المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن

المحيط البرهاني في الفقه النعماني

للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبدالعزيز بن مازه المرغيناني الحنفي

المتوفى سنة ٦١٦هـ

تحقيق

(كتاب الدعوى)

تحقيق الطالب: فهد بن عبدالرحمن بن ثنيان العبيكان

رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في الفقه الإسلامي

إشراف
أ. د. عبدالعزيز بن عبدالرحمن الربيعة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الكريم الوهاب ، العظيم التواب ، رب الأرباب ، ومسبب الأسباب ، وخالق البشر من تراب ، المنزل للكتاب ، والباعث نبيه محمد ﷺ بأقوم شرع وأهدى خطاب ، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على الرحمة المهداة ، والنعمة المسداة ؛ حبيبنا ورسولنا ومعلمنا محمد بن عبد الله ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن والاه ، أرسله بالهدى ودين الحق ؛ ليظهره على الدين كله ، ولو كره المشركون ، نذيرًا وبشيرًا ، وداعيًا إلى الله بإذنه وسراجًا منيرًا ، جزاه الله عنا وعن الإسلام والمسلمين أفضل ما جزى نبيًا عن أمته ، وأماتنا على ملته ، وحشرنا في زمرته .

أما بعد : فإن ربي قد مَنّ علي بسلوك طريق طلبة العلم منذ يفوعة شبابي ، وغرس في قلبي - بكرمه - محبة العلم وأهله ، ثم أكرمني بالانتساب إلى هذه الجامعة المباركة فنلت منها - بمنه وكرمه - شهادة البكالوريوس ثم الماجستير ، وها أنذا أسعى فيها للحصول على شهادة الدكتوراه .

وكان مما انشرح صدري لتقديمه في هذه المرحلة (الدكتوراة) كتاب « المحيط البرهاني » للإمام محمود بن أحمد بن مازه البخاري الحنفي الذي تبنى المعهد العالي للقضاء بهذه الجامعة الميمونة تحقيقه وإخراجه ونقله من عالم المخطوط ، فجزى الله كل من ساهم وساعد وأشرف على هذا العمل خير الجزاء .

وقد قمت بتحقيق كتاب الدعوى منه راجياً من الله التسديد والقبول .

أهمية تحقيق مخطوطات الفقهاء :

ولما كان لفقهاء الإسلام الأئمة الأعلام القِدْحَ المُعَلَّى وقصب السبق في خدمة هذا الدين ، وكانت لهم المنة العظمى على هذه الأمة ، فقد بذلوا جهودهم ، وأفنوا أعمارهم ، وكدّوا أذهانهم في استخراج واستنباط الأحكام الشرعية والتفريعات الفقهية من مصادرها ،

مع تعيين وتبيين مراتبها ودرجاتها ، فقدموها إلى هذه الأمة مرتبة سهلة سمحة نقية منقحة ، فتيسر لكل مسلم التفقه في دين الله ، والعمل بالشريعة الغراء من غير كدٍّ أو عناء ، ولولا رأفة الله بهذه الأمة ورحمته بها ، ثم ما قيَّضه من علماء ؛ لغاص الناس في ظلمات الجهل والضلال ، لا يميزون الحلال عن الحرام ، ولا يعرفون المفروض من المندوب .

فاستنباط الحكم الشرعي والفتوى الشرعية أمر في غاية الخطورة وفي غاية الصعوبة لولا تذليل الله لنا إياه عبر هؤلاء العلماء الكرام ورثة سيد الأنام ﷺ ، الذين هم منائر ومشاعل نور لمن أراد طاعة الله ، والوصول إلى الشرع الإلهي والهدي المحمدي ، فجزاهم الله عنا وعن المسلمين خير الجزاء ولقَّاهم نضرة وسروراً .

لما كان للفقهاء - أحسن الله إليهم - ما كان مما سبق ذكره ، كان في إحياء آثارهم وإبراز علومهم فضل كبير ووفاء عظيم ، فهو من الوفاء المطلوب شرعاً وعقلاً وعرفاً ، فمن حق الآباء على الأبناء ، والأجداد على الأحفاد أن يظهروا علومهم وكنوزهم ، وأن يعتزوا بأنوارهم وجميل آثارهم .

ثم إن في إظهار تلك الذخائر والجواهر إبرازًا وتجلية لشموخ ورسوخ الصرح الفقهي الذي أشاده فقهاء هذه الأمة المؤيدة المصونة .

وقد أحببت أن يكون لي شرف الانتساب لهؤلاء الأعلام الكرام عَلَّني أحشر معهم بتحقيق هذا الجزء من الكتاب لعدة أسباب .

أسباب اختيار الموضوع :

أولاً : السلوك في سلسلة أهل العلم ؛ فتحقيق كتبهم إحدى طرق السلوك في سلسلتهم والانتساب إليهم .

ثانياً : خدمة الفقه الإسلامي ، وإظهار عظمة فقهنا وفقهائنا وما قدموه لهذه الأمة بل للإنسانية جمعاء .

ثالثاً : المساهمة في إخراج هذا الكتاب العظيم من ظلمات المستودعات والمكتبات وعالم المخطوطات إلى عالم المحققات والمطبوعات ، وتيسير الاطلاع عليه بعد أن كان عسيراً لطلبة العلم والباحثين .

رابعاً : علو منزلة الكتاب وعظم شأنه فهو بحق « المحيط » وهو بحق معلمة (موسوعة) من معالم الفقه الإسلامي عموماً ، والفقه الحنفي خصوصاً ، وذلك لأنه :

أ - جمع مسائل الفقه الحنفي إلى زمانه بأنواعها الثلاثة : ١ - الأصول المسماة : ظاهر الرواية . ٢ - النوادر ٣ - الواقعات المسماة بالنوازل والفتاوى .

ب - إتقان مؤلفه في ترتيب الكتب والفصول والمسائل .

ج - توسع مؤلفه وتطويله ، فالكتاب يعد من مُطَوَّلات الفقه الحنفي وكتبه المبسوطة الموسعة .

د - براعة مؤلفه في ربط الفروع بالأصول من القواعد والضوابط والأدلة والتعليلات .

خامساً : علو منزلة المؤلف إذْ عُدَّ من المجتهدين في المسائل ، وقد أكثر العلماء من بعده النقل عنه واعتماد كتابه هذا مرجعاً للعلم والفتوى .

سادساً : أن في العمل في التحقيق مساهمة في إخراج هذا التراث العظيم ، وصقلاً لعلم الباحث ، وفتح آفاق له في العلوم والفنون .

سائلاً الله - وأنا متوسلٌ بكرمه ورحمته - الستر والعفو والقبول والإحسان .

منهجي في النقل والتوثيق :

أولاً : إخراج نص الكتاب على أقرب صورة وضعه عليها المؤلف ، وذلك باتخاذه الخطوات الآتية :

١ - اختيار نسخة تكون أصلاً ، وقد اتخذت نسخة دار الكتب المصرية أصلاً لكمالها ووضوحها ، وقابلتها على ثلاث نسخ أخرى ومطبوعة يأتي ذكرهن في مكانه .

٢ - اعتماد هذه النسخة وجعلها أصلاً والمحافظة على نصها إلا إذا تبين أن هناك خطأ واضحاً لا يستقيم معه الكلام ، فيصوب من النسخ الأخرى ويجعل بين قوسين معكوفين هكذا [ ] ويشار إلى ذلك في الهامش مع إثبات عبارة الأصل في الهامش أيضاً .

فإن لم يكن في النسخ الأخرى ما يصوب العبارة ، فأجتهد في تصويبها وأشير إلى ذلك في الهامش مع إثبات ما ورد في النسخ في الهامش أيضاً .

٣ - إثبات ما قد يسقط من الحروف أو الكلمات من الأصل ، في الصلب بين قوسين معكوفين هكذا [ ] ويوجه ذلك في الهامش مع الإشارة إلى ما يعزز ذلك من المصادر والمراجع .

٤ - رسم الكتاب بالرسم الحديث بدون إشارة إلى ذلك في الهامش .

٥ - إعجام ما أهمله المؤلف من الكلمات مع الإشارة إلى ذلك في الهامش إلا إذا اختلف المعنى بذلك الإعجام .

٦ - ضبط ما يحتاج إلى ضبط من ألفاظ الكتاب .

٧ - استعنت بطالب علم فارسي في ترجمة العبارة الفارسية الصعبة ، وإلا فقد ترجمتها من المعاجم الفارسية العربية .

ثانياً : ربط الكتاب بمصادره التي أفاد منها إفادة مباشرة .

ثالثاً : توثيق وتحرير الآراء التي ذكرها المؤلف وذلك بإرجاعها إلى مصادرها الأصلية .

رابعاً : مناقشة المؤلف في أدلته مع مناقشته في ردوده على أدلة المخالفين إن اقتضى المقام ذلك .

خامساً : عزو الروايات التي ينقلها المؤلف عن إمامه من مصادرها المعتبرة .

سادساً : التنبيه على الأخطاء العقدية إن وردت في الكتاب .

سابعاً : بيان موضع الآيات من السور مع الإشارة إلى تفسير الآية إن اقتضاه المقام .

ثامناً : تخريج الأحاديث الواردة في الكتاب والحكم عليها ، مع التنبيه على الاختلاف في ألفاظ الحديث إن وقع ، ومع الاكتفاء بالعزو إلى الصحيحين أو أحدهما إن كان الحديث وارداً فيهما أو في أحدهما ، وأما الحكم على الحديث فإني أكتفي بما حكم عليه العلماء من ذوي الاختصاص عليه ، والله الموفق .

تاسعاً : تخريج الآثار الواردة في الكتاب والحكم عليها .

عاشراً : عزو الأبيات الشعرية إلى قائليها .

حادي عشر : عزو الأمثال مع بيان القائل للمثل .

ثاني عشر : شرح المفردات اللغوية الغريبة .

ثالث عشر : شرح المصطلحات الفقهية والأصولية والحديثية الغريبة .

رابع عشر : التعريف بالأعلام وذلك بإيراد ترجمة قصيرة تتضمن اسم العلم ، وولادته ، ومذهبه ، وبعض كتبه ووفاته .

خامس عشر : التعريف بالطوائف والفرق والمذاهب .

سادس عشر : التعريف بالمدن والبلدان والمواضع الوارد ذكرها في الكتاب .

سابع عشر : التعريف بالكتب الوارد ذكرها في الكتاب مع بيان المطبوع والمخطوط .

ثامن عشر : التنبيه على الأخطاء اللغوية والنحوية إن وجدت .

تاسع عشر : ربط موضوعات الكتاب بعضها ببعض .

عشرون : وضع الفهارس العامة وأهمها :

١ - فهرس الآيات القرآنية .

٢ - فهرس الأحاديث النبوية .

٣ - فهرس الآثار .

٤ - فهرس القوافي ، وقد ألغيته لعدم وجود أشعار في الجزء الذي حققته .

٥ - فهرس الأمثال ، وقد ألغيته لعدم وجود أمثال في الجزء الذي حققته .

٦ - فهرس الأعلام .

٧ - فهرس الطوائف والفرق والمذاهب ، وقد ألغيته ولاحقه لعدم ورود شيء منهما في القسم الذي حققته .

٨ - فهرس القبائل والجماعات .

٩ - فهرس الأماكن والبلدان .

١٠ - فهرس الكتب والرسائل الواردة في الكتاب .

١١ - فهرس المصادر والمراجع .

١٢ - فهرس الموضوعات .

الصعوبات :

١ - كثرة النقول غير الواضحة مما يتطلب جهداً لمعرفة المصدر الذي نقل عنه المؤلف رحمه الله .

٢ - عدم العثور على تراجم بعض الأعلام .

٣ - ذكر المؤلف لعبارات وكلمات فارسية مما تطلب الاستعانة بأحد طلبة العلم الفارسيين .

وعموماً فهي صعوبات يسيرة لا تستحق الذكر أمام ما لقيه علماؤنا السابقون من صعاب في سبيل العلم وتحصيله رحمهم الله وجزاهم عنا وعن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

شكر ودعاء :

وفي ختام هذه المقدمة الوجيزة أحمد الله على نعمه وإحسانه وإسباغه وإكرامه ، ثم أثني بالشكر والدعاء لوالديّ الكريمين رحم الله والدي وبارك في عمر والدتي ، اللذين أنشأني ونشَّأني على الإسلام والإيمان وحب العلم والخير ، ثم أثلث بالشكر الموصول لفضيلة المشرف فضيلة الشيخ الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة لتفضله بالإشراف على الرسالة ولتوجيهاته الكريمة ، أسأل الله أن يجزيهم جميعاً عني خير الجزاء .

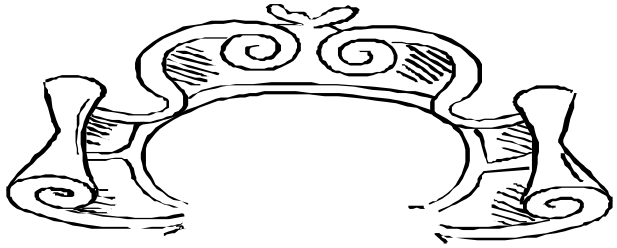
كما أتوجه بالشكر إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ممثلة في المعهد العالي للقضاء إدارة وأساتذة على ما قدموه وبذلوا ويسروا من سبل لطلاب الدراسات العليا شكر الله لهم وأحسن إليهم .

وفي الختام أسأل الله التسديد والتوفيق والقبول ، والحمد لله أولاً وآخراً ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .

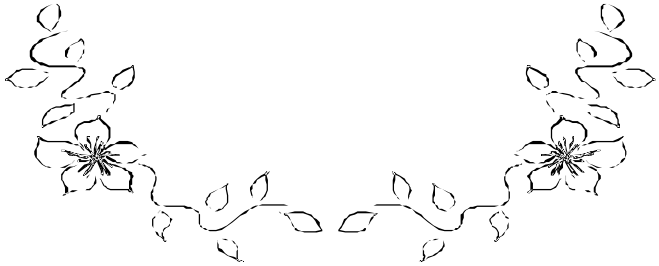
وكتبه

فهد بن عبد الرحمن بن ثنيان العبيكان

الرياض ١٥/ ٦/ ١٤٢٨هـ



القسم الدراسي



تنويه :

لم أتوسع في هذا القسم ؛ لأن من قبلي من الباحثين في الأجزاء السابقة قد تناولوه بالتفصيل ، فالتفصيل فيه يكون من باب التكرار .

التمهيد : عصر المؤلف :

الحالة السياسية :

كانت الحقبة التي عاش فيها المؤلف رحمه الله منذ ولادته بمرغينان في النصف الثاني من القرن السادس الهجري إلى وفاته ببخارى في أوائل القرن السابع الهجري تتسم بالقلاقل وعدم الاستقرار ، ونشوء الدول ذات الطابع المحلي ، فقد ضعفت عبر السنين السلطة المركزية للدولة العباسية ، وانحسر نفوذها إلى بغداد وبعض بلاد العراق[1] ، وبدأت الأسر القوية أو القواد الطامحون في تأسيس دول تعتمد في أغلب الأحيان على العصبية والغلبة ، وتعتمد أحياناً على الاستقلال بمدينة وما جاورها ، وإن بقيت على ولاء اسمي للخليفة في بغداد ؛ فظهرت دول السلاجقة والبويهيين والخوارزميين والأيوبيين والموحدين ، ولم يعد للخليفة في بغداد إلا السلطة الاسمية على مناطق هذه الدويلات والممالك . وقد نتج عن هذا التغيير الذي امتد قروناً من الزمن ؛ الفتن والحروب والثورات وما تبعها من الاضطراب والفوضى ، كما نتج عنها كذلك ظهور الدول المحلية التي ساهمت من ناحية أخرى في انتعاش العلم في المراكز الإقليمية والمدن العواصم ؛ فقد وفر سلاطين وملوك وأمراء هذه الدول الأوقاف الكثيرة لطلبة العلم وأسسوا المدارس واجتذبوا العلماء ، فلا تكتمل أبهة الملك وحضارة المملكة إلا بالعلم وازدهاره .

