

كتاب الدعوى والبيّنات ومجامع الخصومات

وهي تدور على خمسة أركان: الدعوى، والجواب، واليمين، والنكول، والبيّنة.

الركن الأول: وفيه مسائل:

الأولى: من يحتاج إلى الدعوى.

ومن غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة أو سوء عاقبة بأن يعد سارقاً أو نحو ذلك، جاز له أخذه ولم يلزمه الرفع إلى الحاكم. فأما إن كان حقه عقوبة فلا بد من الحكم. ولو كان حقه ديناً، ومن هو عليه ممتنع من أدائه، وحصل له في يد صاحب الحق شيء من جنس ما عليه أو غير جنسه، فقد اختلفت الرواية في ذلك، فروي أن له مقدار دينه من الجنس إن كان الغريم غير مديان، أو مقدار ما يخصه لو حاصص بدينه، إن كان مدياناً. وروي: أنه ليس له ذلك من الجنس ولا غيره، على أي تقدير كان.

وروي: له ذلك وإن كان من غير جنس حقه، يتحرى قيمته ويأخذ مقدار ما يستحق، حكاه القاضي أبو الحسن وأبو بكر، واختارها، واستدل عليها القاضي أبو الحسن بقصة هند. ولو جحد من عليه الحق، وله على المستحق مثله، والحقان حالان، لجاز له أن يحدد على الرواية الأولى والأخيرة ويحصل التقاص.

المسألة الثانية: في حد المدعي.

وهو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق، أو اقترن بها ما يوهنها عادة، وذلك كالخارج عن معهود، والمخالف لأصل، وشبه ذلك^(١).

(١) قال في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة: قال بعض العلماء: إذا ألزم المدعى عليه بإحضار المدعى به لتشهد عليه البيّنة فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه؛ لأنه مبطل ملح وإلا فعل المدعي؛ لأنه مبطل في ظاهر الشرع، ولا تجب أجرة تعطيل المدعى به في مدة الإحضار؛ لأنه حق للحاكم لا يتم مصالح الحكم إلا به انتهى. وقال بعده بنحو صفحة: فرع: إذا تنازعتا حائظاً مبيحاً هل هو منعطف لدارك أو لداره فأمر الحاكم بكشف البياض لينظر إن جعلت الأجرة في الكشف عليه فمشكل؛ لأن الحق قد يكون لخصمك، والأجرة ينبغي أن تكون لمن له نفع العمل ولا يمكن أن تقع الأجرة على أن الإجارة على من يثبت له الملك لأنكما جزمتم بالملكية فما وقعت الإجارة إلا جازمة، وكذلك الغائب لو امتنع إلا بأجر قال: ويمكن أن يقال يلزم الحاكم كل واحد منهما باستجاره وتلزم الأجرة في الأخير من ثبت له الملك كما يحلف في اللعان وغيره وأحدهما كاذب انتهى. وهذا الأخير هو الظاهر كما في الفرع قبله فتأمله والله أعلم. مواهب الجليل ٨/ ٢٢٠.

ومن ترجع جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه.

فإذا ادعى أحدهما ما يخالف العرف، وادعى الآخر ما يوافقه، فالأول المدعي. وكذلك كل من ادعى وفاء ما عليه أو رد ما عنده من غير أمر يصدق دعواه، فإنه مدع، إلا المودع إذا ادعى رد الوديعة فإنه يصدق لترجيح جانبه بالاعتراف له بالأمانة. فإن أشهد عليه فهل هو باق على ائتمانه أم لا؟ فيه خلاف ينسب عليه الخلاف المتقدم في كتاب الوديعة. ثم الدعوى المسموعة هي الدعوى الصحيحة، وهي أن تكون معلومة محققة، فلو قال: لي عليه شيء، لم تسمع دعواه. وكذلك لو قال: أظن أنه لي عليك شيء. أو قال: لك علي كذا وأظن أني قضيته، لم تسمع.

المسألة الثالثة: من قامت عليه البينة فليس له أن يحلف المدعي ما لم يقدم الدعوى الصحيحة ببيع أو إبراء.

المسألة الرابعة: إمهال المدعى عليه.

إذا قال من قامت عليه بينة: أمهلوني فلي بينة دافعة، أمهل، ما لم يبعد فيقضى عليه، ويبقى على حجته إذا أحضرها.

ولو قال: أبرأني فحلفوه، فليحلف قبل أن يستوفي.

ولو قال: أبرأني موكلك الغائب، فقال ابن كنانة: يحلف الوكيل أنه ما علم أنه أبرأه ويقبض الدين ولا ينظره، إلا أن يكون الطالب قريباً على مثل اليومين فيكتب له ويحلفه. وقال ابن القاسم: لا يحلف الوكيل، وينظر حتى يجامع صاحبه.

المسألة الخامسة: مدعي الزواج.

إذا ادعى في النكاح أنه تزوجها تزوجاً صحيحاً سمعت دعواه ولا يشترط أن يقول بولي وبرضاها، بل لو أطلق سمع أيضاً. وكذلك في البيع، بل لو قال: هي زوجتي لكفاه الإطلاق.

