يتعارضان، لأن النطق بالإسلام يعارضه النطق بالكفر، وسوى القاضي وجماعة بين الصورتين، وقالوا فيهما: إن

(١) في (ع م): وإن أقام بينة. وفي (ي مغني): أقام المسلم. وفي (ع م مغني): بينة أنه مات مسلماً، وأقام الآخر بينة أنه مات كافراً. وفي (المتن وخ): أنه مات مسلماً سقطت البينتان وكان. وفي (خ متن): نعرفه كافراً.

(٢) في (خ متن): نعرفه مسلماً. وفي (ع م مغني): مسلماً فالميراث للمسلم.

(٣) في (س ت): وكذلك حكم للميت، وفي (خ): على تأخير. وفي (م ي): فاختاراً... واختاراً. وفي (خ): كما تقدم.

عرف أصل دينه قدمت البينة الناقلة عنه ، لأنها تشهد بزيادة ، فهو كبينة الجرح مع بينة التعديل ، وإن لم يعرف تعارضتا ، وأبو محمد في المغني يوافق الخرقى في الصورة الثانية ، ويوافق القاضي ومن دان بقوله في الأولى ، ولو أرخ البيتان معرفتهما ، فإن كان بتأريخين مختلفين عمل بالآخر منهما ، لأنه ثبت بالبينة أنه انتقل عما كان عليه أولاً ، وإن اتحد التأريخ فقال أبو محمد : إن لم يعرف أصل دينه تعارضتا ، وإن عرف قدم الناقلة عنه .

(تنبيه) لو قالت بينة : مات ناطقا بكلمة الإسلام ، وبينة : مات ناطقا بكلمة الكفر . فقال الشيخان وغيرهما : تتعارضان سواء^(١) علم أصل دينه أو لم يعلم ، ولم يذكروا خلافاً ، وشذ ابن عقيل في التذكرة فقال : إن عرف أصل دينه فالقول قول من يدعي نفيه^(٢) ، لأنه يدعي أمراً طارئاً ، وحيث قيل بالتعارض هنا وفيما تقدم فهل يتساقطان ، وبصيران كمن لا بينة لهما على ما تقدم — وهو الذي قاله الخرقى ، جرياً على قاعدته — أو يستعملان بقسمة أو قرعة كما تقدم ، على الروايتين المتقدمتين ، وفيه نظر إن عرف أن أصل دينه الإسلام ، لأن بينة الكفر يلزم منها أن يكون قد ارتد ، فيكون المنازع في النصف أو الكل أهل الفىء ، وقد يقال : إن البينة ألغت اعتبار الأصل ، والله أعلم .

(١) ذكره أبو محمد في المغني ٣١٣/٩ وأبو البركات في المحرر ٢٣٣/٢ وانظر كلام ابن مفلح في الفروع ٥٤٣/٦ ووقع في (خ ي) : وبينة ناطقا . وفي (م) : يتعارضان هنا .

(٢) انظر الإنصاف ٤١٥/١١ وفي (خ) : القول قول مدعي نفيه . وفي (ع) : يدعي بينة .

قال : ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها : ماتت قبل ابني^(١) فورثناها، ثم مات ابني فورثته . وقال أخوها : مات ابني فورثته، ثم ماتت فورثناها . ولا بينة لأحدهما^(٢)، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، وكان ميراث الابن لأبيه، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين .

ش : إنما حلف كل واحد منهما والحال هذه على إبطال دعوى صاحبه، لأن كل واحد منهما ينكر ما ادعي عليه به، والمنكر عليه اليمين، وإنما كان ميراث الابن لأبيه، لأنه وارثه الحي المتيقن، وغيره مشكوك فيه، وإنما كان ميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين لأنهما اللذان يرثانها يقينا، وغيرهما مشكوك فيه، وهذا منصوص أحمد، واختيار أبي البركات، وقال ابن أبي موسى : يعين السابق بالقرعة^(٣)، كما لو قال : أول ولد تلدينه فهو حر . فولدت ولدين، وأشكل السابق منهما عين بالقرعة، كذلك هنا، وقال أبو الخطاب ومن تبعه : يرث كل واحد منهما من صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه عن الميت معه، كما لو جهل الورثة موتها، فيقدر أن المرأة ماتت أولا فورثها زوجها وابنها أرباعاً، ثم يؤخذ ما ورثه الابن فيدفع لورثته الأحياء وهم الأب، فيجتمع له جميع مالها، ثم يقدر أن الابن

(١) في (ع م ي مغني) : وإذا ماتت . وفي (المغني) : قبل ابنها .