ومن الواضح من مؤلفات المؤلف ومؤرخي تلك الفترة ؛ أن الدولة العباسية في بغداد لم يكن لها شأن يذكر في تلك البلاد ، ومع ذلك فقد كانت العلاقة معها علاقة

---

(١) ينظر « البداية والنهاية » لابن كثير ١٣: ٢٠٥ ، « العبر في خبر من غبر » للذهبي ٣: ١٨٥ .

ودية تتسم بالولاء ، كما يتبين من الاستقبال الذي حظي به في بغداد أحد أقارب المؤلف ، وقد تولى الخلافة في مدة حياة المؤلف رحمه الله أربعة من خلفاء بني العباس وهم :

- المقتفي بأمر الله أبو عبد الله محمد بن المستظهر بالله . وخلافته من عام ٥٣٠هـ حتى ٥٥٥هـ .
- المستنجد بالله أبو المظفر يوسف بن المقتفي . وخلافته ٥٥٥هـ حتى ٥٦٦هـ .
- المستضيء بأمر الله أبو محمد الحسن بن يوسف . وخلافته من عام ٥٦٦هـ حتى ٥٧٥هـ .
- الناصر لدين الله أبو العباس أحمد بن المستضيء . وخلافته من عام ٥٧٥ حتى ٦٢٢هـ[١] .

وكانت بلاد المؤلف - بلاد ما وراء النهر - بيد السلاجقة وهم من شعوب الترك الذين اعتنقوا الإسلام ، ثم تلتهم دولة الخوارزميين عام ٥٦٨هـ الذين قضوا على دولة السلاجقة بعد معارك طاحنة ، ولكنهم لم يبسطوا نفوذهم على منطقة بخارى وسمرقند إلا عام ٦٠٤هـ عندما احتل بخارى محمد بن تكش شاه خوارزم[٢] .

وقد كانت أسرة آل برهان الدين « بنو مازه » التي تنتسب إلى برهان الدين عبد العزيز بن عمر ابن مازة جد المؤلف تحكم بخارى ما يزيد على القرن من الزمن[٣] ، ويبدو أن حكم الأسرة جاء برغبة من أهل المنطقة دون فتن وقلاقل ذات شأن ، فقد خلت كتب المؤرخين من أحداث رئيسة في هذا الشأن .

وحكم جد المؤلف بخارى قرابة الثلاثين سنة (٤٨٠ - ٥١٠هـ) وأعقبه ابنه وعم المؤلف عمر بن عبد السلام حسام الدين ستاً وعشرين سنة (٥١٠ - ٥٣٦هـ) إلى أن قتل في

---

(١) ينظر « البداية والنهاية » لابن كثير ١٢: ٣٠٤، ٢٦٢، ٢٤١، ٢١١، ١٣: ١٠٦ ، « تاريخ الخلفاء » للسيوطي ٤٤١ .

(٢) ينظر « مرآة الجنان » لليافعي ٣: ٤٧٦ ، « موسوعة دول العالم الإسلامي » ٢: ٨٩٥ .

(٣) ينظر « معجم الأنساب والأسرات الحاكمة » ٣١٩ ، « موسوعة دول العالم الإسلامي » ٢: ٨٩٥ .

معركة (قطوان) عام ٥٣٦هـ في الحرب مع الصينيين الذين استولوا على بخارى ومنطقتها وأقروا أسرة المؤلف في منصبها ثم بخارى، فقد وصف ابن الأثير[١] ابنه محمد بن عمر بأنه « رأس الحنفية ببخارى ، وهو كان صاحبها على الحقيقة يؤدي الخراج إلى الخَطَا - أي الصينيين - وينوب عنهم في البلد » .

وقد ذكره كذلك الذهبي في « تاريخ الإسلام » في حوادث سنة ٦٠٣ : وفيها قدم بغداد حاجاً العلامة برهان الدين محمد بن عمر بن مازة الملقب صدر جهان ، وتلقاه الأعيان ، وكان معه ثلاثمائة فقيه ، وكان زعيم بخارى يؤدي الخراج إلى الخطا ، وينوب عنهم بالبلد ، ويظلم ويعسف ، حتى لقبوه « صدر جهنم »[٢] .

وقد بقي النفوذ الصيني في المنطقة إلى أن ضعف عندما ظهرت الدولة الخوارزمية عام ٥٦٨هـ ، واستولت الدولة الخوارزمية على بخارى « موطن المؤلف » عام ٦٠٤هـ عندما احتلها السلطان محمد تكش شاه خوارزم[٣] .

واستمرت الدولة الخوارزمية في ما وراء النهر حتى أواخر سنة ٦١٦هـ فقد سقطت إزاء اجتياح التتار في غزوهم الكاسح المدمر والذي قضى على كثير من مراكز العلم والحضارة ودمر المكتبات والأوقاف ، فكان كارثة على المسلمين والبشرية[٤] .

* * *

(١) « الكامل » لابن الأثير ٧: ٢٤٣ .

(٢) « تاريخ الإسلام » ١٣: ١١ ، والتسمية بدلاً من لقبه الرسمي « صدر جهان » .

(٣) ينظر « موسوعة دول العالم الإسلامي » ٢: ٨٩٥-٨٩٦ ، « الكامل » لابن الأثير ٩: ٤ ، « المغول في التاريخ » ١: ٦٢ .

(٤) ينظر « البداية والنهاية » لابن كثير ١٣: ٨٣ ، « المغول في التاريخ » ١: ١١١ ، « العبر في خبر من غبر » للذهبي ٣: ١٧٢ .

الحياة العلمية في عصر المؤلف :

أدى نشوء الدول المحلية - كما أسلفت - إلى ازدهار الحركة العلمية ونشوء مراكز علمية في عواصم وحواضر هذه الدول ، واهتم حكام تلك الدول اهتماماً كبيراً بإنشاء المدارس وخصصوا لها الأوقاف ، وقربوا العلماء ووصلوهم بالهبات والمكافآت ، وتولى الحكام في أغلب الأحيان تعيين مديري المدارس من الفقهاء البارزين ، وتميزت بلاد ما وراء النهر بهذا كما يتضح من عشرات المدارس الكبيرة ، ومئات المدارس الصغرى التي تزخر بها سمرقند وبخارى وغيرها من الحواضر والقصبات ، ويتبدى هذا جلياً في بلاد ما وراء النهر ، التي كانت مدارسها الكثيرة تعج بالعلماء وطلبة العلم ، وقد ترك فقهاء تلك البلاد تراثاً ثميناً حافلاً ، يتمثل في الإمام السمرقندي وفي كتابه « تحفة الفقهاء » ، وصهره الإمام الكاساني وفي كتابه « بدائع الصنائع » ، وقاضي خان وفي كتابه « الفتاوى » ، والمرغيناني وفي كتابه « الهداية » ، وغيرهم .

وقد لفت هذا نظر ابن خلدون وهو يتحسر على اضمحلال العلم في الأندلس : « ثم أن المغرب والأندلس ، لما ركدت ريح العمران بهما ، وتناقصت العلوم بتناقصه ، اضمحل ذلك منهما ، إلا قليلاً من رسومه تجدها في تفاريق من الناس ، وتحت رقبة من علماء السنة . ويبلغنا عن أهل المشرق أن بضائع هذه العلوم لم تزل عندهم موفورةً ، وخصوصاً في عراق العجم وما بعده فيما وراء النهر ، وأنهم على بحر من العلوم العقلية والنقلية ، لتوفر عمرانهم واستحكام الحضارة فيهم . ولقد وقفت بمصر على تآليف في المعقول متعددةٍ ، لرجلٍ من عظماء هراة ، من بلاد خراسان ، يشتهر بسعد الدين التفتازاني ، منها في علم الكلام أصول الفقه والبيان ، تشهد بأن له ملكةً راسخةً في هذه العلوم . وفي أثنائها ما يدل له على أن له اطلاعاً على العلوم الحكمية وتضلعاً بها وقدماً عاليةً في سائر الفنون العقلية . والله يؤيد بنصره من يشاء »[1] .

---

(١) « مقدمة ابن خلدون » ٣: ١٢٢٥ .

السمات العلمية لعصر المؤلف :

- **استحكام المدارس الفقهية المذهبية** : لعل من أهم أسباب اتباع مذهب بعينه في الأصول والفروع ، رغبة الحكام في توحيد قرارات المحاكم في سلطانهم درءاً للتناقض وطلباً للعدل ، وتبع ذلك وقف المدارس والمساجد والمكتبات على مذهب الدولة أو الحاكم ، وكانت نتيجة ذلك أن أصبح الالتزام المذهبي مبدأً رسمياً تأخذ به الدولة وتعضده ، وصارت - تبعاً لذلك - سمة التقليد والانتصار لمذهب فقهي معين هي الأصل الذي يقوم عليه التعليم والقضاء ، ونتج عن ذلك المناظرات والمواجهات بل والحزازات بين الفقهاء في انتصارهم لما يرونه الحق من مذاهبهم .

والمؤلف رحمه الله - شأنه شأن فقهاء عصره - ينسج على هذا المنوال في اتباع المذهب الحنفي والانتصار له في مؤلفاته وفتاواه وشرحه للمختصرات وجمعه للمسائل والنوادر والواقعات[1] ، ويستند في آرائه وفتاواه إلى أقوال الأئمة مثل أبي يوسف ومحمد بن الحسن وغيرهم من سابقيه وأفراد أسرته ، ويقيس عليها المسائل في دربة اشتهر بها فقهاء الحنفية .

- **تصنيف الشروح والمختصرات والتعقيبات** : تكاد تكون مؤلفات هذه الحقبة سلسلة متتالية من المختصرات وشروحها والتذييل عليها ، تتناول كتب أئمة المذهب المتقدمين ، أو تجمع فتاوى فقهائه وأعلامه المتأخرين ، ويتضح هذا في مؤلفات المؤلف فهي شروح لمؤلفات من سبقوه من أئمة المذهب كالصاحبين أو جمع وشرح لمؤلفات وأقوال عمه وأبيه رحمهم الله كما بين ذلك في مقدمة كتابه « المحيط البرهاني » .

---

(١) « تاريخ الإسلام السياسي والديني والاجتماعي » ٤: ١٣٤ ، « الكامل » لابن الأثير ١٢: ٤٣٨ ، « التاريخ الإسلامي » محمود شاكر ٢: ٣١٣ .

- **بروز المدارس الفقهية المحلية** : أدى قيام هذه الدول الإقليمية إلى ظهور مدارس فقهية محلية وأدى بعد المسافات واضطراب الأحوال والعلاقات السياسية المتوترة إلى ضعف الاتصال والتبادل العلمي بين هذه المدارس ، فضعف التجديد إذ عماده تلاقح الأفكار وتغيير الأساليب والتأثر باختلاف البيئات .
- **انعكاس الأحداث السياسية** : كان للحروب والوقعات أثر واضح على تدمير محاضن العلم من مدارس ومكتبات وأوقاف ، كما هاجر على إثرها كثير من العلماء أو قتلوا فيها وتذكر كتب التاريخ أنه قد قتل في موقعة قطوان أكثر من مائة ألف مسلم ، منهم اثنتا عشر ألف عمامة منهم عم المؤلف رحمة الله عليهم أجمعين ، وقد جاء اجتياح التتار وما اتسم به من وحشية وقسوة ليكون قاصمة الظهر لحواضر ما وراء النهر وأهمها مدينة بخارى وسمرقند التي أحرقها هؤلاء وفتكوا بأهلها .

❊ ❊ ❊

المبحث الأول : حياة المؤلف

المطلب الأول : اسمه ونسبه ومولده :

اسمه ونسبه : هو محمود[١] بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري المرغيناني ، ويكنى بأبي المعالي ، ويلقب بعدة ألقاب أشهرها : برهان الدين ، وصدر الدين ، وصدر الإسلام[٢] .

أبوه أحمد الملقب بالصدر السعيد وبتاج الدين .

وأما جده فهو عبد العزيز بن عمر أبوه محمد الملقب ببرهان الأئمة وبالصدر الماضي وبالصدر الكبير المتوفى بنيسابور والذي أخذ العلم عن السرخسي عن الحلواني[٣] .

وعمر بن مازه هو ابن أبي سهل المعروف بمازه وأولاده يلقبون ببني مازه[٤] .

والبخاري نسبة إلى بخارى وهي من أعظم مدن ما وراء النهر وقد توفي المؤلف فيها ، والمرغيناني نسبة إلى مرغينان ، وهي البلدة التي ولد فيها المؤلف سنة ٥٥١هـ ، وهي بلدة فيما وراء النهر من أشهر البلاد من نواحي فرغانة المتاخمة لبلاد تركستان خرج منها جماعة من الفضلاء[٥] .

---

(١) خالف القرشي في « الجواهر المضية » ٣: ٤٢، فذكر أن اسمه « محمد » مع اتفاق جميع المؤرخين على أن اسمه محمود، وقد عرف المؤلف نفسه بمحمود في مقدمة كتابه المحيط البرهاني فقال: « قال العبد الضعيف الراجي لفضل الله المعتمد على كرمه محمود بن الصدر الكبير تاج الدين أحمد ابن الصدر الشهيد برهان الدين عبد العزيز بن عمر رحمهم الله » .

(٢) ينظر « تاج التراجم » لابن قطلوبغا ص ٧٠ ، « الأعلام » للزركلي ٧: ١٦١ ، « معجم المؤلفين » لكَحَّالة ١٢: ١٤٧ ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ١٦١٩ ، ١٦٢٠ ، « هدية العارفين » للبغدادي ٢: ٤٠٤ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص ٢٠٥، « الجواهر المضية » للقرشي ٣: ٤٢ .

(٣) ينظر « الكامل » لابن الأثير ١١: ٨٦ ، « الجواهر المضية » للقرشي ٢: ٤٣٧ ، « الطبقات السنية » للتميمي ١: ٣٨٠، ٤: ٣٥٠ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص ٢٤ ، ٩٨ ، ١٤٩، ٢٠٥ .

(٤) ينظر « الكامل » لابن الأثير ١١: ٨٦ .

(٥) « معجم البلدان » لياقوت ١: ٣٥ ، ٤: ٢٥٣ ، ٥: ١٠٨ .

وتقع مرغينان اليوم في ولاية فرغانة في شرقي جمهورية أوزبكستان وتعرف اليوم بمارجليون *Marghilon* ويبلغ عدد سكانها قرابة ١٤٠٠٠٠ نسمة وتشتهر بصناعة النسيج والحرير الطبيعي .

أسرته :

كانت أسرة ابن مازة من الأسر التي حكمت بخارى فترة طويلة ، وقد ذكرها القزويني في حديثه عن بخارى في « آثار البلاد » : « وكانت الرئاسة فيها في بيت مبارك يقال لرئيسها : خواجة إمام أجل ، وإلى الآن نسبهم باق ، ونسبهم ينتهي إلى عمر بن عبد العزيز بن مروان ﷺ ، توارثوا تربية العلم والعلماء كابراً عن كابر ، يرتبون وظيفة أربعة آلاف فقيه ، ولم تر مدينة كان أهلها أشد احتراماً لأهل العلم من بخارى »[١] .