المسألة السادسة: ادعاء المسترق الحرية.

المسترق إذا ادعى أنه حر الأصل صدق مع يمينه، إلا أن يكون بيد من هو حائز له حوز الملك. وإن ادعى الإعتاق فعليه البينة.

والصغير المعرب عن نفسه يدعي الحرية، فإن تقدمت لمن هو بيده فيه حيازة وخدمة لم يصدق في دعوى الحرية، وإن كان متعلقاً به لا تعلم له فيه قبل ذلك حيازة صدق في دعوى الحرية.

الركن الثاني: جواب المدعى عليه

وهو إقرار أو إنكار، فإن قال: لا أقر ولا أنكر، ولكن يقيم البينة على دعواه، أو قال للحاكم: لا أحاكمه إليك، أجبره على أن يقر أو ينكر، فإن أبى حبسه حتى يقر أو ينكر، رواه أشهب.

وقال أصبغ: يقول له القاضي: إما أن تحاكم، وإما أحلفت هذا المدعي وحكمت له عليك.

هذا إن كانت الدعوى مشبهة وكانت تستحق باليمين مع النكول، لأن نكوله عن الكلام نكول عن اليمين. وإن كانت الدعوى فيها لا يثبت إلا بالبينة دعا خصمه بها وحكم عليه إن تمادى على ترك الكلام. وقال محمد: أحكم عليه بغير يمين من المدعي. وقال أبو الحسن اللخمي: المدعي بالخيار بين ثلاث: إما أن يأخذ المدعي به بغير يمين، على أنه متى عاد إلى الإنكار كان ذلك له.

وإما أن يحلف الآن، ويحكم له به ملكا، بعد أن يعلم المدعي عليه أنه إن لم يقر أو ينكر حكم عليه كما يحكم على الناكل، ولا ينقض له الحكم بعد أن أتى بحجة إلا أن يأتي ببينة لم يكن علم بها.

وإما أن يسجن له حتى يقر أو ينكر لأنه يقول: هو يعرف حقي، فإذا سجن أقر واستغثت عن اليمين.

فرع: الأول: قال محمد: من ادعى عليه بستين دينارا فأقر بخمسين وتأبى في العشرة أن يقر أو ينكر، فإنه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر إذا طلب ذلك المدعي، فإن أصر على الامتناع والتمادي عليه حكم عليه بغير يمين.

قال محمد: لأن كل مدعى عليه لا يدفع الدعوى فإنه يحكم عليه بغير يمين. قال: وكذلك المدعى عليه بدور في يده لا يقر ولا ينكر، فإذا أخبر على ذلك فتمادى حكم عليه للمدعي بلا يمين.

الفرع الثاني: لو قال المطلوب: تقدمت بيني وبين الطالب مخالطة فمن أي وجه يدعي هذا؟ لزم أن يسأل عن ذلك الطالب، وإن بين وجه طلبة وقف على ذلك المطلوب، وألزم أن يقر أو ينكر، وإن أبى الطالب أن يبين سبب دعواه وادعى نسيانه قبل ذلك منه بغير يمين، وألزم المطلوب أن يقر أو ينكر.

وقال القاضي أبو الوليد: القياس عندي ألا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنه لا يذكر ما يدعيه، إذ لعله بذكر السبب يجد مخرجا، وإن امتنع عن ذكر السبب من غير أن يدعي نسيانا لم يسأل المطلوب عن شيء.

الفرع الثالث: لو ذكر السبب فقال المطلوب: أنا أحلف أنه لا شيء له عندي من هذا السبب، فقال أشهب: لا يجزئه بحال حتى يقول: ولا أعلم له علي شيئا بوجه من الوجوه، ونحوه في كتاب ابن سحنون. قال القاضي أبو الوليد: وكان الظاهر أن يجزئه يمينه أنه لا شيء له عنده من جهة مطلبه، لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك.

وفي الركن مسائل:

الأولى: لو قال: لي عليك عشرة، فقال: لا تلزمني العشرة، لم يكف اليمين مطلقا، بل يحلف أنه ليس عليه عشرة ولا شيء منها.

الثانية: إذا ادعى سلفا ويوعا لم يجزه من الجواب أن يقول: لا حق لك عندي، حتى يقول: لم تسلفني ما تدعيه، أو لم تبع مني شيئا مما ذكرت، رواه ابن سحنون عن أبيه. قال: وهو مقتضى قول مالك. قال: وكان ربما قبل منه: ما له علي حق. وإلى القول الأول رجع أخيرا مالك.