(٢) ليس في (ع م ي مغني) : ولا بينة لأحدهما . وسقطت : لأحدهما . من (خ متن) .

(٣) هذه المسألة تعرف بمسألة العرقى، ومن عمي موتهم، ذكرها أبو الخطاب في الهداية ١٧٦، ١٤٤/٢، وذكرها أبو محمد في المغني ٣١٥/٩ والمقنع ٦٦٩/٣ وانظر المبدع ١٧٦/١٠ والإنصاف ٤٠٨/١١ ووقع في أكثر النسخ : فلأنه وارثه . . . فلأنها اللذان .

مات أولاً، فورثه أبواه أثلاثاً، ثم يؤخذ ثلث الأم، ويقسم بين ورثتها الأحياء، وهم أخوها وزوجها نصفين، فلا يحصل للأخ إلا سدس مال الابن. انتهى.

وقال أبو بكر: يحتمل أن المال بينهما نصفان، قال: وهذا اختياري. قال: لأن كل رجلين ادعيا مالا، يمكن صدقهما فيه فهو بينهما، وظاهر هذا الذي قاله أن ماله ومالها بينهما نصفين، وأبطله أبو محمد، بأنه^(١) يفضي إلى أن يعطى الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا، لأنه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه، وذكر احتمالات أخر لقوله كلها تخالف ظاهره، والله أعلم.

قال: ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً، وشهد شاهدان على رجل آخر أنه أخذ من الصبي ألفاً^(٢)، كان على ولي الصبي أن يطالب أحدهما بالألف، إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف التي شهدت بها الأخرى^(٣)، فيأخذ الولي الألفين.

ش: المسألة الأولى شهدت البينة على ألف بعينها، يدل عليه ما ذكره في الثانية، وإنما كان على الولي المطالبة بذلك، لأنه

(١) أبو بكر هو عبد العزيز غلام الخلال، وانظر كلام أبي محمد في تعقبه المذكور في المغني ٣١٦/٩ ووقع في (س): ادعيا مالا يملك. وفي (م): مالها وماله. وفي (س خ ت): أبو محمد فإنه. وفي (م): فهو بينهما نصفان.

(٢) سقط من (المتن): وشهد شاهدان... ألفاً. واستدركت من المغني، وفي (ع م ي مغني): وشهد آخران. وسقطت كلمة: آخر، من (ع م).

(٣) في (ي): لم يسموا الألف. وفي (المغني): الذي شهدت به.

المطالب باستيفاء حقوق الصبي والقيام بأمره، وقد ثبت له بالبينة حق، فيجب على الولي استيفاؤه، وإنما كان له أن يطالب أيهما شاء إذا شهدت البينة بألف معينة (١) فلأنه قد ثبت بالبينة أن كل واحد أخذ الألف فإن كان باقيا في يده فواضح، وإن كان دفعه إلى الصبي لم يبرأ بذلك، لأنه ليس له قبض صحيح فقد فرط، وإن دفعه إلى أجنبي فكذلك، لأنه ليس له الدفع إليه، وإنما كان له أن يطالب بالألفين إذا شهدت البينة بألف غير معين، لأن كل واحد من الرجلين ثبت أنه أخذ ألفا، فيلزمه أدائه، والله أعلم.

قال: ولو أن رجلين حربيين جاءنا من أرض الحرب مسلمين، فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين (٢).

ش: لأن ذلك إقرار، ولا ضرر على أحد فيه فقبل، كالمسلمين إذا أقر كل واحد منهما بأخوة صاحبه بشرطه، وكالإقرار بالحقوق المالية، والله أعلم.

قال: ولو كانا سبيا فادعيا ذلك بعد أن اعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما، إلا أن تقوم بما ادعياه من الأخوة بينة من المسلمين، فيثبت بها النسب، فيورث (٣) كل

(١) في (م ع ي): لأنه المخاطب. وفي (م): البينة بالألف بعينه.

(٢) في (المتن والمغني): جاءا من. وفي (خ) أرض العدو. وليس في (م ع خ ي مغني). لفظة: مسلمين. وفي (المتن): جعلاهما.

(٣) في (م ي مغني): وإن كانا. وفي (س خ): ولو كان. وفي (المتن): ذلك أن. وفي (س): بعد اعتقا. وفي (م): إلا أن يقيم. وفي (المتن): أن يقوم. وفي (المغني): بما ادعياه بينة. وفي (المتن): فيثبت النسب بها. وفي (م): فيثبت النسب ويرث. وفي (المغني): ويورث.