كذلك ذكر ابن الأثير في الكامل في حوادث سنة خمسمائة وستين ابن عم المؤلف : الفقيه محمد بن عمر بن برهان الدين عبد العزيز ابن مازة ونعته « برئيس بخارى » وذكر مراسلاته مع ملك الصين .

وقد ذكر المؤرخون أن أحد أفراد هذه الأسرة : برهان الدين محمد بن عمر بن عبد العزيز بن عمر البخاري ، قدم بغداد حاجا في سنة ثلاث وستمائة ، وكان معه جماعة من الفقهاء أهل بلده ، فتلقاه ركب عظيم من الديوان والحجاب والوزراء والأمراء والأعيان ، وأنزلوه في دار على نهر عيسى ، وحملت إليه الضيافات ، وحج وعاد وخلع عليه وعلى ولده ، وتوجه إلى بلده في سنة أربع وستمائة[٢] .

وقد وصفه ابن الأثير[٣] : رأس الحنفية ببخارى ، وهو كان صاحبها على الحقيقة يؤدي الخراج إلى الخطا - أي الصينيين - وينوب عنهم في البلد .

---

(١) ينظر « آثار البلاد وأخبار العباد » للقزويني ص ٥١٠ .

(٢) الجواهر المضية ٢: ٤٣٧ وقد ذكر اسمه محمد بن عبد العزيز بن محمد بن عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه ، أي هو حفيد ابن عم المترجم له ، وهذا لا يستقيم كما هو واضح ، وقد ذكره الذهبي في تاريخ الإسلام : محمد بن عمر .

(٣) الكامل لابن الأثير ٧ : ٢٤٣ .

وقد ذكر الذهبي في تاريخ الإسلام في حوادث سنة ٦٠٣ : وفيها قدم بغداد حاجاً العلامة برهان الدين محمد بن عمر بن مازة الملقب صدر جهان ، وتلقاه الأعيان ، وحملت إليه الإقامات ، وكان معه ثلاثمائة فقيه ، وكان زعيم بخارى يؤدي الخراج إلى الخطا ، وينوب عنهم بالبلد ، ويظلم ويعسف ، حتى لقبوه « صدر جهنم »[١] .

وكانت الأسرة مقصداً للعلماء الساعين وراء الارتفاق حيث يذكر القفطي في طبقات الأطباء في ترجمة عبد الرحمن بن عبد الكريم السرخسي الطبيب المدعو بثقة الدين شرف الإسلام أن محمد بن عمر بن الحسين أبا الفضل الفخر الرازي صاحب التفسير اجتاز به وذلك فِي حدود سنة ثمانين وخمسمائة ونزل عَلَيْهِ فأكرمه وقام بحقه مدة مقامه بسرخس وذلك حين اجتيازه إِلَى مَا وراء النهر لقصد بني مازة ببخارى طالباً منهم مَا يقوم بأمره وَلَمْ يجد عندهم ذَلِكَ .

وعلى ما سبق ؛ فقد أصاب المستشرق الألماني إدوارد زامباور في كتابه « معجم الأنساب والأسرات الحاكمة في التاريخ الإسلامي » عندما جعل أسرة آل برهان الدين ببخارى من الأسر الحاكمة ، وذكر منهم برهان الدين عبد العزيز الأول ابن عمر ، وحسام الدين عمر بن عبد العزيز ، ومحمد الأول بن عمر ، ومحمد الثاني بن محمد الأول[٢] .

أسرته العلمية :

ولد المؤلف رحمه الله في بيت علم وفقه ، مارس أفراده التعلم والتعليم والتأليف والفتيا ، فكان بحق من أبرز البيوتات العلمية في عصره ، ويتبين هذا من استعراض تراجم أفراد أسرته الأقربين مثل :

---

(١) تاريخ الإسلام ١٣: ١١ ، والتسمية بدلاً من لقبه الرسمي « صدر جهان » .

(٢) ينظر « معجم الأنساب والأسرات الحاكمة في التاريخ الإسلامي » للمستشرق زامباور ٣١٩ وهو ترجمة كتاب *Manuel de Genealogie et de Chronologie pour l'Histoire de l'Islam (Eduard Karl Max von Zambaur, editor, Orientbuchhandlung Heinz Lafaire, 1955).*

١- **والده** : أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة الصدر السعيد تاج الدين أخو الصدر الشهيد ، تفقه على أبيه برهان الدين الكبير عبد العزيز وعلى شمس الأئمة بكر بن محمد الزرنجي ، كلاهما عن شمس الأئمة السرخسي عن الحلواني عن أبي علي النسفي عن محمد بن الفضل عن السبذموني عن أبي حفص الصغير عن أبيه عن محمد ، وتفقه عليه المؤلف رحمه[١] .

وقد كان أحمد رحمه الله أحد مشايخ صاحب الهداية ، وأجازه برواية مسموعاته ومستجازاته مشافهة بمدينة بخارى ، وكتب ذلك بخطه ، وكان من جملة ما حصل عليه لصاحب الهداية منه رواية كتاب السير لمحمد بن الحسن من طريق شمس الأئمة السرخسي[٢] .

٢- **جده** : عبد العزيز بن عمر ابن مازة ويلقب ببرهان الأئمة وبرهان الدين الكبير والصدر الماضي ويكنى أبا محمد[٣] ، أخذ العلم عن السرخسي عن الحلواني ، وتفقه عليه علماء تلك الديار ومن أبرزهم ولده الصدر السعيد تاج الدين أحمد ، وولده الصدر الشهيد حسام الدين عمر ، وظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني .

٣- **جده لأمه** : أحمد بن عبد الرحمن بن إسحاق (٤١٤-٤٩٣) القاضي جمال الدين أبو نصر الريغدموني نسبة إلى رِيغَدمُون[٤] بكسر الراء المهملة وسكون الياء المثناة التحتية ، وفتح الغين المعجمة وسكون الدال المهملة وضم الميم ثم الواو الساكنة

---

(١) راجع لترجمته « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٤ .

(٢) راجع « الطبقات السنية » للتميمي رقم ٢٢٩ص٤٣٩ .

(٣) يقول الشيخ عبد الحي اللكنوي: ذكر بعض الفضلاء أن السلطان سنجر بن ملك شاه السلجوقي كان بعثه إلى بخارى في مهمة ، وسماه صدراً سنة ٤٩٥هـ ، فعرف بالصدر ، وهو المعروف بالصدر الماضي والصدر الكبير وبرهان الدين الكبير وبرهان الأئمة ، وهو أبو الصدور وهذه الأوصاف بهذه الأوصاف لم تقع إلا عليه ، وأما التعبير بالصدر وبرهان الأئمة وبرهان الدين ، فقد وقع على جماعة من أولاده وغيرهم . « الفوائد البهية » ص٢٤ .

(٤) كذا ضبطه الكفوي ، والذي في « لب اللباب في تحرير الأنساب » للسيوطي أنه بكسر الراء وسكون التحتية والمعجمة وفتح الذال المعجمة وضم الميم نسبة إلى ريغدمون قرية ببخارى - انتهى - .

ثم النون ، قرية من قرى بخارى . أخذ العلم عن القاضي أبي زيد الدبوسي عن أبي جعفر الأستروشني عن أبي بكر محمد بن الفضل عن عبد الله السبذموني عن أبي حفص الصغير عن أبي حفص الكبير عن محمد ، وأخذ أيضاً عن أبي نصر أحمد بن عبد الله الخيزاخزي عن أبيه عن أبي بكر محمد بن الفضل ، وكان إماماً فاضلاً ، ولي قضاء بخارى ، وتفقه عليه ابنه محمد بن أحمد وابن ابنه أبو نصر جمال الدين حامد بن محمد ، وكانت ولادته في شوال سنة أربع عشرة وأربعمائة ، ووفاته في رمضان سنة ثلاث وتسعين وأربعمائة[1] .

٤- **عمه** : عمر بن عبد العزيز بن عمر ابن مازه (٤٨٣-٥٣٦) أبو محمد حسام الدين المعروف بـ (الصدر الشهيد) الإمام ابن الإمام والبحر ابن البحر إمام الفروع والأصول المبرز في المعقول والمنقول ، كان من كبار الأئمة وأعيان الفقهاء ، له اليد الطولى في الخلاف والمذهب ، تفقه على أبيه برهان الدين الكبير عبد العزيز، واجتهد وبالغ إلى أن صار أوحد زمانه ، وناظر العلماء ودرس للفقهاء ، وقهر الخصوم ، وفاق الفضلاء في حياة أبيه بخراسان ، وأقر بفضله الموافق والمخالف ، ثم ارتفع أمره إلى ما وراء النهر حتى صار السلطان ومن دونه يعظمونه ، ويتلقون إشاراته بالقبول ، وعاش مدة محترماً إلى أن استأثر الله بروحه ورزقه الشهادة في صفر سنة ست وثلاثين وخمسمائة ، في وقعة قطوان بسمرقند بين المسلمين بقيادة السلطان سنجر وبين جيش قرا خطاي الصيني ، والتي انتهت بهزيمة المسلمين[2] . ونقل جسده إلى بخارى ، وكانت ولادته سنة ثلاث وثمانين وأربع مائة .

وقد ذكره قاضي القضاة العلامة السبكي في « طبقات الشافعية » ، وقال : هو حنفي وتوهم بعض الناس أنه شافعي فأوردته لذلك هاهنا . وذكره صاحب « الهداية » في « معجم شيوخه » ، وقال : تلقيت منه علم النظر والفقه ، وكان يكرمني غاية الإكرام ، ويجعلني في خواص تلامذته ، لكن لم تتفق لي الإجازة منه في الرواية ،

---

(١) « الفوائدالبهية » للكنوي ص٢٣ .

(2) « الكامل » لابن الأثير ١١: ٨٥ .

وأخبرني عنه غير واحد من المشايخ ، وله « الفتاوى الصغرى » و « الكبرى » ، و « شرح أدب القضاء للخصاف » ، و « شرح الجامع الصغير » ، وهو شرح مختصر مفيد ، وذكر القاري أن له ثلاثة شروح على الجامع ، مطول ومتوسط ومتأخر ، وله « الواقعات » و « المنتقى » ، وهو أستاذ صاحب المحيط ، استشهد بسمرقند ونقل إلى بخارى ، انتهى[١] .

٥- **ابن عمه** : محمد بن عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه (٥١١- ٥٦٠ أو ٥٦٦) ، كان من أكابر فقهاء بخارى .

وذكره القرشي في « الجواهر المضية » فقال : محمد بن عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه شمس الدين أبو جعفر الإمام بن الإمام ، قال ابن النجار : من أهل بخارى ، وكان رئيسها وابن رئيسها من أكابر أعيانها وفحول فقهائها المشهورين بالفضل والنبل ، وله التقدم عند الملوك والسلاطين . قدم بغداد حاجاً في شوال سنة اثنتين وخمسين وخمسمائة وحدث بها عن والده . سألت مسعود بن أحمد بن مازه البخاري عن وفاة محمد بن عمر بن عبد العزيز بن مازه فقال : في سنة ست وستين وخمسمائة وأظن في ربيع الأول قتل قتلاً[٢] .

وقد ذكره الصفدي في « الوافي بالوفيات »[٣] فقال : من أهل بخارى ، رئيسها وابن رئيسها ، كان من فحول فقهائها المشهورين بالفضل والنبل وله التقدم عند الملوك والسلاطين ، قدم بغداد وحدث عن والده روى عنه أبو البركات محمد بن علي الأنصاري قاضي أسيوط من أهل مصر في مشيخته .

مولده سنة إحدى عشرة وخمس مائة وقتل سنة ستين وخمس مائة .

---

(١) راجع لترجمته « الجواهر المضية » للقرشي ٢: ٦٤٩، و « تاج التراجم » لابن قطلوبغا ص٤٦ ، و « الفوائد البهية » للكنوي ص١٤٩ .

(٢) راجع لترجمته « الجواهر المضية » للقرشي ٣: ٢٨٤-٢٨٥ .

(٣) « الوافي بالوفيات » ١: ٥٣٦ .

ومن الملاحظ أن أغلب المذكورين قد توفاهم الله قبل ولادة المؤلف فهو وإن انتمى إلى أرومتهم إلا أنه لم يتلق عنهم ويدرس على يديهم .

٦- **ابنه** : طاهر الملقب بصدر الإسلام ، كان من أعيان الفقهاء الحنفية، له اليد الطولى في الفروع والأصول ، ومشاركة تامة في المعقول والمنقول ، وله « الفوائد » و « الفتاوى » ، أخذ عن أبيه صاحب « المحيط » عن أبيه الصدر السعيد ، وعن عمه حسام الدين عمر الصدر الشهيد وهما عن عبد العزيز عن السرخسي عن الحلواني ، وأخذ أيضاً عن فخر الدين قاضي خان[١] .

ذكره في كتب الرجال والطبقات :

في « كتائب أعلام الأخيار » للعلامة الكفوي[٢] :

الشيخ الإمام الصدر الكبير برهان الدين مفتي المشارق والمغارب محمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر ابن مازة ، صاحب المحيط البرهاني ، ووالد صدر الإسلام طاهر بن محمود ، كان من كبار الأئمة وأعيان فقهاء الأمة ، إماماً ورعًا مجتهدًا متواضعًا عالماً عاملاً فاضلاً كاملاً ، له اليد الباسطة في الخلاف والمذهب ، وله الباع الممتد في حسن الكلام ومعرفة الأدب ، حسن النظر ، جميل الطريقة ، مصيب الفكر ، ورث العلوم كابرا عن كابر ، أبوه وجده وجد أبيه كلهم كانوا صدور العلماء الأكابر .

وذكره العلامة عبد الحي اللكنوي في تعليقه « النافع الكبير على الجامع الصغير » للإمام محمد رحمه الله عند ذكر شراح « الجامع الصغير » ، فقال : ومنهم الصدر برهان الدين محمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازة ، وكان من كبار الأئمة وأعيان فقهاء الأمة ، مجتهدًا متواضعًا عالمًا عاملاً ،

(١) « تاج التراجم » لابن قطلوبغا ، ص ١٠٢ ،و « تاج التراجم » للكنوي ، ص ١٤٧ .

(٢) نقلت هذه العبارة من مقدمة « السعاية في كشف ما في شرح الوقاية » للعلامة عبد الحي اللكنوي .

له اليد الباسطة في الخلاف والباع الممتد في حسن الكلام ومعرفة الأدب ، أخذ العلم عن أبيه الصدر السعيد وعن عمه الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز ، وهما أخذا عن أبيهما عبد العزيز بن عمر عن شمس الأئمة السرخسي ، عن الحلواني عن أبي علي النسفي ، عن أبي بكر بن محمد بن الفضل ، عن عبد الله السبذموني[١] .

وحكى برهان الإسلام الزرنوجي في « تعليم المتعلم » عن شيخه صاحب « الهداية » أنه قال : كان الصدر الأجل برهان الأئمة جعل وقت السبق لابنيه الصدر السعيد تاج الدين والصدر الشهيد حسام الدين وقت الضحوة الكبرى بعد جميع الأسباق ، وكانا يقولان : طبيعتنا تكل وتمل في ذلك الوقت ، فيقول : إن الغرباء وأولاد الأمراء يأتونني من أقطار الأرض ، فلا بد من أن أقدم أسباقهم فببركة شفقته فاق أبناءه على أكثر فقهاء الأرض في الفقه - انتهى - .