الثالثة: إذا ادعى عليه ملكا، فقال: ليس لي، إنها هو وقف على الفقراء أو على ولدي، أو هو ملك لطفل، لم يمنع ذلك من إقامة البينة للمدعى ما لم يثبت ما ذكر فتقف المخاصمة على حضور من يثبت له عليه الولاية، ولو قال: ليس هو لي، أو هو لمن لا أسميه، فأولى ألا يمنع من تمام المحاكمة. ولو قال: لفلان، وهو حاضر، فحضر، فللمدعي أن يحلف المقر له، فإن نكل حلف المدعي وأخذ المدعى به. وإن حلف المقر له فللمدعي أن يحلف المقر لأنه أثلف عليه بإقراره، فإن نكل حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به من المقر. ولو أضاف إلى غائب، فإن أثبت ذلك بينة انصرفت الخصومة عنه إلى الغائب، وإن لم يثبت ذلك لم يصدق وحلف، فإن رجع المدعى به إلى المدعي بغير يمين، فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه، لأن من هو في يده يتهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه.

الرابعة: إذا خرج المبيع مستحقا فله الرجوع على البائع بالثمن، فإن صرح في نزاع المدعى بأنه كان ملك البائع لم يرجع عليه لأن الغاصب ظلم البائع.

الخامسة: جواب دعوى القصاص على العبد يطلب من العبد، ودعوى الأرض يطلب جوابها من السيد.

السادسة: إذا ادعى ولم يحلف، فقال: لي بينة قريبة فاطلبوا منه كفيلا، أخذ منه كفيل بنفسه ما بينه وبين خمسة أيام إلى الجمعة، وكذلك إذا قامت البينة، فله طلب الكفيل قبل التعديل. ولو ادعى عليه خلطة وادعى بينة قريبة على اللطخ كاليوم ونحوه وكل بالمطلوب، وقال سحنون: يؤخذ منه كفيل.

الركن الثالث، اليمين:

والنظر في الحلف، والمحلف عليه، والخالف، والحكم.

أما الحلف، فهو: والله الذي لا إله إلا هو، لا يزداد على ذلك في شيء من الحقوق ولا تغليظ بالألفاظ.

وفي كتاب ابن سحنون من رواية ابن كنانة: يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار، وفي القسامة واللعان عند المنبر: بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن الأيمان في الحقوق والدماء واللعان وفي كل ما فيه اليمين على المسلمين: بالله الذي لا إله إلا هو.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، ورواه عن مالك في المدونة.

قال ابن القاسم: ولا يزداد على الكتابي: الذي أنزل التوراة والإنجيل، ولا يحلفون إلا بالله.

وروى الواقدي عن مالك: أن اليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى، ويحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، ويحلف الكافر حيث يعظم من كنيسه أو بيت ناره.

قال ابن حبيب عن مالك: إن الكافر يحلف بالله الذي لا إله إلا هو.

وتغلظ اليمين بالمكان في الأموال وغيرها من الحقوق على الطالب والمطلوب.

واختلف في التغليظ بالزمان، ففي كتاب ابن سحنون من رواية ابن كنانة: يتحرى بأيمانهم في المال العظيم وفي الدماء واللعان الساعات التي يحضر الناس فيها المساجد ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين.

وروى ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون: لا يحلف حين الصلاة إلا في الدماء واللعان، وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الإمام استحلفه، وقاله ابن القاسم وأصبغ.

وتخرج المخدرة فيما له بال من الحقوق إلى المسجد وتحلف فيه، والتي لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً، وتحلف في السير في بيتها إن لم تكن ممن تخرج ويبيع إليها من يحلفها، ويميز رجل واحد. وأم الولد مثل ذلك فيمن تخرج أو لا تخرج.

قال محمد بن عبد الحكم: والإماء في ذلك كالحرائر، وأمّهات الأولاد وغيرهن. قال: فإن احتاج الحاكم أن يحلف امرأة في بيتها من علة أرسل إليها رجلين عدلين أحب إلي من يعرفها. قال: وإن أرسل واحداً أجزاه ذلك إن شاء الله.

والعبد ومن فيه بقية رق كالحر في الأيمان.
ويحلف الحالف قائما مستقبل القبلة، روى ذلك ابن الماجشون.
وحكى ابن حبيب أن ذلك يختص بالحلف في المساجد، وأما في غيرها فيكونون قعودا.
وحكى ابن عبدوس عن أشهب أن القيام في الأيمان إنما هو في اللعان والقسامة دون
سائر الحقوق.

قال ابن القاسم: ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا في منبر قبر الرسول ﷺ، في ربيع
دينار فأكثر. قال مالك: ومن أبى أن يحلف عند المنبر فهو كالناكل عن اليمين.
فرعان في صفة اليمين:

الأول: قال في الكتاب: وشرط اليمين أن يطابق الإنكار.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا شهد الشاهد بإقرار المدعى عليه لم يكن للطالب أن
يحلف أن عليه كذا، ولا أنه غصبه كذا، ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا. قال: فإن
كان المدعى عليه غائبا زاد في يمينه: إن حقه عليه لباقي ولا عنده به رهن ولا وثيقة، ثم
يقضى له بذلك. وإن كان ميتا زاد، بعد قوله: ما عنده به رهن ولا وثيقة: ولا أبرأه منه، ولا
من شيء منه، ولا أحوال به ولا بشيء منه أحدا، ولا احتال به ولا بشيء منه على أحد وإنه له
عليه لثابت إلى يومه هذا، ثم يقضى له به. قال: وإن كان صاحب الحق قد مات أحلف من
بلغ من ورثته على مثل ذلك مما كان يحلف عليه، إلا أنهم يحلفون على العلم، وليس على من
لم يبلغ يمين، ويقضى لهم جميعا بالحق.