واحد منهما من أخيه .

ش : يعني إذا كان الأخوان سبياً فادعياً ذلك قبل عتقهما فقد تقدم ، وإن ادعياه بعد أن أعتقا وصدقهما المولى ، ثبت نسبهما وإرثهما ، لأن الحق للمولى ، ومن له حق يقبل إقراره عليه ، وإن لم يصدقهما وأقاما بذلك بينة من المسلمين ثبت النسب وتوارثا ، لأن البينة تبين الحق وتظهره ، وإن لم تكن لهما بينة معتبرة لم يقبل إقرارهما ، حذراً من إضرار المولى بتفويت حقه من الولاء ، وإذا يكون إرث كل منهما لمعتقه ، وخرج أبو البركات قبول إقرارهما ، ولعله مما إذا أقر بمعتق لهما ، فإنه يقبل وإن أسقطا به وارثاً^(١) معروفا .

وقول الخزقي : بينة من المسلمين . يحترز به عن البينة من الكفار ، فإنها لا تقبل في ذلك ، وقد تقدم عن أبي حفص قبول قولها والحال هذه ، وحكاه أبو محمد هنا رواية^(٢) ، والله أعلم .

قال : وإذا كان الزوجان في البيت فافتقرا أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وبما كان يصلح للنساء للمرأة ، وبما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين^(٣) .

(١) لم أجد هذا التخريج في المحرر في هذا الباب ، وفي (م) : أبو الخطاب . ولم أجد في الهداية ، وفي (خ ي) : إرث كل واحد منهما . وفي (م) : ولعله لما أقر المعتق لهما . وفي (س ت) : أسقطاه .

(٢) في (س ت) : عن بينة . وفي (م) : قبول قولها ، وفي (س) : قولها ، وتقدم قول أبي حفص في الشهادات ، وانظر كلام أبي محمد في المغني ٣١٩/٩ .

(٣) في (م متن) : له أو ورثته . وفي (ع س ت) : وما كان . . . وما كان . وفي (م) : يكون بينهما فهو . وفي (س ت) : بينهما بالسوية نصفين .

ش : ما يصلح للرجال كالعائم، والأقبية، والطبالسة ونحو ذلك، وما يصلح للنساء كحليهن، ومغازهن، ومقانعهن، وقمصهن ونحو ذلك^(١)، وما يصلح لهما كالمفارش، والأواني ونحو ذلك، والذي قاله الخرقى هو المنصوص في رواية الجماعة، وسواء كانا حرين أو رقيقين، أو أحدهما، وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو المشاهدة، اختلفا في حال الزوجية أو بعدها، أو اختلف ورثتهما لأن اليد لكل منهما على البيت، بدليل لو نازعهما غيرها فإن القول قولها، ثم إن لم تقم قرينة لأحدهما تساويا، وإن قامت قرينة لأحدهما ترجحت دعواه بها، وصار كما لو تنازعا دابة، أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها، ونحو ذلك، وقال القاضي: إن كانت أيديهما عليه من طريق الحكم فكذلك، وإن كانت أيديهما عليه من طريق المشاهدة قسم بينهما نصفين، وإن كانت اليد المشاهدة عليه لأحدهما فهو له مع يمينه، وإن لم يصلح له، لأن اليد المشاهدة أقوى من القرينة^(٢).

وقوله: إذا كان الزوجان في البيت، يريد بذلك أن لهما يدا حكمية أو حسية، ويخرج بذلك ما لو لم تكن لهما يد حكمية، وتنازعا في عين، فإنه لا يرجح أحدهما بصلاحيته ذلك له، بل

(١) العائم ما يلبس على الرؤوس ويعمها، والأقبية جمع قباء ثياب معروفة يرتديها الرجال، والطبالسة ثياب مشهورة، والكلمة فارسية، والمغازل جمع مغزل، الآلة التي يغزل بها الصوف ونحوه أي ينسج، والمقانع الأكسية التي تتقنع بها النساء، أي تلتف بها كالجلابيب، وليس في (خ): ونحو ذلك.

(٢) ذكر أبو محمد في المغني ٣٢١ / ٩ بعض الرواة عن أحمد منهم يعقوب بن بختان، ورواية عن مهنا، وذكر كلام القاضي ومن قال به من الأئمة.