وفي « هدية العارفين » :

ابن مازة : الإمام برهان الدين أبو المعالي محمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن برهان الدين عبد العزيز بن عمر البخاري الحنفي المعروف بابن مازه ، ولد سنة إحدى وخمسين وخمسمائة ٥٥١هـ ، وتوفي سنة ست عشرة وستمائة ٦١٦هـ[٢] .

المطلب الثاني : نشأته ، وطلبه للعلم :

نشأ المؤلف رحمه الله تعالى في بيت ملك وعلم ودين هو بيت بني مازه الذين نشأ في كل جيل منهم علماء يشار إليهم بالبنان ، كما كان منهم الحكام والولاة، وتمتعوا باحترام الملوك والسلاطين كما شاهدنا ، كما كانت لديهم الثروة الواسعة والجاه العريض الذي يتضح من خبر حج ابن عم المؤلف فقد حج معه ثلاثمائة فقيه وحمل معه البقول في ترابها وهو أمر أشبه بملوك وسلاطين الزمان ، وتوارثت هذه الأسرة رئاسة مشايخ الحنفية في

(١) « النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير » للشيخ اللكنوي ص٣٦ .

(٢) « هدية العارفين » لإسماعيل باشا ٢: ٤٠٤ .

بخارى في القرن السادس الهجري ، وتمتع أفرادها بلقب مميز هو لقب الصدر ، وكانت مكانة أولئك الصدور بين أهل وطنهم لعلمهم وفضلهم كمكانة الأمراء وكان أبوه وجده وجد أبيه صدور العلماء الأكابر[1] .

نشأ المؤلف في كنف والده الصدر السعيد تاج الدين أحمد ، أحد مشايخ صاحب « الهداية » علي بن أبي بكر المرغيناني ، وتلقى المؤلف فقه مدرسة الإمام محمد بن الحسن في المذهب الحنفي عن والده الذي تلقاه عن أبيه برهان الأئمة عبد العزيز بن عمر عن شمس الأئمة السرخسي عن شمس الأئمة الحلواني عن القاضي الإمام أبي علي النسفي عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل عن الإمام عبد الله السبذموني عن أبي عبد الله بن أبي حفص الكبير عن أبيه عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني الذي أخذ الفقه عن الإمام أبي حنيفة ، ومعلوم أن الإمام محمد بن الحسن قد استفاد كثيراً من ملازمته ومحاوراته مع الأئمة مالك والأوزاعي والثوري رحمهم الله جميعاً .

ولا تفيدنا مصادر ترجمته كثيراً حول مشايخه ومدرسيه ، سوى أنه أخذ العلم عن أبيه الصدر السعيد ، وعن عمه الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز ، وهما أخذا عن أبيهما عبد العزيز بن عمر عن شمس الأئمة السرخسي عن الحلواني عن أبي علي النسفي ، عن أبي بكر محمد بن الفضل ، عن عبد الله السبذنموني .

وسافر إلى الحجاز لزيارة الحرمين الشريفين والحج المبرور سنة ٦٠٣هـ الموافق سنة ١٢٠٦م واستفاد أثناءها من العلماء الفاضل وما زال مشغولاً بالدرس والتدريس والإفتاء ببلاده إلى آخر العمر .

ولا شك أنه قد درس على والده ثم على مشايخ مرغينان وفرغانة وسمرقند وبخارى الذين كانت تعج بهم تلك الديار ، ولكنه على مايبدو لم يرتحل في طلب العلم إلى خارج منطقة بلاد الشاش .

---

(١) « دائرة المعارف الإسلامية » ٣: ٦٠١ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص ١٦٤ ، « آثار البلاد وأخبار العباد » للقزويني ص ٥١٠ ، « الأعلام » للزركلي ٧: ١٦١ .

ويبدو أن المؤلف في سن مبكرة نسبياً قد ارتحل من مرغينان إلى سمرقند (وبينهما قرابة ٣٠٠ كيلومتراً) وأنه أصبح من مراجع الإفتاء في سمرقند ، فقد قال في كتابه الذخيرة : (وقد جمعت وأنا في حداثة سني وعنفوان عمري وصدر أمري في الإفتاء ما رفع إلي من مسائل الواقعات وضممت إليها أجناساً من الحوادث ، وجمعت جمعاً آخر مدة مقامي بسمرقند)[١] .

وما كان المؤلف ليتسنم الإفتاء في سمرقند إلا وهو سليل نابغ لأسرة عريقة في العلم والرئاسة ، يرجع الناس إليها للفتيا والفصل في الخصومات، وقد أشار المؤلف إلى أثر ذلك على نشأته في مقدمة « المحيط » فقال : « ولم يزل العلم موروثاً من الأول للآخر ، ومنقولاً من كابر إلى كابر حتى انتهى إلى صدوري وأسلافي السعداء الشهداء، فكلهم شرحوا ما بقي من الفقه مجملاً ، وفتحوا ما ترك مقفلاً ، فمصنفاتهم متداولة بين الورى ، يستعان بها عند القضاء والفتوى ، وقد وقع لي في رأيي أن أتشبه بهم بتأليف أصل جليل يجمع جل الحوادث الحكمية والنوازل الشرعية ليكون عوناً لي حال حياتي - إلى أن قال - وجمعت مسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات ، وألحقت بها مسائل النوادر والفتاوى والواقعات ، وضممت إليها من الفوائد التي استفدتها من سيدي ومولاي والدي تغمده الله بالرحمة »[٢] .

وقد جمع المؤلف صفات ذاتية وأسرية جعلته مرجع الفتيا وعالم المذهب : أسرة توارثت العلم الشرعي ورئاسة البلد ، وذهن فقهي ذو دراية ودربة ، وممارسة الفتيا والقضاء منذ سن مبكرة ، كل هذه الصفات جعلت من المؤلف عالماً على صلة بواقع الناس ومشاكلهم وخصوماتهم في المعاملات والأحوال الشخصية والعائلية ، وصار لزاماً عليه أن يرجع إلى أقوال السلف وأرائهم ، وأن يخرّج المسائل وفقاً للقواعد الفقهية المتبعة في المذهب ، ويتضح ذلك في كتبه التي ألفها وبالذات المحيط .

---

(١) الذخيرة البرهانية ل١/ ب ، « الفوائد البهية » ص ٢٠٦ .

(٢) المحيط البرهاني مقدمة المؤلف ١: ١٥٩ بتحقيق نعيم أشرف نور .

المطلب الثالث : أهم أعماله :

١ - التعليم : فقد ذكر في مقدمة كتابه بأن من أسباب تأليفه التماس بعض الإخوان منه أن يؤلف لهم كتاباً ... ، ويؤكد ذلك أن ابنه طاهرًا الملقب بصدر الإسلام هو ممن تلقى العلم عن أبيه وأخذ عنه ، كما سيأتي في المبحث الثاني .

٢ - الإفتاء : يدل لذلك ما جاء في مقدمة كتابه « ذخيرة الفتاوى » من قوله : « وقد جمعت أنا في حداثة سني وعنفوان عمري وصدر أمري في الإفتاء ما رُفع إلي من مسائل الواقعات أيضاً ، وضممت إليها أجناساً من الحوادث ، وجمعت أيضاً جمعاً آخر أستفتي منه مدة مقامي بسمرقند ، وذكرت فيها جواب ظاهر الرواية ، وأضفت إليها روايات النوادر وما فيها من أقاويل المشايخ »[١] .

٣ - التأليف : يشهد لذلك ما سيأتي في المبحث الخاص بمؤلفاته ، إذْ اشتغل المؤلف رحمه الله بالتأليف طائفة من عمره وترك لنا مؤلفات عظيمة يأتي ذكرها .

المطلب الرابع : صفاته :

لخص ذلك الإمام اللكنوي بقوله : « كان من كبار الأئمة ، وأعيان فقهاء الأمة ، إماماً ، ورعاً ، مجتهداً ، متواضعاً ، عالماً ، عاملاً ، بحراً زاخراً ، حبراً ماهراً ، له اليد الباسطة في الخلاف ، والباع الممتد في حسن الكلام ومعرفة الأدب »[٢] .

المطلب الخامس : عقيدته ومذهبه :

أما مذهبه فهو من الطبقة الثالثة من فقهاء الحنفية المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب ، كما ذكر ابن كمال باشا[٣] .

---

(١) « الفوائد البهية » للكنوي ص ٢٠٦ .

(٢) « الفوائد البهية » ص ٢٠٥ .

(٣) « الفوائد البهية » للكنوي ص ٢٠٥ .

وأما عقيدته فلم أقف فيما اطلعت عليه من الكتب التي ترجمت للمؤلف كتاباً في العقيدة أو ذكرًا لمعتقده ، كما أني لم أقف في الجزء الذي حققته على ما يدل على معتقد المؤلف رحمه الله .

المطلب السادس : وفاته :

توفي المؤلف رحمه الله ببخارى سنة ست عشرة وستمائة للهجرة الموافقة ١٢١٩م .

❊ ❊ ❊

المبحث الثاني : شيوخه وتلاميذه :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : شيوخه :

لا تذكر المصادر التي ترجمت له مشايخه ومدرسيه سوى والده الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه ، ولا شك أنه قد درس على والده ثم على مشايخ مرغينان ومنطقة فرغانة ومدينتي سمرقند وبخارى الذين كانت تعج بهم تلك الديار التي خرج منها محدثون وفقهاء وعلماء منذ الفتح الإسلامي إلى اجتياح المغول .

وقد تلقى والد المؤلف الصدر السعيد أحمد العلم عن والده برهان الأئمة عبد العزيز بن عمر بن مازه الذي تلقى الفقه الحنفي عن السرخسي عن الحلواني عن النسفي عن محمد بن الفضل عن عبد الله السبذموني عن أبي عبد الله بن أبي حفص الكبير عن أبيه عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، فأبوه وجده وجد أبيه كلهم كانوا صدور العلم الأكابر[1] .

وقد أشار المؤلف في تقدمته « للمحيط » إلى استفادته من والده ثم من مشايخ زمانه فقال : وضممت إليها من الفوائد التي استفدتها من سيدي ومولاي والدي تغمده الله بالرحمة ، والدقائق التي حفظتها من مشايخ زماني رضوان الله عليهم أجمعين .

ومن ثنايا كتاب « المحيط » أيضاً يتضح لنا أن أبرز من تأثر بهم المؤلف عمه الصدر الشهيد فقد أكثر من النقل عنه (حوالي ٣٠٠ مرة) موافقاً لترجيحه واختياره ، ونرى كذلك أن كتب المؤلف الفقهية مثل « الذخيرة » و « تتمة الفتاوى » قد تأسست على فتاوى عمه الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة المتوفى

---

(١) « الجواهر المضية » للقرشي ٢: ٦٥٠ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص٩٨ .

« الطبقات السنية » للقرشي ١: ٣٨٠ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٤ ، ٩٨ ، ١٤٩ ، ٢٠٥ ، « دائرة المعارف الإسلامية » ٣: ٤١١ .

سنة ٥٣٦ هـ ، فهو وإن توفي قبل ولادته إلا أنه تلميذه المخلص وناشر تراثه الأمين ، ولعل هذا يدلنا على مكانة الصدر الشهيد بين فقهاء تلك الحقبة حتى أضحت كتبه في تلك المنطقة المرجع الأساسي في الفقه[١] .

المطلب الثاني : تلاميذه :

يتوجب من مقام وعلم الإمام برهان الدين وتوليه الإفتاء مدة طويلة في بخارى وسمرقند ، أن يكون له تلاميذ ؛ لكثرة الذين تتلمذوا على يديه وقد أشار المؤلف رحمه الله كذلك في تقدمته للمحيط إلى أنه ألفه متشبهاً بأهله ثم استجابة: « لالتماس بعض الإخوان فقابلت التماسهم بالإجابة »[٢] .

ولكن لم تذكر كتب التراجم والطبقات أحداً ممن تتلمذوا عليه باستثناء ابنه صدر الإسلام طاهر بن برهان الدين[٣] ، فقد قال اللكنوي في ترجمته : « كان من أعيان فقهاء الحنفية له اليد الطولى في الفروع والأصول ومشاركة تامة في المعقول والمنقول، وله الفوائد والفتاوى »[٤] .

❊ ❊ ❊

(١) وقد أخطأ بعض من ترجم للمؤلف في جعل الصدر حسام الدين أحد شيوخ المؤلف الذين تلقى على أيديهم العلم ، قال اللكنوي في « الفوائد البهية » : وهذا خطأ بين ؛ لأن عمه الصدر حسام الدين قتل عام ٥٣٦هـ ، والمؤلف كان مولده عام ٥٥١هـ فبينهما قرابة خمس عشرة سنة . « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٠٥ ، « الجواهر المضية » للقرشي ٢: ٦٤٩ ، ٣: ٤٢ .

(٢) « الفوائد البهية » ص٢٠٥-٢٠٦ .

(٣) هو طاهر بن محمود بن أحمد الصدر السعيد تاج الدين بن عبد العزيز البرهاني البخاري ، له اليد الطولى في الفروع والأصول ، ومشاركة تامة في المعقول والمنقول ، أخذ عن أبيه محمود ، وأخذ أيضاً عن فخر الدين الرازي قاضي خان ، من آثاره « الفتاوى البخارية » ، « الفوائد » ، وقد أخطأ صاحب « معجم المؤلفين » وحاجي خليفة حيث ذكرا أن وفاة طاهر هذا في سنة ٥٠٤ ، وكيف يكون هذا تاريخ وفاته ومولد أبيه محمود البخاري في سنة ٥٥١هـ !! . تنظر ترجمته في : « الفوائد البهية » للكنوي ص١١٠ برقم ١٢٤ ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ٢١٣، « معجم المؤلفين » لكَحَّالة ٥: ٣٩ .

(٤) « الفوائد البهية » ص٨٥ ،٢٣٨ ، « تاج التراجم » لابن قطلوبغا ص١٧٣-١٧٤ .

المبحث الثالث : مكانته العلمية ومؤلفاته :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الجوانب العلمية فيه ووصفه من حيث التقليد والاجتهاد :

قسم الإمام ابن كمال باشا الفقهاء الحنفية إلى سبع طبقات ، وعدَّ المؤلف في الطبقة الثالثة ممن هم مجتهدين في المسائل ، وهذه الطبقات هي :

الأولى : طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة ، ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول ، واستنباط أحكام الفروع عن الأدلة الأربعة .

الثانية : طبقة المجتهدين في المذهب كأبي يوسف ومحمد وسائر أصحاب أبي حنيفة القادرين على استخراج الأحكام من الأدلة المذكورة على مقتضى القواعد التي قررها إمام المذهب أبي حنيفة رحمه الله .

الثالثة : طبقة المجتهدين في المسائل ، الذين يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها عن مشايخهم حسب مقتضى قواعدهم والأصول التي قرروها ، كالخصاف والطحاوي وقاضي خان .

الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين كالرازي وأضرابه ، فإنهم لا يقدرون على الاجتهاد أصلاً ، لكنهم لإحاطتهم بالأصول ، وضبطهم للمأخذ ، يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين ، وحكم مبهم محتمل لأمرين ، منقول عن صاحب المذهب ، أو عن واحد من أصحابه المجتهدين .

الخامسة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسن القدوري وصاحب الهداية ، وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض ، بقولهم : هذا أولى ، وهذا أصح رواية ، وهذا أرفق للناس .

السادسة : طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوي ، والضعيف ، وظاهر المذهب كصاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب المجمع فلا ينقلون في كتبهم الأقوال المردودة ، والروايات الضعيفة .