الفرع الثاني: لو جحد البائع قبض الثمن وادعى به على المبتاع فأنكره وأراد أن يحلف:
ما له عنده شيء، لم ينفعه حتى يحلف ما اشترى منه سلعة كذا، وبه قال مطرف.
وقال ابن الماجشون: إذا حلف: ما له عليه شيء من كل ما يدعيه، فقد برئ، واختاره
ابن حبيب. وروي عن ابن القاسم القولان.

وقال ابن حارث: قال أحمد بن زياد: قلت لمحمد بن إبراهيم بن عبدوس: إذا أسلف
الرجل الرجل مالا فقضاه إياه بعد ذلك بغير بينة وجحد القابض، فإن أراد أن يحلفه أنه ما
أسلفه، وقال المتسلف: بل أحلف ما له عندي شيء، قال: لا بد أن يحلف: ما أسلفه شيئا،
قال: قلت له: فقد اضطررتوه إلى يمين كاذبة، أو إلى غرم ما لا يجب له عليه، قال: فقال:
يحلف: ما أسلفه، فإن علم باطن أمره أنه قد قضاه عنى في ضميره سلفا يجب علي رده إليك
في هذا الوقت، وبرئ من الإثم في ذلك.

وأما المحلوف عليه، فيحلف الحالف على البت في كل ما ينسبه إلى نفسه من نفي أو
إثبات.

ويحلف على البت، أيضًا، في الإثبات المنسوب إلى غيره. وأما في النفي، فيكفي الحلف على نفي العلم، فيقول: لا أعلم على مورثي دينا، ولا أعلم منه إلتافا وبيعا. ويحلف من ادعي عليه: أنه دفع رديثا في النقد، ما أعطى إلا جيادا في علمه. ولو قال: ما أعرف الجيد من الرديء، فقال بعض الأصحاب: يحلف: ما أعطيته رديثا في علمي. وأما النقص، فإننا يحلف عليه على البت، لا على العلم.

ثم الحالف تحل له اليمين بظن غالب يحصل له من خط أبيه، أو خط نفسه، أو من يثق به، أو قرينة حال من نكول خصم، وغير ذلك. وقيل: لا يحلف إلا على ما يتيقنه. وذكر الإمام أبو عبد الله عن بعض أشياخه إضافة هذين القولين إلى مالك رضي الله عنه.

ثم النظر في اليمين إلى نية القاضي وعقيدته، فلا يصح تورية الحالف ولا ينفعه قول: إن شاء الله؛ بحيث لا يسمع القاضي.

وأما الحالف، فهو كل من توجهت عليه دعوى صحيحة مشبهة. والدعاوى على مراتب:

الأولى: وهي أعلاها، ما شهد العرف بأنها مشبهة.
والثانية: ما شهد بأنها مشبهة، إلا أنه لم يقض بكذبها.
والثالثة: ما قضي بكذبها.

أما الأولى، فمثل أن يدعي سلعة معينة بيد رجل، أو يدعي غريب وديعة عند خير، أو يدعي مسافر أنه أودع أحد رفقه، وكالمدعي على صانع منتصب للعمل أنه دفع إليه متاعا يصنعه. والمدعي على بعض أهل الأسواق والمتنصبين للبيع والشراء أنه باع منه أو اشترى. وكالرجل يذكر في مرض موته أن له دينا قبل رجل، ويوصي أن يبقى ضامنه فينكره، وما أشبه هذه المسائل. وهذه الدعوى مسموعة من مدعيها، وله أن يقيم البينة على مطابقتها، أو يستحلف المدعى عليه، ولا يحتاج في استحلافه إلى إثبات خلطة.

وأما المرتبة الثانية: وهي التي تليها، فمثل أن يدعي على رجل دينا في ذمته، ليس داخلا في الصور المتقدمة. وهذه الدعوى أيضًا تسمع، ولمدعيها أن يقيم البينة على مطابقتها، فأما استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك إلا بإثبات خلطة بينه وبينه.

ثم النظر في الخلطة، في تفسيرها، وما تثبت به، ودليل اعتبارها.

النظر الأول في تفسيرها. وقد اختلف أصحابنا فيه، فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: هي أن يسالقه أو يبايعه ويشترى منه مرارا، وإن تقابضا في ذلك الثمن والسلعة وتفاصلا قبل التفرق، وقاله أصبغ.

وقال سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء من الرجلين، يريد المتداعين.
وقال الشيخ أبو بكر: معنى ذلك أن ينظر إلى دعوى المدعي، فإن كانت تشبه أن يدعى
بمثلها على المدعى عليه أحلف له، وإن كانت مما لا تشبه وينفيها العرف لم يحلف، إلا أن
يأتي المدعي بلطخ.
وقال القاضي أبو الحسن: ينظر إلى المتداعين، فإن كان المدعى عليه يشبه أن يكون
يعامل المدعي أحلف.