إن كانت في أيديهما فهي بينهما، وإن كانت في يد أحدهما فهي له، وإن كانت في يد غيرهما اقتربا عليها، فمن قرع حلف واستحق كما تقدم، والله أعلم.

قال: ومن كان له على أحد حق فمنعه منه فقد ر له على مال، لم يأخذ منه مقدار حقه، لقول النبي ﷺ^(١) «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك».

ش: من كان له على أحد حق فمنعه، ولم يقدر على أخذه منه بالحاكم، وقدر له على مال، لم يكن له في الباطن أن يأخذ قدر حقه على المذهب المنصوص المشهور.

٣٨٧٩ — لما استدل به الخرقى، وهو ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» رواه أبو داود والترمذي وحسنه^(٢)، وإذا لم يخن من خانه فمن لم يخنه أولى^(٣).

(١) في (ع م ي متن مغني): وقدر له. وفي (ع م ي مغني): لما روي عن النبي ﷺ أنه قال.
(٢) تقدم هذا الحديث في الشرح ٤/ ٥٧٥ برقم ٢٣٤٦ وهو عند أبي داود ٣٥٣٥ والترمذي ٤٧٩/٤ برقم ١٢٨١ من طريق طلق بن غنام بن شريك، وقيس، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، وكذا رواه الدارمي ٢/ ٢٦٤ والحاكم ٢/ ٤٦ وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، ونقله المنذري في التهذيب ٣٣٩٢ وأقره، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وقد روى أحمد ٣/ ٤١٤ من طريق حميد، عن رجل من أهل مكة يقال له يوسف، عن رجل من قريش، عن أبيه نحوه، ورواه الدارقطني ٣/ ٣٥ والطبراني في الصغير ١/ ١٧٠ وفي الكبير ٧٦٠ وغيرهم، وقال الحافظ في البلوغ ٩١٢: واستنكره أبو حاتم الرازي، وأخرجه جماعة من الحفاظ.

(٣) في (م): من خانك فمن لم يخنك.

٣٨٨٠ — وقال عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١).

وخرج أبو الخطاب قولاً بالأخذ من قول أحمد في المرتن :
يركب ويحلب بقدر ما ينفق، والمرأة تأخذ مؤنتها، والبائع
للسلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه، وخرجه أبو البركات
من تنفيذ الوصي الوصية مما في يده إذا كتم الورثة بعض التركة،
وهو أظهر في التخريج^(٢)، وحكى ابن عقيل هذا القول عن
المحدثين من الأصحاب .

٣٨٨١ — وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها أن هنداً قالت : يا رسول
الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني من النفقة ما
يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم؟ فقال «خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه^(٣)، فجوز لها ﷺ الأخذ
في مقابلة حقها بغير علمه .

٣٨٨٢ — وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه كان يقول «الظهر
يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا

(١) سبق الحديث ٤٩/٤ برقم ٢٠٢٩ وهو عند أحمد ٤٢٣/٣، ١١٣/٥ والدارقطني ٢٥/٣ والبيهقي ٩٧/٦ عن عمرو بن يثري، في خطبة منى، ورواه أحمد ٧٢/٥ عن عم أبي حرة الرقاشي، في جملة حديث في أيام التشريق، وله شواهد تقدمت هناك أو بعضها .

(٢) ذكر هذا التخريج في المحرر ٢/٢١١ في آخر باب طريق الحكم وصفته، وذكره أبو الخطاب في الهداية ٢/١٣٩ في آخر باب القسمة، ووقع في (م) : تنفيذ الموصى . وفي (س ت) : أظهر في الترجيح .

(٣) رواه البخاري ٢٢١١، ٥٣٦٤ ومسلم ٧/١٢ وغيرهما من طرق عن عروة عن عائشة، وقد تقدم في النفقات برقم ٢٨٦٥ وليس في (م ع خ ي) : من النفقة ما يكفيني . وفي (ع م خ ي) : ولا يعلم .

كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» رواه البخاري وغيره^(١)، فجعل بالتكليف المرتهن ينفق ويأخذ عوض حقه وهو نفقة المركوب، ويجاب عن هذا بأن المرتهن لم يكن له حق قبل الرهن، وإنما الشارع جوز له المعاوضة عملا بالأصلح، لئلا يفوت الركوب على الرهن مجانا، وأما حديث هند فإن أحمد أجاب عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت، يعني أن جواز الأخذ لها كان دفعا للحرص والمشقة عنها، لأن حقها يتجدد كل يوم، فلو لم يجز ذلك لأفضى إلى المحاكمة في كل وقت والمخاصمة، وفي ذلك حرج عظيم، وأجاب أبو بكر بجواب ثان، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة^(٢)، فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه، وفيه شيء، لأن المسألة وإن علم ثبوت الحق، ولأبي محمد (جواب ثالث) وهو أن للمرأة من التبسط في مال الزوج ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي (وجواب رابع) وهو أن النفقة تراد لإحياء النفس، ولا سبيل إلى تركها، فلذلك جاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة^(٣)، بخلاف الدين، ومن ثم قلنا: لو صارت

(١) تقدم الحديث في باب الرهن ٤/٥٠ برقم ٢٠٣٢ وهو عند البخاري ٣٥٣٢ وأحمد ٤٧٢/٢ وأبي داود ٣٥٢٦ والترمذي ٤/٤٦١ برقم ١٢٧٢ وابن ماجه ٢٤٤٠ من طريق الشعبي، عن أبي هريرة.

(٢) ذكر هذه المسألة أبو محمد في المغني ٩/٣٢٥ والكافي ٣/٥٠٦ والمقنع ٣/٦٣٣ وانظر الفروع ٦/٤٩٦ والمبدع ١٠/٩٧ والإنصاف ١١/٣٠٨.

(٣) في (ع م): فلا سبيل. وفي (س): فكذلك جاز أخذها. وفي (خ): تندفع هذه الحاجة.

النفقة ماضية لم يكن لها أخذها، وكذلك لو كان لها دين آخر، قلت: وهذا الفرع يرد جوابه الثالث، ويندفع هو أيضا بأنها لو وجدت ما تندفع به حاجتها من مالها جاز لها الأخذ^(١)، انتهى.

فعلى المذهب إن أخذ لزمه الرد مع البقاء، ووجب المثل أو القيمة مع التلف، ثم إن كان من جنس حقه تقاصا وتساقطا، وإلا لزمه غرمه (وعلى القول الآخر) إن وجد جنس حقه أخذ منه قدر حقه، ولا يأخذ من غيره مع قدرته عليه، وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه أخذ منه قيمة حقه، متحريرا للعدل في ذلك، جزم به أبو البركات، وأبو الخطاب في الهداية وغيرهما^(٢)، وهو أحد احتمالي أبي محمد كما في الرهن (والاحتمال الثاني) ليس له ذلك، لإفضائه إلى بيع مال غيره من نفسه بغير إذن له في ذلك، وهذه المسألة تلقب بمسألة الظفر، وقول الخرقى: فمنعه منه. يخرج ما لم يمنعه^(٣)، فإنه ليس له الأخذ اتفاقا، فإن أخذ لزمه الرد، وإن كان قدر الحق ومن جنسه، لأنه قد يكون للإنسان غرض في عين من أعيان ماله، فلا يجوز

(١) ذكر هذه الأجوبة عن قضية هند أبو محمد في المغني ٣٢٧/٩ مختصرة، وذكر الحافظ في الفتح عند شرح الحديث ٥٣٦٤ في كتاب النفقات دلالة هذا الحديث على مسألة الظفر، ومذاهب العلماء فيها.

(٢) انظر المسألة في الهداية ١٣٩/٢ والمحرر ٢١١/٢ وليس في (م): وغيرهما.

(٣) في (س ت ي) يخرج معه ما. وفي (ع م ي): ما لو لم.

تملكها عليه بغير رضاه إلا لضرورة، وإن تلف ذلك صار ديناً في ذمته، فإن كان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصاً، وكذلك لو لم يمنعه وقدر على الأخذ بالحاكم، فإنه لا يجوز له الأخذ^(١)، ولا بد أن يلحظ إن المنع ممنوع، إذ لو كان مباحاً كما لو كان الدين مؤجلاً، أو المدين معسراً فإنه لا يجوز الأخذ أيضاً بلا خلاف، فإن أخذ رده مع البقاء، وعوضه مع التلف، ولا تقاصص هنا، لأن الدين لم يستحق أخذه في الحال^(٢)، بخلاف التي قبلها، والله أعلم.

(١) يعني إذا قدر على المرافعة إلى الحاكم العادل، ووقع في (م): وإن كان الثابت، وفي (ع): فإنه يجوز له.

(٢) في (م): فلا بد أن... فإنه لا يجوز له الأخذ... فإن أخذ رده. وفي (س ع خ) لأن المدين.