السابعة : طبقة المقلدين الذين لا يقدرون على ما ذُكر ، ولا يفرقون بين الغث والسمين ، بل يجمعون ما يجدون ، كحاطب الليل[١] .

لكن العلامة اللكنوي ردّ هذا التقسيم ، وذكر المؤلف في طبقة أكابر المتأخرين وهي الطبقة الثانية من خمس طبقات هي :

الأولى : طبقة المتقدمين ، الذين يجتهدون في المذهب ، ويستخرجون الأحكام من الأدلة الأربعة على مقتضى القواعد التي قررها أستاذهم .

الثانية : طبقة أكابر المتأخرين الذين يقدرون على الاجتهاد في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب .

الثالثة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين الذين لا يقدرون على الاجتهاد أصلاً ، لكن لإحاطتهم بالأصول يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين ، وحكم مبهم محتمل لأمرين .

الرابعة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين ، وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعضهم بقولهم : هذا أصح رواية ، وهذا أوضح دراية ، وهذا أوفق بالقياس .

الخامسة : طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف ، وظاهر الرواية ، ورواية النوادر[٢] .

فالمؤلف من حيث العموم مقلد لأبي حنيفة في الفقه ، ومن حيث الخصوص يعد من المجتهدين في المسائل على مذهب أبي حنيفة .

ويدل على تمكن المؤلف وبلوغه تلك المرتبة مؤلفاته العظيمة التي منها كتابنا ، وهي ناطقة بتميزه الفقهي ، ويدل على ذلك أيضاً اعتماد العلماء من بعد لكتبه وإكثارهم من النقل عنه ، كما يدل على ذلك أيضاً ما سبق ذكره في أثناء ترجمته من تصدره للإفتاء .

---

(١) يُنْظَر : « الطبقات السنية » للتميمي ١ : ٣٣ - ٣٤ ، مقدمة « النافع الكبير » للكنوي ص ٤ - ٥ .

(٢) مقدمة « النافع الكبير » للكنوي ص ٣ - ٤ .

المطلب الثاني : مؤلفاته :

يعتبر المؤلف رحمه الله من المكثرين في عصره ، وتقتصر مؤلفاته التي وصلت إلينا على الفقه الحنفي وفروعه ، وقد ذكر في « كشف الظنون » أسماء هذه المؤلفات التي ننقلها عنه مع نبذة عن كل واحد منها :

١ - المحيط :

واشتهر بالمحيط البرهاني وكتاب الدعاوى منه هو موضوع بحثي هذا ، وسأتناوله بالتفصيل في المبحث الرابع إن شاء الله تعالى .

٢ - ذخيرة الفتاوى :

وهي مشهورة بالذخيرة البرهانية وقد اختصرها - على عادة كثير من مؤلفي ذلك العصر - من كتابه المحيط البرهاني ، ولكنه لم يقتصر فيها على الاختصار ولكنه أدرج فيها فتاوى عمه حسام الدين إلى جانب ما عرض له هو شخصياً من فتاوى في حداثة سنه ثم ما عرض له من مسائل في سمرقند .

قال المؤلف في تقدمته : إن سيدنا الإمام الصدر الشهيد حسام الدين - وهو عم المصنف - جمع مسائل قد استفتي عنها وأحال جواب كل مسألة إلى كتاب موثوق به أو إلى إمام يعتمد عليه وهي وإن صغر حجمها فقد حوت كثيراً من الأحكام ، وقد جمعت أنا في حداثة سني ، وعنفوان عمري ، في إفتاء ما رفع إلي من مسائل الواقعات أيضاً ، وضممت إليها أجناسها من الحادثات وجمعت أيضاً جمعاً آخر استُفتِيت فيه مدة مقامي بسمرقند ، وذكرت فيها جواب ظاهر الرواية ، وأضفت إليها من واقعات النوادر ، وما فيها من أقاويل المشايخ ، وكان يقع في قلبي أن أجمع بين هذه الأصول الثلاثة ، وأمهد لها أساساً ، وأجعلها أصنافاً وأجناساً ، وقد انضم إلى ما وقع في قلبي التماس بعض الأحباب ، فشرعت في هذا الجمع ، وأوضحت أكثر المسائل بالدلائل ، وسميت المجموع بالذخيرة ، وشحنته بالفوائد الكثيرة[1] .

---

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١: ٦٢١-٦٢٢ .

إذاً فالكتاب مؤسس على مصادر ثلاثة :

أ - فتاوى عمه الصدر الشهيد التي أجاب عنها وأحال جوابها إلى الكتب الموثوقة وأقوال الأئمة المعتمدين .

ب - فتاوى المؤلف في حداثة سنه في مار رفع إليه من الواقعات والحوادث .

ج - فتاوى المؤلف بسمرقند وجوابه عليها وفقاً لظاهر الرواية وقد أضاف إليها ما يندر من الواقعات والقضايا القليلة الحدوث[١] .

وينبغي التأمل هنا ومقارنة هذا بإشارته في تقدمة المحيط لاحتوائه على مسائل وفتاوى والده رحمهم الله جميعاً .

وقد أثنى الشيخ عبد الحي اللكنوي على الذخيرة فقال: قد طالعت الذخيرة وهو مجموع نفيس معتبر حاوٍ على المسائل الكثيرة ، محتوٍ على الواقعات الغريبة[٢] .

وهو مخطوط في مركز المخطوطات والوثائق فِي المكتبة الأزهرية بالقاهرة برقم (٢٠٨٥٦) ، وهناك نسخة أخرى منه فِي الجَامِعة الأردنية برقم (٣٨٦٧) ، وقد تم تحقيقها على أجزاء من قبل طلاب الدراسات العليا في كلية الشريعة بجامعة الأزهر في مصر[٣] ، وتوجد صورة منها في جامعة أم القرى في مركز إحياء التراث تحت الأرقام التالية : (٢١٠، ٢١٩، ١٧ ، ٤٦٠ ، ٤٧٣ ، ٤٧٤) وصورة في مركز المخطوطات في المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية تحت رقم : (٣٨٦٧ / ف) .

٣- تتمة الفتاوى :

وهذا الكتاب أيضاً مبني على ما جمعه عم المؤلف الصدر الشهيد حسام الدين من الحوادث والواقعات التي عرضت له ، وأضاف إليها بعض مشكلات القضايا من كتب الفقه ، وعرض في كل مسالة الآراء المختلفة حولها وأصولها ، دون أن يرتب المسائل .

---

(١) « الفوائد البهية » للكنوي ص١٩٠، ٢٠٦ ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ١٦١٩ .

(٢) راجع « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٠٦ . ومقدمة « السعاية في كشف ما في شرح الوقاية » له أيضا .

(٣) جامعة الأزهر - كلية الشريعة - قسم الرسائل الجامعية تحت أرقام : ٢٧٠ ، ٢٧٢ ،٢٧٩ ، ٢٨٠ ،٢٨٢ ، ٢٩٠ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٤ ، ٣١٨ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤٧ ، ٣٥٢ ، ٣٩٦ ، ٤٠٩ ، ٤١١ .

ثم قام علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي المتوفى سنة ٥٩٣هـ بترتيبه بعد وفاة الصدر الشهيد وأسماه : (التجنيس والمزيد وهو لأهل الفتوى غير عتيد) وذكر فيه : أن الصدر الأجل حسام الدين أورد المسائل مهذبة في تصنيف ، وذكر لها الدلائل ، ورتب الكتب دون المسائل ، ولم يتيسر له الختام ، فشرع في إتمامه ، وتحسين نظامه ، وأنزل ذكر ما ذكره من الأبواب من الأسماء إلى حروف مجردة عن الألقاب ، فأشار بـ (ن) إلى نوازل أبي الليث ، وبـ (ع) إلى عيون المسائل ، وبـ (و) إلى واقعات الناطفي ، وبـ (غر) إلى غريب الرواية لأبي شجاع ، وبـ (نس) إلى فتاوى النجم عمر النسفي ، وبـ (شر) إلى شرح الكتب المبسوطة ، وبـ (فت) إلى الفتاوى الصغرى للصدر الشهيد ، وبـ (م) إلى المتفرقات ، قال : وهذا الكتاب لبيان ما استنبطه المتأخرون ، ولم ينص عليه المتقدمون إلا ما يشذ عنهم في الرواية .. انتهى .

ثم إن المؤلف محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري رحمه الله زاد على كل جنس ما يجانسه وذيل على كل نوع ما يضاهيه[١] .

٤ - شرح الجامع الصغير :

كتاب الجامع الصغير هو من تأليف الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله شملت مباحثه أربعين كتابا - أي موضوعاً - من كتب الفقه ، وهو أحد كتب ظاهر الرواية عند الحنفية وقد جعل فقهاء الحنفية حذقه شرطاً للفتوى والقضاء ، وقد شرحه عدد من العلماء منهم المؤلف رحمه الله[٢] .

٥ - شرح الجامع الكبير :

الجامع الكبير من تأليف الإمام محمد بن الحسن الشيباني أحد كتب ظاهر الرواية وهو كتاب جامع لجلائل المسائل ، مشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات، شرحه جماعة من العلماء ومنهم المؤلف كما ذكر حاجي خليفة وغيره[٣] .

---

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١: ٢٩٨ ،٣٠٤ ، « معجم المؤلفين » لكَحَّالة ١٢: ١٤٦ ، « تاج التراجم » لابن قطلوبغا ص٧٠ .

(٢) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١: ٥٦١ ، ٢: ١٢٨١ ، « النافع الكبير » للكنوي ص٢٢، ٣٣ ، ٣٦ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص١٠٥، ٢٠٥ ، « هدية العارفين » لإسماعيل باشا ٢: ٤٠٤ .

(٣) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١: ٤٤٨ ، « معجم المؤلفين » لكَحَّالة ١٢: ١٤٧ ، « الأعلام » للزركلي ٧: ١٦١ .

٦ - شرح الزيادات :

كتاب الزيادات هو كذلك من تأليف الإمام محمد بن الحسن الشيباني استدراكاً على ما فاته في الجامع الكبير ، وهو كذلك من كتب ظاهر الرواية أوله (الحمد لله الذي يكفي كل شيء ...الخ . قال : لما رأيت في أهل الزمن زمانة في اقتباس العلم ، والاختصار همهم : اختاروا المختصر من كل شيء، حملني ذلك أن أكتب شرح الزيادات ...)[١] .

٧ - شرح الواقعات :

الواقعات لعمه الصدر الشهيد حسام الدين ، وهو كتاب مخطوط جمع كتاب العيون والنوازل لأبي الليث ، والواقعات للناطفي ، وفتاوى أبي بكر محمد بن الفضل البخاري ، وفتاوى أهل سمرقند وقد قام الإمام محمود بترتيبها وشرحها وزاد على كل جنس ما يوافقه ويجانسه[٢] .

٨- الوجيز في الفتاوى :

وقد ذكر المؤلف في تقدمته له : أنه قد ألفه بعد فراغه من تصنيف (المحيط) و(الوسيط)[٣] ، وبين أنه قد رتب أبوابه على ترتيب (الهداية)[٤] .

٩ - شرح السير الكبير :

وهو كذلك من تأليف الأمام محمد بن الحسن وقد شرحه السعدي المتوفى سنة ٤٦١هـ والسرخسي المتوفى ٤٨٣هـ ، وشرحه المؤلف كذلك ولعل شرحه آخر شروح هذا الكتاب[٥] .

---

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ٩٦٣ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٠٥ ، « هدية العارفين » لإسماعيل باشا ٢: ٤٠٤ .

(٢) مقدمة « الواقعات » للصدر الشهيد ل١/ أ ، رقمه بجامعة الملك سعود (٩١٤/ ف) ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ١٢٨٢ ، ١٩٩٨ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٠٥ ، « هدية العارفين » لإسماعيل باشا ٢: ٤٠٤ ، « الأعلام » للزركلي ٧: ١٦١ .

(٣) لم أعثر فيما بحثت على من ذكر للمؤلف كتاباً اسمه الوسيط ، فلعله اسم آخر لأحد كتبه .

(٤) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ٢٠٠٢ .

(٥) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ٥٣ .

وقد أورد حاجي خليفة في « كشف الظنون » أسماء كتب أخرى دون تعليق أو شرح وهي :

١٠ - الدعاوى والبينات[١] .

١١ - فوائد برهان الدين صاحب المحيط[٢] .

١٢ - علم الشروط والسجلات :

نسب إليه حاجي خليفة كتاباً في هذا العلم بقوله عند حديثه عمن ألف في هذا العلم : وأول من صنف فيه هلال بن يحيى البصري الحنفي المتوفى سنة ٢٤٥ خمس وأربعين ومائتين ... **ولصاحب المحيط برهان الدين عمر بن مازه الحنفي ولجده الحاكم الشهيد .**

١٣ - المستزاد في الفروع لصاحب المحيط .

١٤ - التجريد البرهاني في فروع الحنفية .

١٥ - نصاب الفقهاء في الفتاوى .

١٦ - الطريقة البرهانية في الفقه .

* * *

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ٣٦١ .

(٢) « هدية العارفين » لإسماعيل باشا ٢: ٤٠٤ ، « معجم المؤلفين » لكَحَّالة ١٢: ١٤٧ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٠٥ ، ٢٠٦ ، « الجواهر المضية » للقرشي ٣: ٤٢ ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١: ٣٤٣ ، ٣٤٥ ، ٥٦٣ ، ٨٢٣ ، ٢: ٢٧٠ .

المبحث الرابع : كتابه المحقق :

وفيه تسعة مطالب :

المطلب الأول : إثبات نسبة الكتاب إلى المؤلف ووصف المخطوطات وبيان أماكن وجودها ، وذكر طبعاته :

أ- إثبات نسبة الكتاب إلى المؤلف :

مما يثبت نسبة الكتاب للمؤلف رحمه الله :

أولاً : ما ذكره المؤلف رحمه الله في مقدمة كتابه حيث قال : الحمد لله خالق الأشباح بقدرته وفالق الإصباح برحمته ... إلى أن قال : قال العبد الضعيف الراجي فضل الله ، المعتمد على كرمه ؛ محمود بن الصدر الكبير تاج الدين أحمد بن الصدر الشهيد برهان الدين عبد العزيز بن عمر ... إلى أن قال : وقد وقع في رأيي أن أتشبه بهم بتأليف أصل جليل يجمع جل الحوادث الحكمية والنوازل الشرعية ... ووسمت الكتاب (بالمحيط)[1] .

ثانياً : اتفاق نسخ المخطوط الأربع المعتمدة على نسبة الكتاب للإمام برهان الدين محمود .

ثالثاً : جميع من ترجم للمؤلف رحمه الله ذكر من مؤلفاته كتاب « المحيط »[2] .

رابعاً : من جاء بعد المؤلف رحمه الله استفاد منه وخصوصاً بالنقل عن كتابه المذكور مع نسبته إليه .

---

(١) « المحيط البرهاني » مقدمة المؤلف ١: ١٥٩ بتحقيق نعيم أشرف نور .

(٢) « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٤٦ ، ٢٠٦ ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١: ٨٢٣ ، ٢: ٥١١ ، « هدية العارفين » لإسماعيل باشا ٣: ٤٠٤ ، « الأعلام" للزركلي ٧: ١٦١ ، « النافع الكبير » للكنوي ص٣٦ ، « معجم المؤلفين » لكَحَّالة ١١: ١٤٧ ، ١٤٦ ، « تاريخ الأدب العربي" لبروكلمان١: ٦٤٢ ، ٣٧٥ ، « تاج التراجم » لابن قطلوبغا ص٧٠ .