ومنهم من قال: المسألة على ظاهرها، ولا يحلف إلا بثبوت الخلطة بينهما أو المعاملة.
فرع: إذا لم تكن خلطة، وكان المدعى عليه متهما، لم يستحلف.
وقال سحنون: يستحلف المتهم وإن لم تثبت خلطة.
النظر الثاني فيما تثبت به الخلطة:
وتثبت بإقرار الخصم بها، وبالشاهدين، وبالشاهد واليمين.
وقال ابن كنانة في المجموعة: تثبت بشهادة رجل واحد، أو امرأة واحدة.
وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية مثل ذلك.
وقال محمد: لا تثبت بالشاهد بغير يمين.

وفي تحليف من قامت عليه بينة فدفعها بعداوة قولان، المشهور منهما أنه لا يحلف.
النظر الثالث: في دليل اعتبار الخلطة. والدليل على لزوم اعتبار الخلطة، حيث قلنا
بلزوم اعتبارها، النص والمعنى.

أما النص، فما روى سحنون، عن ابن نافع، عن حسين بن عبد الله، عن أبيه، عن
جده، عن علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: "البينة على من ادعى،
واليمين على من أنكر" إذا كان بينهما خلطة "وبإثباتها أخذ علي بن أبي طالب، رضي الله
عنه، والفقهاء السبعة والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز وغيرهم.
وأما المعنى، فلما في ذلك من صيانة أهل الفضل والمنزلة عن البذلة وكف الأطراف
عنهم.

فأما الحديث المنقول بدون الزيادة المذكورة في الحديث الذي استدللنا به، وإن كان هو
الأشهر من حيث النقل، فإنه لم يرد لإرادة بيان العموم والاستفراق لمن تجب عليه اليمين،
بل إنما ورد للتنويع وتمييز جانب المدعي من جانب المدعى عليه، وبيان ما يختص به كل
جانب منهما، لا للتعرض لعموم من تجب عليه اليمين أو لخصوصه، وظهور هذا القصد

فيه يمنع من التعلق بعمومه، إذ المعتمد في المفهوم من ألفاظ العموم وشبهها ما يظهر من قصد مطلقها، لا مجرد صيغة العموم، ولهذا المعنى قلنا في قوله ﷺ: " فيها سقت السماء العشر^(١) "، وفيما سقي بنضح أو دالية نصف العشر^(٢): " إن المقصود منه تمييز النوعين، وتخصيص كل واحد منهما بحكم، لا الاستغراق في مقتضى الصيغة. ولذلك لم نعمم الحكم في الجنس ولا في القدر.

فإن قال قائل: إن هذا لا يمنع من التعلق به في الجملة، فلا يمكنه أن يحدد ضعفه لما ذكرناه، فإذا تنزلنا على صحة التعلق به مع ضعفه خصصناه بالمعنى الجلي في صيانة الأعراض كما تقدم. ثم الحديث الذي استدللنا به يقضي عليه، على جميع الأحوال، بالاتفاق، لتقييده وإطلاق هذا.

وأما المرتبة الثالثة: فمثالها أن يكون رجل حائز لدار يتصرف فيها مدة السنين الطويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة، وينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر أن له فيها حقاً، ولا مانع يمنعه مطالبته من خوف سلطان، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة ميراث، أو ما أشبه ذلك مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أخذهم أموال الشركة إلى نفسه، ولا منعتة غيبة، بل كان عرياً عن ذلك أجمع، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له، ويريد أن يقيم بينة بذلك، فدعواه غير مسموعة أصلاً، فضلاً عن بيته، وتبقى الدار بيد حائزها، لأن كل دعوى يفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة، قال الله تعالى: ﴿ وَأَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة لقمان آية ١٧] وأوجبت الشريعة الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوى كالنقد والحمولة والسير، وفي الأبنية ومعاهد القمط ووضع الجذوع على الحائط وغير ذلك، فكذلك في هذا الموضع، ولأن ذلك خلاف العادات، لأن الناس لا يسكتون على ما يجري هذا المجرى من غير عذر.

فرع: إذا اعتبرنا طول المدة، فقد اختلف في تحديدها، فحدها ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبح بعشر سنين، واستدل لهم بما ذكره سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ، قال: «من حاز عشر سنين فهو له»^(٣). وقال ابن القاسم أيضاً: إن التسع

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٨٣)، وأبو داود في سننه (١٥٧٢)، وابن خزيمة في صحيح ابن

خزيمة (٢١٥٨)، وأبو عوانة في مسنده (٢٦٧١)، والنسائي في السنن الكبرى (ج ٣: ص ٣٢).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (ج ٣: ص ٥٠٢)، والربيع في مسنده (٦٠١).