وقد وهم بعض المؤلفين في نسبته هذا الكتاب (المحيط) لرضي الدين محمد السرخسي وما ذاك إلا أن هناك محيطاً آخر هو لرضي الدين وهو (المحيط الرضوي) أو (المحيط السرخسي) .

قال في « كشف الظنون » : وكثيراً ما يغلط فيه الطلبة فيظنون أن صاحب المحيط البرهاني الكبير أيضاً رضي الدين السرخسي وليس كذلك . اهـ[١] وممن اشتبه عليه الأمر الإمام القرشي في « الجواهر المضية » ، وقد استدركه محقق الكتاب الدكتور عبد الفتاح الحلو في مقدمة الكتاب[٢] .

كما وهم آخرون في أن مؤلف هذا الكتاب (المحيط) هو جد المؤلف برهان الأئمة الصدر الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه ، حيث قال الإتقاني في المأذون من « غاية البيان » : قال برهان الدين الصدر الكبير صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طرقية الخلاف ... الخ . انتهى ، فظن أن المحيط له وإنما وقع في الغلط لاشتراكهما في بداية اللقب فكلاهما (برهان) ، ومن الدليل الظاهر على أن المحيط والذخيرة لبرهان الدين الصغير وأنه ليس لجده أنه ينقل عن والده الصدر الشهيد وهو ابن برهان الأئمة[٣] فكيف يكونان لوالده[٤] .

ب- وصف النسخ الخطية المعتمدة :

النسخة الأولى : نسخة دار الكتب المصرية :

توجد هذه النسخة في دار الكتب المصرية برقم (٤٨١) فقه حنفي .

وعنها نسخة فلمية في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية : تحت رقم (١٧٨٠ف) .

---

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ١٦٢٠ ، ١٦١٩ .

(٢) « الجواهر المضية » للقرشي ١: ٨١ ، ١٣١ .

(٣) « كشف الظنون » ٤: ١٦٢٠ .

(٤) « كشف الظنون » ٢: ٥١١ .

يقع كتاب الدعوى ابتداءً من (ق ٢٦٣) إلى (٤٩٣) ويليه كتاب المحاضر والسجلات . ويستمر إلى (ق.٥٦) .

وهو مخطوط من الحجم الكبير نسبياً ، في كل صفحة (٢٢سطرًا) في كل سطر حوالي ثماني كلمات .

الخط نسخي معتاد واضح ومقروء ومعجم في الغالب ، والأبواب والفصول مكتوبة بالمداد الأحمر ، فرغ من نسخها (١١٨٥هـ) . وهي النسخة التي سوف أعتمدها أصلاً للتحقيق ، وقد رمزت لها بحرف (م) .

النسخة الثانية : نسخة مكتبة إدارة القرآن الكريم :

هذه النسخة محفوظة في مكتبة إدارة القرآن الكريم بكراتشي عاصمة باكستان ، وعنها صورة ورقية في مكتبة جامعة محمد بن سعود الإسلامية تحت رقم (٦٢ص) .

ويقع كتاب الدعوى في المجلد السادس من صفحة (١٧٧٩) إلى (٢٠٢١) حيث يبدأ كتاب المحاضر والسجلات وينتهي في صفحة (٢٥٤١) .

وهو مخطوط من القطع الكبير ، في كل صفحة ٤٢ ، سطر في كل سطر حوالي ٢٠ كلمة .

والخط فارسي واضح وجميل ومعجم ، بينما كتبت الفصول والأبواب والعناوين بخط ثلث جميل جداً .

وفرغ الناسخ من نسخ هذين المخطوطين في شهر ربيع الآخر سنة ٨٨٢هـ ، وقد رمزت له بحرف (ك) .

النسخة الثالثة : نسخة مكتبة مظاهر علوم بسهارنفور :

توجد هذه النسخة في مكتبة سهارنفور - الهند تحت رقم ١/ ٣٣٣ فقه وعنها صورة فلمية في جامعة محمد بن سعود الإسلامية تحت رقم (١٠٩٨٧) .

ويقع كتاب الدعوى من (ق ١٦٩/ ب) إلى (ق٣٢١/ أ) ، أما كتاب المحاضر والسجلات فمن (ق٣٢١/ أ) إلى (ق٣٦٦) .وهو مخطوط من القطع الكبير ، والخط نسخي واضح جداً وجميل ومعجم إلا أن بعض الصفحات في آخر المجلد فيها طمس بسبب الرطوبة .

ناسخها : محمد بن علي بن حسن بن تاج الدين بن سالم السابوري بلداً المالكي مذهباً ، الرفاعي طريقةً .

فرغ من نسخها في الخامس عشر من شهر جمادى الأولى ، سنة ١١٣٢هـ وقوبلت على الشيخ عبد الكريم المدرس بالمسجد الحرام بمكة . وقد رمزت لها بحرف (هـ) .

النسخة الرابعة : نسخة مكتبة الأوقاف :

توجد هذه النسخة في مكتبة الأوقاف ببغداد تحت (رقم - ٤٢٣٢) وعنها صورة فلمية في جامعة الإمام برقم (١٠٩٨٨ف) .

ويقع كتاب الدعوى من (ق٥٤٠/ أ) إلى (ق٦٩١) ، أما كتاب المحاضر والسجلات فمن (٦٩١-٦٩٧) ، الخط نسخي واضح وكبير وجميل جداً ومتقن ومعجم ، في كل صفحة ٤٥ سطرًا باللوحة ١٢ كلمة .

وهذه النسخة كاملة ، في أربعة مجلدات كبار ضخمة ، وتحتوي على خمسة آلاف ومائتين وإحدى وأربعين صفحة (٥٢٤١) ، من القطع الكبير . وعدد الأسطر في الصفحة : ٤٥ سطرًا ، وعدد الكلمات في السطر : ١٥ كلمة تقريباً ، وخطه خط نسخ جميل واضح .

وفي بعض المواضع يشاهد تغير الخط من خط النسخ إلى خط الرقعة ، وهذا يدل على اشتراك أكثر من شخص واحد في الكتابة .

وتاريخ نسخ الجزء الثاني منها هو : صبيحة يوم الأربعاء ثامن محرم الحرام سنة ١١٥٨هـ ، كما جاء في آخر الجزء الثاني .

وقد رمزت إليها بحرف (ب) .

طبعات الكتاب :

وقد وقفت على ثلاث طبعات للكتاب ، استفدت من واحدة منها فقط لأنها نالت حظاً من العناية ، وهي بعناية نعيم أشرف نور أحمد ، وقد صدرت عن إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي ، وطبعت ببيروت سنة ١٤٢٤هـ ، وقد استعنت بها في تقويم بعض النصوص والكلمات .

وأما الطبعات الأخرى ، فإحداهما بعناية أحمد عزو عناية ، وقد صدرت عن دار إحياء التراث العربي ببيروت سنة ١٤٢٤هـ .

والأخرى بعناية أحمد شمس الدين ، وقد صدرت عن دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٤٢٤هـ .

وهاتان الطبعتان مليئتان بالأخطاء والتحريف ، لذلك لم ألتفت إليهما .

المطلب الثاني : تعريف موجز بالكتاب :

كتاب المحيط من الكتب المهمة والموسوعية في الفقه الحنفي من حيث إحاطته بأبواب المسائل وما ورد فيها عن أئمة المذهب وتخريج ما استجد من مسائل وفقاً لأصول المذهب وفتاوى المتقدمين، وقد ذكر المؤلف في صدر كتابه أنه أراد منه جمع « جل الحوادث الحكمية ، والنوازل الشرعية ... وجمعت مسائل : المبسوط ، والجامعين ، والسيرين ، والزيادات ، وألحقت بها مسائل : النوادر ، والفتاوى ، والواقعات ، وضممت إليها من الفوائد التي استفدتها من سيدي ومولاي والدي تغمده الله برحمته ، والدقائق التي حفظتها من مشايخ زماني رضوان الله عليهم أجمعين ، وفصلت الكتاب تفصيلاً ، وحللت تحليلاً، وأيدت بدلائل عول عليها المتقدمون ، واعتمد عليها المتأخرون ، وعلمت فيه عمل من طب لمن حب ، ووسمت الكتاب المحيط »[1] .

(١) المحيط البرهاني مقدمة المؤلف ١: ١٥٩ بتحقيق نعيم أشرف ، « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ١٦١٩ ، « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٠٦ .

فقد جمع المؤلف رحمه الله في كتابه مسائل هذه الكتب التي عددها وألحق بها مسائل النوادر والفتاوى والواقعات ، ويحسن بنا أن نفصل قليلاً هذه المصطلحات :

مسائل الأصول أو ظاهر الرواية :

تسمى الأولى ظاهر الرواية أو مسائل الأصول وهي مسائل رويت عن أئمة المذهب : أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ويشار إليهم بالثلاثة ، وقد وردت جل هذه المسائل في كتب محمد بن الحسن : المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير ، وجاءت تسميتها بظاهر الرواية ، لأنها رواها عنه الثقات فهي ثابتة ظاهرة معروفة بالتواتر .

مسائل النوادر :

وهي مسائل وردت عن أئمة المذهب الثلاثة في كتب أخرى لمحمد بن الحسن كالكيسانيات ، والهارونيات ، والجرجانيات ، والرقيات ، ولم تدرج في ظاهر الرواية لأنها لم تروَ بروايات ظاهرة ثابتة كالكتب الأولى ، أو رويت في كتب غير كتب محمد ككتاب المجرد للحسن بن زياد ، أو رويت بروايات منفردة كرواية ابن سماعة ، ومعلى بن منصور .

الفتاوى أو الواقعات :

وهي مسائل مستجدة عرضت للمتأخرين ولم يجدوا فيها شيئاً عن المتقدمين وهي ما نجد المؤلف يعزوه في الكتاب إلى « الكافي » و « المنتقى » للحاكم الشهيد ، و« المبسوط » لشمس الأئمة السرخسي وغيرها من كتب المتأخرين .

وقد وفق الله المؤلف في هذا الكتاب للإحاطة بهذه المسائل المتنوعة في ترتيب وتبويب جيدين واستيفاء تام لمختلف الروايات والأوجه والتخريجات والترجيحات ، ومنها يتبين سعة علمه وموفور اطلاعه، واستحضاره للقضايا وتفريعاتها في دربة فقهية وعقلية ، كما يتبين من الكتاب أن المؤلف رحمه الله استفاد كثيراً من ممارسته للفتوى

وفض الخصومات ، واحتكاكه بقضايا واقعه ومجتمعه ، مع تعليل للمسائل وتوجيهها وبيان فروقها، ثم يختم بتصحيحه و ترجيحه مع ذكر تصحيح غيره أو ترجيحه .

فلا غرابة أن يسمي المؤلف كتابه بالمحيط فهو بحق قد أحاط فيه بأصول وفروع مسائل الفقه في المذهب الحنفي، ولا غرو أن يثني عليه اللكنوي حيث قال : (ثم لما منحني الله مطالعته رأيته كتاباً نفيساً ، مشتملاً على مسائل معتمدة ، متجنباً عن المسائل الغريبة الغير معتبرة إلا في مواضع قليلة ، ومثله واقع في كتب كثيرة ...) .

« و « المحيط البرهاني » ألفه رحمه الله في مجلدات ثم اختصره وسماه « الذخيرة » . وكثيراً ما يغلط فيه فيظن أن صاحب « المحيط البرهاني » الكبير هو رضي الدين محمد بن محمد السرخسي وليس كذلك ، أوله : الحمد لله خالق الأشباح بقدرته وفالق الإصباح برحمته ... الخ .

وفقهاء الحنفية يفرقون بين المحيطين في التلقيب فيقولون للكبير : المحيط البرهاني ، وللصغير : المحيط السرخسي »[1] .

المطلب الثالث : منزلة الكتاب بين كتب الفقه بعامة وبين كتب المذهب بخاصة :

أولاً : منزلته بين كتب الفقه :

كتاب المحيط البرهاني من كتب الفقه الموسوعية التي اتسمت بها المدارس الفقهية الرئيسة في الإسلام ، حيث تحوي هذه الكتب الموسوعية بين دفتيها مسائل الفقه مرتبة على الأبواب المألوفة كالطهارة والصلاة ... الخ ، وتأتي أهمية هذه الكتب من عدة نواح :

١ - شمولها لأبواب وقضايا الفقه وتناولها الأصول والفروع .

٢ - إيرادها للأقوال والفتاوى المختلفة في القضية الواحدة وعزوها إلى أصحابها من أئمة المذهب ومجتهديه وفقهائه .

---

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ٢: ٥١١ ، « مفتاح السعادة » لطاش كبري زاده ٢: ٤٤٦ .

٣ - تناولها للفتاوى والواقعات والقضايا المستجدة في عصره وتخريجها على آراء السابقين .

٤ - ذكرها لحكم المسألة في المذاهب الأخرى ، بل قد تتناول أقوال الصحابة ﷺ أحياناً .

ولذا فإن الكتاب موسوعي في مجاله ومبتكر في تبويبه وتناوله لبعض المسائل المستجدة ولا غنى عنه لمن أراد أن يراجع اجتهادات الأحناف في الفروع والنوازل ويقارنها بما يورده المؤلف أحياناً في معرض المقارنة باختلاف أو موافقة المذاهب الأخرى .

ثانياً : منزلته بين كتب المذهب :

يعتبر المحيط البرهاني من الكتب التي جمعت آراء الفقهاء الحنفية في أشمل تغطية لأبواب الفقه، وهو لذلك من أكبر المراجع الفقهية في فقه مذهب أبي حنيفة وبخاصة لكونه قد جمع بين كتب أصول المذهب الحنفي ، وأضاف إليها مسائل النوادر والفتاوى والواقعات والنوازل ، فاستوعب جميع صور المسائل الفقهية لدى الحنفية .

يعد المؤلف رحمه الله في الطبقة الثالثة من الفقهاء حسب تصنيف الحنفية وهي طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن إمام المذهب ، بل إن اللكنوي ذكره في طبقة أكابر المتأخرين ، وهي الطبقة الثانية من خمس طبقات - كما سبق - .

وقد اعتمد على الكتاب وعزا إليه كثير من علماء المذهب مما يجعله كما قال حاجي خليفة عند تعريفه بكتاب المؤلف الذخيرة: « اختصرها من كتابه المشهور بالمحيط البرهاني ، وكلامهما مقبول عند العلماء »[1] .

---

(١) « كشف الظنون » لحاجي خليفة ١ : ٨٢٣ .

ولهذه الأسباب نجد أن أغلب كتب الفقه الحنفي المعتمدة تحيل إليه، وتقتبس من أنواره وتشرب من مناهله، ونعدد هنا بعضها :

١ - (قنية المنية على مذهب أبي حنيفة) لأبي الرجاء نجم الدين مختار بن محمود الزاهدي المتوفى سنة ٦٥٨هـ ورمز له (بم) .

٢ - تبيين الحقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة ٧٤٣هـ ، وينظر على سبيل المثال : ١/ ٢٠ ، ٢/ ٥٩ ، ٤/ ٤٩ ، ١٩٣ ، ٣٢٢ .

٣ - الفتاوى الهندية لمجموعة من علماء الحنفية ، فإنه لا تكاد تخلو صفحة من صفحات الكتاب عن نقل من المحيط، وتكاد الفتاوى الهندية تعد نسخة من نسخ المحيط لكثرة نقلها عنه ، وقد استفدت منها في تقويم بعض النصوص .

٤ - الفتاوى التتارخانية لعالم بن العلاء الأندريتي المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، وغالب مسائل الكتاب منقولة من المحيط وجعل له رمزاً مستقلاً هو (م) .