والثاني وما قارب العشر مثل العشرة. ولم يوقت مالك، ورأى أن ذلك على قدر ما ينزل ويحتهد فيه الإمام، فرب حائر يغتل ويخدم ويبيني ولا يدعي المالك ملكه ويتجافى عن هذا. قال: وما اغتل من ذلك أقصر مدة في الحيازة عما يحاز بالسكنى والحرق. وقال مطرف بقول ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون بقول مالك، وكان يرى من ورث عن حاز أقوى من موروثه في الحيازة، إلا أن يأتي الطالب ببينة على إسكان أو إعمار أو مساقاة ونحوه فيكون أولى. فرع: كل دعوى لا يقبل في إثباتها إلا شاهدان فلا تجب فيها اليمين بمجرد الدعوى، ولا ترد على المدعي، ولا يجب فيها شيء، وذلك مثل القتل العمد والنكاح والطلاق والعناق والنسب والولاء والرجعة وشبه ذلك.

وأما حكم اليمين، فهو انقطاع الخصومة في الحال لا براءة الذمة، بل للمدعي بعد ذلك أن يقيم البينة ويعتذر بأنه لم يعلم بأن له بينة، أو بأنها كانت غائبة. أما إذا كان عالماً بها وهي حاضرة، ففي الحكم له بها روايتان، المشهورة منهما: أنه ليس له أن يقيمها ولا تسمع بعد يمين المدعى عليه.

قال القاضي أبو الحسن: وقد قال به مالك. قال: وهو الأجود والأصح. وبالأولى قال ابن القاسم، وبالثانية قال ابن وهب وأشهب. الركن الرابع، النكول:

ولا يثبت الحق بمجردة، ولكن ترد اليمين على المدعي إذا تم نكول المدعى عليه. ويتم نكوله بأن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، أو يقول للمدعي: أحلف، أو يتهاذى على الامتناع من اليمين، فيحكم القاضي بنكوله. ثم حيث تم نكوله، ثم قال: أنا أحلف، لم يقبل منه.

وينبغي أن يعرض القاضي اليمين على المطلوب ويشرح له حكم النكول. ثم المدعي إن نكل فنكوله كحلف المدعى عليه، وإن حلف استحق. ولو قال: أمهلوني، أمهل. وإن قال المدعى عليه: إن بيني وبينه حسابا، وسأل المهلة حتى يراجع حسابه، أمهل اليومين والثلاثة، بعد إقامة كفيل بوجهه. وقال محمد بن عبد الحكم: يمهل على قدر ما يرى من ذلك.

الركن الخامس، البينة:

وقد ذكرت شروطها وصفاتها في الشهادات. والمقصود ههنا النظر في تعارض البينتين، ومهما أمكن الجمع بينهما جمع، وإن تناقضا وأمكن الترجيح رجعنا إليه، وإن استويا تساقطتا وبقي المدعى في يد من هو في يده مع يمينه إن كان من المتداعيين. واختلف

إذا كان من غيرهما، فقليل: يبقى في يده، وقيل: يقسم بين مقيمي البيتين لأنها قد اتفقتا على إسقاط ملك الحائز.

وروى مطرف وابن الماجشون أنه يقضى بأكثرهما عددا عند التكافؤ في العدالة، إلا أن يكون هؤلاء كثيرا يكتفى بهم فيها يلتبس من الاستظهار، والآخرين أكثر جدا، فهنا لا تراعى الكثرة.

ولو أقر من هو في يده لأحدهما لتنزل إقراره منزلة اليد للمقر له حتى ترجح البينة. ولو كان في أيديهما جميعا لقسم بينهما بعد أيانها.

فرع: حيث قلنا: يقسم بينهما، فإن لم يكن في أيديهما قسم على قدر الدعاوى، وإن كان في أيديهما، فاختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: أنه يقسم بينهما على قدر الدعاوى أيضًا، كما لو كان خارجا عن أيديهما. والآخر: أنها لا يتفاضلان بمجرد تفاضل الدعاوى، إذ سبب الاستحقاق بعد تساقط البيتين الحيازة وهما فيها سيان، بل تقسم بينهما نصفين لتساويهما فيها، إلا أن يسلم أحدهما للآخر بعض حيازته.

وكذلك لو كانوا جماعة لقسم بينهم على عدد رؤوسهم، إلا أن يسلم أحدهم بعض ما يخص حيازته.

فرع مرتب: إذا قلنا: إن القسمة على قدر الدعاوى إما تفريعا على القول بذلك مطلقا وإما لأن المدعى خارج عن أيدي المتداعين. وقد اختلف في كيفية ذلك، فروى ابن حبيب عن مالك: أن المدعى به يقسم جميعه على قدر الدعاوى، وإن اختلفت الحصص المدعى بها كعول الفرائض.

وبه قال مطرف وابن كنانة وابن وهب وأشهب وأصبغ.

وقال ابن القاسم وابن الماجشون: إن اختلفت الدعوى فإنه يقسم ما اشتركوا في الدعوى فيه، فيقسم بينهم على السواء، وأما ما اختلف بالدعوى به بعضهم فلا يقاسمه فيه من اختلف عنه بدعواه.