٥ - الجوهرة النيرة لأبي بكر العبادي . ينظر ١/ ٨٠، ١٠٢، ١٧٤ ، ٢/ ٣٨، ٩٥، ٢٦٣ .

٦ - العناية على الهداية ، لأكمل الدين البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، ولعله ممن ينقل نصاً عن المؤلف دون الإشارة إليه أو التصريح بذلك . ينظر : ١/ ٢٨٤، ٤٩٣ ، ٣/ ٢٠ ، ١٢٨ ، ٦/ ٤١٨ ، ٤٣٢ .

٧ - الفتاوى البزازية لمحمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز المتوفى ٨٢٧هـ ، وينظر على سبيل المثال :٤/ ٣٧١ ، ٣٧٣ .

٨ - غرر الأحكام بشرح درر الحكام منلا خسرو . ينظر : ١/ ١٧ ، ٢٣ ، ٣٣٦ ، ٢/ ٣٥ ، ٥١ ، ٨٧ .

٩ - البناية على الهداية لبدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ . وينظر على سبيل المثال : ٢/ ٧٦٥ ، ٧٤٧ ، ٧٩٤ ، ٦/ ١٩٧، ٢٠٣ ، ٣٢٧ ، ٣٩٩ ، ٤٠٣ .

١٠ - مجمع الضمانات لغانم البغدادي : ينظر ص١٣ ، ٦٥ ، ١٤٥ ، ١٥٦ .

١١ - فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ، وينظر على سبيل المثال : ١/ ١١٤ ، ٢٥ ، ٢٢ ، ٥/ ٥٠٩ ، ٤٩٠ ، ٧/ ٣٣٠ ، ٣٢٩ ، ٣٠٦ .

١٢ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد شيخي زاده ، ينظر : ١/ ٣٨ ، ٨٩ ، ٢٦٤ ، ج٢/ ١٦٨ ، ٢١٥ ، ٣٥٣ .

١٣ - البحر الرائق لزين الدين ابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ ، وينظر على سبيل المثال : ١/ ٥٣ ، ٩٨ ، ٤/ ٢٢ ، ٣١ ، ٣٥ ، ٥٤ ، ٧/ ٢٧٧ ، ٣٠٨ .

١٤ - الدر المختار لعلاء الدين محمد الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ مع حاشية ابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ، وينظر على سبيل المثال : ١/ ٦١١ ، ٢٢٨ ، ٣/ ١٣٩ ، ١٩٩ ، ٤/ ٥٤٢ .

١٥ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي المتوفى سنة ٨٤٤هـ ، وينظر على سبيل المثال : ص٨٤ ، ٨٨ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠٣ ، ١٠٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٨ ، ١٥٣ .

١٦ - لسان الحكام في معرفة الأحكام لأبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد المعروف بابن الشحنة المتوفى سنة ٨٨٢هـ ، وينظر على سبيل المثال : ٢٤٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٩٩ .

١٧ - جامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة المتوفى سنة ٨٢٣هـ ، وينظر على سبيل المثال : ١/ ٢٤٠ ، ١٣٨ ، ٣٧ ، ٣١ ، ٢/ ١٤ ، ٢٢ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ .

١٨ - التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ ، وينظر : ٢/ ١١٢ ، ١١٣ ، ١٧٨ ، ٣/ ٢١٢ ، ٣٣٢ .

١٩ - الأشباه والنظائر تأليف زين العابدين إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ ينظر على سبيل المثال : ص٢٢ ، ٤٨ ، ١٢٣ ، ١٨١ ، ٢٠٩ .

٢٠ - غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر للسيد أحمد بن محمد بن الحنفي لحموي المتوفى سنة ١٠٩٨هـ ، ينظر : ١/ ٦٨ ، ١٧٠ ، ٣٧١ ، ٢/ ١٢٧ ، ٢٧٥ .

ثالثا : ثناء العلماء على الكتاب :

للمحيط البرهاني مكانة مرموقة عند فقهاء المذهب الحنفي وغيرهم ، وقد ذكر العلامة عبد اللطيف الكرماني[١] أنه طالع المحيط البرهاني مائة مرة ، وقد أوردنا قول حاجي خليفة في « كشف الظنون » : « ذخيرة الفتاوى » للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري ، المتوفى سنة ٦١٦هـ . اختصرها من كتابه المشهور بـ« المحيط البرهاني » **كلاهما مقبولان عند العلماء**[٢] .

وممن أثنى عليه العلامة عبد الحي اللكنوي في « الفوائد البهية » حيث قال: « منحني الله تعالى مطالعته فرأيته كتاباً نفيساً مشتملاً على مسائل معتمدة متجنباً عن المسائل الغريبة الغير المعتبرة ورأيته ليس جامعاً للرطب واليابس ، بل فيه مسائل منقحة وتفاريع مرصعة » .

وقد نفى بعض العلماء أن يكون المحيط البرهاني من الكتب المعتمدة في المذهب ومنهم العلامة ابن نجيم المصري كما نقل عنه اللكنوي في « الفوائد »[٣] :

---

(١) هو العلامة عبد اللطيف افتخار الدين الكرماني ، قال السخاوي : قدم القاهرة مرتين ، وممن أخذ عنه الزين قاسم والشمس الأمشاطي ، وحكي لي عنه أنه سمعه يقول : طالعت « المحيط البرهاني » مائة مرة ، وكان فصيحاً مستحضر الفروع في المذهب مع الخبرة التامة بالمعاني والبيان والمنطق وغيرهابحيث كان يقول في تلامذتي من هو أفضل من الشرواني ، وبحث مع العلاء البخاري في دلالة التمانع ، وألزمه إلزاماً شديداً وأفرد في ذلك تصنيفاً ، ووافقه على بحثه النظام الصيرامي . وله على كتبه العقلية والنقلية حواش متقنة كثيرة الفوائد ، وحج ثم عاد ونزل بزاوية تقي الدين ، واستمر إلى ولاية الظاهر جقمق فرجع إلى بلاده ، ويقال : إنه توفي يوم وصوله ، وكان له خال يقول عنه إنه شرح التبيان للطيبي ، كذا في « الضوء اللامع » . اهـ من « طرب الأمثال بتراجم الأفاضل » للكنوي رقم الترجمة ١٧٩ .

(٢) « كشف الظنون » ١: ٨٢٣-٨٢٤ .

(٣) راجع « الفوائد البهية » للكنوي ص١٩٠ .

« قال ابن نجيم المصري في رسالته التي ألفها في صورة وقف ، اختلفت الأجوبة فيه راداً على بعض المخالفين المستندين بمسألة مذكورة في « المحيط البرهاني » : إنه نقلها من « المحيط البرهاني » ، وقد قال ابن أمير حاج في « شرح منية المصلي » إنه مفقود في ديارنا ، وعلى تقدير أنه ظفر به دون أهل عصره لم يحل النقل منه ، والإفتاء عنه ، وصرح به في فتح القدير من كتاب الفضاء أنه لا يحل النقل من الكتب الغريبة ، وقد رأيت هذه العبارة بعينها وحروفها في المحيط الرضوي ، فأخذها منه ونسبها إلى البرهاني ظناً منه أنه لا يطلع على كذبه أحد » - انتهى - .

وكان اللكنوي أيضاً قبل وقوفه على المحيط البرهاني قد عده في « النافع الكبير » من الكتب غير المعتمدة قائلاً[1] :

« ومن هذا القسم : المحيط البرهاني ، فإن مؤلفه وإن كان فقيهاً جليلاً معدوداً في طبقة المجتهدين في المسائل لكنهم نصوا على أنه لا يجوز الإفتاء منه ، لكونه مجموعاً للرطب واليابس » .اهـ .

ويبدو أن سبب هذه الأقوال ندرة الكتاب وعدم وقوف أصحابها عليه وقد عاد اللكنوي عن قوله بعد أن وقف على الكتاب ، حيث قال في « النافع الكبير » :

« قد وفقني الله بعد كتابة هذه الرسالة بمطالعة « المحيط البرهاني » فرأيته ليس جامعاً للرطب واليابس بل فيه مسائل منقحة وتفاريع مرصعة ، ثم تأملت في عبارة « فتح القدير » وعبارة ابن نجيم فعلمت أن المنع من الإفتاء منه ليس لكونه جامعاً للغث والسمين ، بل لكونه مفقوداً نادر الوجود في ذلك العصر ، وهذا أمر يختلف باختلاف ذلك الزمان فليحفظ هذا » . اهـ

ثم كرر اللكنوي في « الفوائد البهية » الذي ألفه بعد « النافع الكبير » تأكيده على أهمية الكتاب وعلل أقوال من لم يعتبروه معتمدًا قال[2] :

(١) « النافع الكبير » للكنوي ص٢٨ .

(٢) راجع « الفوائد البهية » ص٢٠٦ .

« وليعلم أنه ذكر ابن أمير حاج الحلبي في « حلية المحلى شرح منية المصلى » في شرح الديباجة ، وفي بحث الاغتسال أنه لم يقف على « المحيط البرهاني » ، ونقل صاحب « البحر الرائق » عنه أنه مفقود في ديارنا ثم حكم بأنه لا يجوز الإفتاء منه ، واستند لما ذكره ابن الهمام أنه لا يحل النقل من الكتب الغريبة ، كما مر ما نقله في ترجمة رضي الدين محمد بن محمد السرخسي ، وظن بعضهم أن حكمه بعدم جواز الإفتاء منه لكونه جامعاً للرطب واليابس ، وبناءً عليه ذكرته في رسالتي « النافع الكبير » في عداد الكتب غير المعتبرة .

ثم لما منحني الله مطالعته رأيته كتاباً نفيساً مشتملاً على مسائل معتمدة متجنباً عن المسائل الغريبة غير المعتبرة إلا في مواضع قليلة ، ومثله واقع في كتب كثيرة ، فوضح لي أن حكمه بعدم جواز الإفتاء منه ليس إلا لكونه من الكتب الغريبة المفقودة الغير متداولة ، لا لأمر في نفسه ولا لأمر في مؤلفه ، وهو أمر يختلف باختلاف الأعصار ويتبدل بتبدل الأقطار ، فكم من كتاب يصير مفقوداً في إقليم ، وهو موجود في إقليم آخر ، وكم من كتاب يصير نادر الوجود في عصر ، كثير الوجود في عصر آخر ، فالمحيط البرهاني لما كان مفقوداً في بلاده وأعصاره ، عده من الكتب التي لا يفتى منها ، لعدم تداوله وغرابتها ، فإن وجد تداوله وانتشاره في عصر أو في إقليم ، يرتفع حكمه هذا ، فإنه لا شبهة في كونه معتمداً في نفسه ، قد اعتمد عليه من جاء بعده من أرباب الاعتماد وأفتوا بنقله ، وقد قال صاحب « الكشف » في حرف الذال « الذخيرة البرهانية » للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري ، اختصرها من كتابه المشهور « بالمحيط البرهاني » ، وكلاهما مقبول عند العلماء » - انتهى - .

المطلب الرابع : منهج المؤلف في الكتاب :

بسط المؤلف رحمه الله غايته في تقديم كتابه حين ذكر أنه أراد « جمع جل الحوادث الحكمية ، والنوازل الشرعية » فهو إذاً يبحث فيما قرره الأولون ويريد أن يصل إلى أحكام القضايا المستجدة بناء على ما قرروه ، ثم بين منهجه لتحقيق هذا الهدف بقوله: « وجمعت مسائل المبسوط والجامعين والسيرين والزيادات ، وألحقت بها مسائل النوادر

والفتاوى والواقعات ، وضممت إليها من الفوائد التي استفدتها من سيدي ومولاي والدي تغمده الله برحمته ، والدقائق التي حفظتها من مشايخ زماني رضوان الله عليهم أجمعين ، وفصلت الكتاب تفصيلاً ، وحللت تحليلاً، وأيدت بدلائل عول عليها المتقدمون ، واعتمد عليها المتأخرون » .

ومن استقراء الكتاب تتبين لنا طريقة المؤلف ومنهجه في تأليفه :

١ - ترتيب الكتاب :

أحاط المؤلف في كتابه بموضوعات الفقه التي يزيد عددها عن سبعين كتاباً وعلى عادة الفقهاء يشتمل الكتاب على فصول والفصول تشتمل على أنواع والأنواع على مسائل.رتب المؤلف رحمه الله أبواب الكتاب على الترتيب الشائع بين الفقهاء على النحو التالي :

الطهارة ، الصلاة ، السجدات ، الزكاة ، العشر ، الخراج ، المعادن ، الركاز والكنوز ، الصوم ، المناسك ، النكاح ، النفقات ، الطلاق ، العتاق ، المكاتب ، الولاء ، الأيمان والنذور ، الحدود ، السرقة ، السير ، الكراهية والاستحسان ، التحري ، اللقيط ، اللقطة ، الإباق ، المفقود ، الغصب ، الوديعة ، العارية ، الشركة ، الصيد ، الأضحية ، الوقف ، الهبة والصدقة ، البيع ، الصرف ، الشفعة ، القسمة ، الإجارات ، القضاء ، الشهادات ، الرجوع عن الشهادات ، الدعوى ، المحاضر ، السجلات ، الإقرار ، الوكالة ، الكفالة والضمان ، الحوالة ، الصلح ، الرهن ، المضارة ، المزارعة ، الشرب والأشربة ، الإكراه ، الحجر ، المأذون ، الجنايات ، ما يمنع الإنسان منه ومالا يمنع ، الحيطان ، الحيل ، الشروط ، الوصايا ، المداينات ، مسائل الشيوع ، مسائل الغرور ، مسائل الأشجار ، الفرائض ، الخنثى ، معرفة مسمى الأسامي .

٢ - الفصول :

قسم المؤلف كل كتاب إلى فصول متبعاً كذلك الترتيب المنطقي الذي يتبعه الفقهاء عادة في البدء بالتعاريف وأساسيات القضايا ثم الانتقال إلى فرعياتها ومتفرقاتها .

كتاب الدعاوى (موضوع التحقيق) :

قسم المؤلف الكتاب إلى ثلاثين فصلاً بدأها بفصلين يعرضان أسس الدعاوى وهي تعريف المدعي والمدعى عليه وبيان صحة الدعاوى، وبيان ما يسمع منها وما لا يسمع .

ثم انطلق منها في الحديث عن أنواع المسائل المختلفة في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والملكية المشتركة والمتفرقات ، و تخلل ذلك الحديث عن الإقرار وتناقض الدعوى وإبطالها ومن يصلح للخصومة ، وهي وإن كانت أشبه بالفصلين الأولين من حيث التأسيس للدعاوى إلا أن إيرادها هنا جاء في موقعه لكونها من القضايا التي ترتبط بأنواع الدعاوى وتحتاج إلى الأمثلة العملية في كل صنف .

ومنهج المؤلف رحمه الله في الفصول العملية أن يبدأ بإيراد الدعوى ثم يورد مستقصياً آراء أئمة المذهب الثلاثة ثم غيرهم من أئمة المذهب المتقدمين ثم المتأخرين ويعزوها في الغالب إلى مصادرها، وكثيراً ما يمهد للفصل في القضية وترجيح رأي دون رأي بتوضيح اختلاف الفقهاء فيها بقوله: (وهذا فصل اختلف فيه المشايخ) ، وهو لا يتطرق لذكر رأي المذاهب الأخرى إلا نادراً فقد ذكر رأي الشافعية مرتين ولم يذكر رأي المالكية أو الحنابلة. ولم يلتزم المؤلف رحمه الله بهذا المنهج دائماً فقد يحصل تقديم وتأخير في إيراد أقوال علماء المذهب.