ثم اختلف في اعتبار الاختصاص على طريقين، يأتي بيان كل طريق منهما وفائدته في أثناء التمثيل، وذلك في صورتين.

الصورة الأولى: إذا تداعى رجلان في شيء، فادعى أحدهما جميعه، وادعى الآخر نصفه، وأقاما بينتين متكافئتين، فعلى قول مالك ومن وافقه عليه: يقسم المدعى به بينهما على ثلاثة أسهم، لمدعي الكل سهان، ولمدعي النصف سهم واحد. وعلى قول ابن القاسم وابن الماجشون: يقسم بينهما على أربعة أسهم، لمدعي الكل ثلاثة أسهم، ولمدعي النصف

سهم واحد، لأن مدعي النصف قد سلم لمدعي الكل النصف، وبقي النزاع بينهما في النصف الآخر، فيقسم بينهما نصفين.

ومثال الصورة الثانية: إذا كانوا ثلاثة وادعى الثالث الثلث، فعلى قول مالك: يقسم بينهم على أحد عشر سهماً، لمدعي الكل ستة أسهم، ولمدعي النصف ثلاثة، ولمدعي الثلث سهان، وذلك على ما تقدم من التشبيه بعول الفرائض.

وعلى قول ابن القاسم وابن الماجشون: تنقسم من اثني عشر، وتصح من ستة وثلاثين على إحدى الطريقتين.

وبيان ذلك: أن مدعي الكل قد سلم له النصف على هذا الطريق إذ لا ينازعه فيه أحد من صاحبيه، وسلم مدعي الثلث السدس، وهو الثلث من النصف الآخر وهو متنازع فيه بين مدعي الكل ومدعي النصف فيقتسمانه بينهما نصفين، ويبقى الثلث يقتسمونه كلهم، فيختص مدعي الكل النصف ستة أسهم، ونصف السدس سهم، وثلث الثلث سهم وثلث، تكون الجملة ثمانية أسهم وثلث سهم، ويخص مدعي النصف نصف السدس سهم وثلث الثلث سهم وثلث، تكون الجملة عن النصف نصف السدس سهم وثلث الثلث سهم وثلث، تكون الجملة سهمين وثلث سهم، ولا يخص مدعي الثلث سوى ثلاثة أسهم وثلث، فيضرب أصل المسألة في مخرج الكسر تبلغ ستة وثلاثين كما تقدم.

وأما على الطريق الثاني، فتقسم من أربعة وعشرين سهماً، ومنها تصح، وبيان ذلك أن مدعي الكل إنما سلم على هذا الطريق السدس لا غير، إذ لا ينازع فيه بوجه، وذلك أربعة أسهم من أربعة وعشرين سهماً تبقى عشرون، مدعي الكل يدعيها وصاحبا يدعيانها، فتقسم بينه وبينها نصفين، له نصفها عشرة أسهم يصير له أربعة عشر سهماً، وتبقى له عشرة أسهم، مدعي الثلث يسلم منها سهمين، لزيادتهما على الثلث، يأخذها مدعي النصف، ثم يقتسمان الثلث الباقي بينهما نصفين، يتحصل لمدعي النصف ستة أسهم، ولمدعي الثلث أربعة، فهذا فرق ما بين الطريقتين وثمرته.

أما إذا وجد الترجيح فمداركه أربعة:

المدرک الأول: زيادة المزية في العدالة دون زيادة العدد، على الرواية المشهورة.

المدرک الثاني: قوة الحجة، قال أشهب: يقدم الشاهدان على الشاهد واليمين، وعلى الشاهد والمرأتين، إن استويا في العدالة.

وقال ابن القاسم: لا يقدمان. قال: ولو كان الشاهد أعدل من كل واحد منهما لحكم به مع اليمين، وقدم على الشاهدين.

وفي العتبة من رواية أصبغ عنه تقديم الشاهدين. وأخذ أصبغ بقول الأول.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يقدم، وإن كان أعدل أهل زمانه.
ولو اقترنت بالحجة الضعيفة لم تعتبر اليد، وقد بينا أن زيادة العدد في الشهادة لا تؤثر في الترجيح، على مشهور الرواية بخلاف العدالة.

فرع: إذا قدمنا الأعدل، فلو كانت البينة من الجانبين مقبولة بالتعديل، فهل ينظر إلى كون المعدلين في أحد الجانبين أظهر عدالة، أو أعرف بوجوهها من المعدلين في الجانب الآخر أم لا؟ لا يعتبر ذلك ابن القاسم وابن الماجشون، واعتبره مطرف، وروى نحوه.
المدرک الثالث: اليد، فتقدم بينة الداخل على بينة الخارج، عند التكافؤ، مع يمينه على الخلاف أيضًا.

وذهب عبد الملك إلى أن الحائز لا ينتفع ببينة، وأن بينة المدعي أولى لتخصيص البينة في الحديث.

فرعان: الأول: إذا قامت البينة على الداخل فادعى الشراء من المدعي، أو ثبت الدين، فادعى الإبراء، فإن كانت البينة حاضرة سمعت قبل إزالة اليد وتوفية الدين، وإن كانت غائبة غيبة قريبة أمهل لتأتي، وإن كانت بعيدة طولب في الوقت بالتسليم، ثم إذا قام البينة استرد.

الثاني: من أقر لغيره بملك، ثم عاد إلى الدعوى لم تقبل منه دعواه حتى يدعي تلقي الملك من المقر له.

المدرک الرابع: اشتغال إحدى البينتين على زيادة تاريخ أو سبب ملك. فإذا شهدت بينة أنه ملكه منذ سنة والأخرى منذ أكثر من ذلك قدم السابق. وإن كانت إحداها مطلقة والأخرى مؤرخة، قدمت المؤرخة على المطلقة. وحكى أبو الحسن اللخمي فيها خلافاً.
ولو كانت إحداها مطلقة والأخرى مضافة إلى سبب من نتاج أو زراعة أو غيره لقدمت المضافة إلى السبب.

فرع: الأول: لو شهدت البينة بملكه بالأمس، ولم تتعرض للحال، لم تسمع حتى يقول في الشهادة: إنه لم يخرج عن ملكه في علمهم. ولو شهدت أنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار ويستصحب موجه.

ولو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس، نزع من يده، لأنه يخبر عن تحقيق فيستصحب. كما لو قال الشاهد: هو ملكه بالأمس، أو اشتراه من المدعى عليه بالأمس.
ولو شهد على أنه كان في يد المدعي بالأمس لم يأخذه بذلك حتى تشهد البينة أنه ملكه.
ولو شهدوا أنه انتزعه منه أو غصبه أو غلبه عليه هذا، فالشهادة على هذا جائزة، وتجعل للمدعي صاحب اليد.

الفرع الثاني: لو شهدت بيته أحدهما بالملك وبينه الآخر بالحوز، قضى لمن شهد له بالملك، ولو كان تاريخ الحوز متقدما.

الفرع الثالث: إذا ادعى ملكا مطلقا، فذكر الشاهد الملك والسبب لم يضر.

الفرع الرابع: ابن مسلم وآخر نصراني، إذا ادعى المسلم أن أباه أسلم ثم مات فالقول قول النصراني، والمقدمة بينة المسلم إن تعارضتا لأن الناقله أولى من المستصحبة. وكذلك لو ادعى الابن الإرث في دار، وادعت زوجة أبيه أن أباه أصدقها إياها أو باعها لها قدمت بيتهما.

ولو شهدت بيته النصراني أنه نطق بالتنصر ومات عقب ذلك، فهما متعارضتان.

ولو كان الميت مجهول الدين، فادعى كل واحد أنه مات على دينه، فلا ترجيح لبيته المسلم. وقيل: ترجح. وإن لم تكن بيته، فليست دعوى أحدهما بأولى من دعوى الآخر بالتصديق، فيجعل كأن المال في أيديهما فيقسم بينهما. ولو كان في يد أحدهما لم يخص بالتصديق بعد إقراره بأنه من جهة الإرث. ولو كان عوض الاثنين جماعة واختلفت الدعوى منهم وقلنا بالقسم بينهم، قسم عليهم المال نصفين وإن تفاوتت أعدادهم، بل لو كان في إحدى الجهتين جماعة وفي الأخرى واحد، لكان لهم النصف وله النصف، لأن استحقاق من في إحدى الجهتين كاستحقاق من في الجهة الأخرى على حد سواء. فإن كان مع الولدين المتداعيين في دين أبيهما طفل، فقال سحنون: يحلفان ويوقف ثلث ما بيد كل واحد منهما حتى يكبر الصغير فيدعي دعوى أحدهما فيأخذ ما أوقف له من سهمه، ويرد إلى الآخر ما أوقف من سهمه.

وقال أصبغ في العتبية: كلاهما مقر للصغير بالنصف، فله النصف، ويجبر على الإسلام، ولهذين جميعا النصف بينهما.

قال سحنون: فإن مات قبل أن يبلغ حلفا واقتسما ميراثه، وإن مات أحدهما قبل بلوغه وله ورثة يعرفون فهم أحق بميراثه وإلا ترك، فإذا كبر الصبي وادعاه كان له.

الفرع الخامس: إذا مات النصراني في رمضان، فادعى أحد ابنيه أنه أسلم في شوال فيرثه، وقال الآخر: لا، بل أسلم في شعبان فلا يرثه، فبيته النصراني أولى لأنها ناقلة، والقول قول المسلم إذا لم تكن بيته، لأن الأصل بقاء الكفر.

ولو اتفقا على أن أباهما مات مسلما وأن أحدهما كان حيتنزا مسلما، وادعى الآخر أنه كان هو أيضًا مسلما قبل موت أبيه وناكره أخوه في ذلك فعلى المدعي البيته، لإنكار أخيه ما ادعاه من تغيير الأصل، ويرث المتفق على إسلامه.