مصطلحات المؤلف حسبما ظهر لي :

- إذا قال المؤلف (قال) فيريد به الإمام محمد بن الحسن رحمه الله وغالباً ما يكون ذلك في فقرة مبنية على جملة سابقة .
- إذا قال المؤلف (في الكتاب) ، فإنه يريد به كتاب الأصل لمحمد بن الحسن كما بين ذلك ابن نجيم في البحر الرائق .
- إذا قال (في ديارنا) فالمقصود بلاد ما وراء النهر .
- إذا قال (قالوا) فإنه يستعملها في اختلاف المشايخ .

- إذا أطلق المؤلف لفظ (المتأخرين) فهو يعني بهم شمس الأئمة الحلواني فمن بعده إلى شيوخه[١] .

- يطلق لفظ (الإجماع) أو (الاتفاق) أو (بلا خلاف) ويريد به في الغالب داخل المذهب الحنفي .

- إذا قال المؤلف : قال أئمتنا الثلاثة ، أو علماؤنا الثلاثة ، فيريد بهم أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله تعالى .

- إذا أطلق لفظ الشيخين أو الصاحبين فيريد بهما أبا يوسف ومحمد بن الحسن .

- إذا أطلق : شمس الأئمة فهو شمس الأئمة السرخسي .

- إذا قال : مشايخنا ، فهم علماء ما وراء النهر من بخارى وسمرقند ومرغينان .

- إذا أطلق : شيخ الإسلام فيقصد به خُوَاهَر زاده وقد ذكر المؤلف إماماً غيره بهذا اللقب هو عطاء بن حمزة السغدي.

المطلب الخامس : مصادره في الكتاب :

أجمل المؤلف رحمه الله مصادره التي اعتمد عليها في مقدمة كتابه فقال : (جمعت مسائل المبسوط ، والجامعين ، والسير ، والزيادات ، وألحقت بهما مسائل النوادر والفتاوى والواقعات ...)[٢] .

وقد اشتمل كتاب المحيط على نقول من كثير من الكتب الفقهية ، وفي القسم الذي أقوم بتحقيقه وهو كتاب الدعوى نقول من ما يزيد على ستة وثلاثين كتاباً هي :

١ - الإملاء (الأمالي) ، ليعقوب بن إبراهيم بن حبيب (أبو يوسف) المتوفى سنة ١٨٢هـ.

٢ - الأصل ، ويسمى (المبسوط) ، لمحمد بن الحسن الشيباني ، المتوفى سنة ١٨٩هـ.

---

(١) ينظر « الفوائد البهية » للكنوي ص٢٤٢ .

(٢) المحيط البرهاني مقدمة المؤلف ١: ١٥٩ بتحقيق نعيم أشرف .

٣ - الجامع الكبير : لمحمد بن الحسن الشيباني .

٤ - الجامع الصغير : لمحمد بن الحسن الشيباني .

٥ - السير الكبير : لمحمد بن الحسن الشيباني .

٦ - الزيادات : لمحمد بن الحسن الشيباني .

٧ - نوادر ابن شجاع .

٨ - الرقيات : رواية لابن سماعة عن محمد بن الحسن الشيباني .

٩ - أحكام الأوقاف للخصاف .

١٠ - نوادر إبراهيم بن رستم المروزي .

١١ - نوادر هشام بن عبد الله الرازي .

١٢ - نوادر ابن سماعة .

١٣ - نوادر بشر بن الوليد .

١٤ - نوادر عيسى بن أبان .

١٥ - الأجناس للناطفي .

١٦ - أدب القاضي لأحمد بن عمر بن مهير الخصاف .

١٧ - المنتقى للحاكم الشهيد .

١٨ - أحكام الوقف للخصاف .

١٩ - فتاوى أبي الليث السمرقندي .

٢٠ - الحيل للخصاف .

٢١ - عيون المسائل لأبي الليث السمرقندي .

٢٢ - الواقعات لأحمد بن محمد الناطفي .

٢٣ - المبسوط لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي .

٢٤ - الأقضية للإمام ظهير الدين المرغيناني .

٢٥- نوادر أبي سليمان الجوزجاني .

٢٦- شرح الجامع لأبي نصر الصفار .

٢٧- شرح الجامع لخواهر زاده

٢٨- شرح الجامع الكبير لشمس الأئمة الحلواني .

٢٩- شرح مختصر الكرخي للقدوري .

٣٠- فتاوى الفضلي .

٣١- فتاوى النسفي .

٣٢- فوائد شمس الإسلام محمود الأوزجندي .

٣٣- المجرد للحسن بن زياد اللؤلؤي .

٣٤- مجموع النوازل للكشي .

٣٥- مختصر الزيادات للحاكم .

٣٦- مختصر الطحاوي .

المطلب السادس : الكتاب من حيث التبعية والاستقلال :

أولاً : مظاهر التبعية :

١ - لم يخرج المؤلف في مجمله عن المذهب الحنفي .

٢ - تقديم المؤلف رحمه الله لظاهر الرواية في الغالب واهتمامه بتوجيه مسائل ظاهر الرواية وانتصاره لها .

٣ - اهتمام المؤلف بذكر قياس المذهب والتخريج على قول أئمة الحنفية كقوله على قول أبي حنيفة وعلى قول محمد .

ثانياً : مظاهر الاستقلال :

وهي ظاهرة واحدة : الاهتمام بتصحيح الأقوال أو تضعيفها وترجيح بعضها على بعض مع تعليل الأحكام وتوجيهها .

المطلب السابع : اختياراته الفقهية في الكتاب :

إن الناظر في هذا الكتاب الكبير الضخم يتبين له أنه على الرغم من كون الكتاب معلمة (موسوعة) جمعت الكثير من المسائل بأنواعها إلا أنه لم يقتصر على النقل فحسب ، بل اشتمل على كثير من المناقشات والردود وألفاظ التصحيح والترجيح والتضعيف ، مما يدل على سعة علم برهان الدين محمود البخاري رحمه الله وتمكنه من هذا الفن ، لا سيما وأنه عُد من طبقة المجتهدين وأكابر المتأخرين في المذهب ، يتضح ذلك كله من خلال اختيارات المؤلف وترجيحاته وبعض عباراته كقوله : وعندي ، والمختار ، والأصح ، وهو الصحيح ، وعليه الفتوى ، والأشبه ، والأولى .

المطلب الثامن : محاسن الكتاب :

إن جميع ما تضمنه القسم الدراسي من مباحث ومطالب يشهد بمحاسن هذا الكتاب (المحيط) ابتداءً بمنزلة المؤلف العلمية وانتهاءً بما اشتمل عليه كتابه حتى أصبح معلمة (موسوعة) فقهية فريدة في نوعها في مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله ، ومن أبرز محاسن هذا الكتاب ما يلي :

١ - الشمولية والاستيعاب ، حتى إنه اشتمل على مسائل الفقه الحنفي بدرجاتها الثلاث : مسائل ظاهر الرواية ، ومسائل غير ظاهر الرواية ، والفتاوى والنوادر والنوازل ، فهو المحيط من كتب المطولات في المذهب .

٢ - اعتماده على كثير من مصادر الفقه الحنفي وخصوصاً كتب ظاهر الرواية إضافة إلى كثير من كتب المذهب المتنوعة مما أعطى الكتاب قيمة علمية تميزه عن غيره من الكتب .

٣ - سهولة الألفاظ ووضوح العبارات وحسن الترتيب .

٤ - حِرْصُ المؤلف على ذكر الدليل أو التعليل في أغلب المسائل وهو القائل في مقدمة كتابه : (وأيدت أكثر المسائل بدلائل عوّل عليها المتقدمون واعتمد عليها المتأخرون)[1] .

٥ - ذكره وجوه الروايات المنقولة في اغلب الأحيان .

٦ - اعتناؤه بذكر الصحيح من الأقوال وذكر تصحيح العلماء .

٧ - اهتمامه بتخريج أقوال الأئمة في المذهب الحنفي .

٨ - اهتمامه بتوضيح المسائل وبيانها ، فكثيراً ما يقول : توضيحه ، بيانه .

٩ - اهتمامه بما قد يرد على بعض المسائل في المذهب بالإجابة عنه ، كقوله فإن قيل كذا ... قلنا ...

المطلب التاسع : الملحوظات على الكتاب :

وهي مقصورة على الجزء الذي حققته ، فقد لحظت في الجزء الذي قمت بتحقيقه بعض الملحوظات ، وأهم هذه الملحوظات ما يأتي :

١ - عدم ذكر المؤلف رحمه الله لمنهجه في مقدمة الكتاب .

٢ - لم يبين المؤلف مراده من بعض المصطلحات والأسماء التي تتكرر في الكتاب كقوله : (قال) ، (قال في الكتاب) ، (شيخ الإسلام) ، (وفي الفتاوى) ، (وفي النوادر) ، (بالإجماع) ، (بالاتفاق) ، (بلا خلاف) .

٣ - إبهام المؤلف رحمه الله في ذكر الأسماء والكتب مما يوقع القارئ في اللبس وعدم معرفة المراد كقوله : (أبو بكر) ، (أبو جعفر) ، (شرح القدوري) ، (شرح الجامع) .

---

(١)« المحيط البرهاني » مقدمة المؤلف ١ : ١٥٩ بتحقيق نعيم أشرف نور .

٤ - عدم تمييز المسائل بعضها عن بعض ، ودمج النصوص المنقولة بكلام المؤلف مما يجعل التوثيق أمراً شاقاً .

٥ - اشتماله على الأحاديث الضعيفة ، بل على الموضوعة كما في مقدمة كتابه .

٦ - عدم عزو الأحاديث والآثار إلى مصادرها الأصلية ، وذكر غالب الأحاديث والآثار بالمعنى ، وتركه الحديث من غير بيان لمن رواه ، أو بيان حكمه .

٧ - ذكر المؤلف رحمه الله النصوص بالفارسية وعدم ترجمتها باللغة العربية .

❊ ❊ ❊

المحيط البرهاني في الفقه النعماني

للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبدالعزيز بن مازه المرغيناني الحنفي
المتوفى سنة ٦١٦هـ

تحقيق

(كتاب الدعوى)

النص المحقق

كتاب الدعوى

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثين[١] فصلاً :

الفصل الأول[٢] : في معرفة المدعي والمدعى عليه[٣] .

الفصل الثاني : في بيان صحة الدعاوي ، وبيان ما يسمع منها وما لا يسمع .

الفصل الثالث : في دعوى الملك المطلق في الأعيان .

الفصل الرابع : في دعوى الملك في الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة وما أشبه ذلك .

الفصل الخامس : في دعوى الشراء والبيع .

الفصل السادس : في الاستحقاق وما هو في معنى الاستحقاق .

الفصل السابع : في الدعوى والبينات عليها .

الفصل الثامن : في مقاسمة المدعي بطريق المنازعة والعول .

الفصل التاسع : في دعوى الميراث .

الفصل العاشر : في دعوى الرجل النكاح على المرأة ، وفي دعوى المرأة النكاح على الرجل الآخر .

الفصل الحادي عشر : في رجلين يدعيان بالأيدي .

---

(١) في (م) و (ب) : تسعة وعشرون . وفي (ك) : « سبعة وعشرين » .

(٢) في (هـ) أشير إلى الفصول بالأرقام .

(٣) هذه المقدمة لفصول الكتاب غير موجودة في (ك) .

الفصل الثاني عشر : في دعوى النتاج .

الفصل الثالث عشر : فيما هو في معنى النتاج .

الفصل الرابع عشر : في دعوى الحائط .

الفصل الخامس عشر : في دعوى الطرق ومسيل الماء والمجاري والناوقات[١] .

الفصل السادس عشر : في القضاء لأحد الخارجين عند ظهور العدالة لشهوده ثم ظهور العدالة لشهود الخارج الآخر ، وإقامة الخارج الآخر شهوداً بعد ذلك .

الفصل السابع عشر : في دعوى الدين .

الفصل الثامن عشر : في إقرار المدعي ببعض ما قضاه المدعى عليه أو بغير ذلك عن نفسه ، وفي دعوى المدعى عليه لنفسه بعض ما قضي[٢] عليه .

الفصل التاسع عشر : في بيان ما يقع به التناقض في الدعوى وما لا يقع .

الفصل العشرون : فيما يبطل دعوى المدعي من قوله أو فعله .

الفصل الحادي والعشرون : فيما يكون جواباً من المدعى عليه وما لا يكون وما يكون إقراراً منه وما لا يكون .

الفصل الثاني والعشرون : في بيان من يصلح خصماً ومن لا يصلح .

الفصل الثالث والعشرون : في بيان ما يندفع به دعواه وما لا يندفع ، وفيه أنواع وأقسام .

الفصل الرابع والعشرون : في دعوى الوصية وجحود الوارث ، وإقراره بالوصية لغيره ، وفي دعوى الدين وجحود الوارث ذلك وإقراره بالوصية لرجل آخر[٣] .

---

(١) مفردها : ناووقة ، ويقال : ناووق ، وهي الخشبة المنقورة التي يجري فيها الماء في الدواليب ، أو تعرض على النهر أو على الجدول ليجري فيها الماء من جانب إلى جانب . « المغرب » للمطرزي ص ٤٧٠ .

(٢) في (هـ) : قضي به .

(٣) زيادة لم تأت في المخطوطات في هذا الموضع ، لكنها جاءت في عنوان الفصل الرابع والعشرون ، داخل كتاب الدعوى ، كما سيأتي ، ولا يستقيم النص إلا بها فلذلك أُثبتت .

الفصل الخامس والعشرون : في دعوى الرجلين عبداً في يد آخر ، ودعوى كل واحد الإيداع من صاحب اليد ، وإقرار صاحب اليد لأحدهما .

الفصل السادس والعشرون : في دعوى الوكالة[١] والحوالة[٢] .

الفصل السابع والعشرون : في دعوى العتق .

الفصل الثامن والعشرون : في دعوى النسب .

الفصل التاسع والعشرون : في الغرور .

الفصل الثلاثون : في المتفرقات . والله أعلم[٣] .

❊ ❊ ❊

(١) في (هـ) : الوكالة والكفالة والحوالة .

(٢) في (ب) : الوكالة والحوالة والكفالة .

(٣) قوله : « والله أعلم » غير موجود في (هـ) .

وقوله : « في المتفرقات . والله أعلم » غير موجود في (ب) .

الفصل الأول
في معرفة المدعي والمدعى عليه

فنقول اختلف العلماء في الحد الفاصل بينهما ، والمروي عن محمد - رحمه الله تعالى - أنك تنظر إلى المُنْكر منهما[١] ، فهو المدعى عليه [٢] ، وهذا صحيح ؛ لأن النبي عليه السلام جعل المدعى عليه هو المنكر حيث قال : « واليمين على من أنكر »[٣] ، فإن قيل : بهذا لا يصح[٤] تمام الحد ؛ فالإنسان قد يكون مدعياً ويكون اليمين من جانبه ؛ كالمودع إذا ادعى الرد ، قلنا : المودع بدعوى الرد ينكر الضمان ، والخصومة إنما جرت لأجل الضمان ، فجعل اليمين في جانبه لهذا .

وقال بعضهم : المدعي من يحتاج إلى الإثبات والإضافة إلى نفسه ، ولا يكفيه مجرد النفي بأن يقول لغيره : « وهذا[٥] العين ليس لك » ، فبهذا القدر لا يصير مدعياً ، ويحتاج إلى أن يقول : « هذا العين لي » والمدعى عليه من لا يحتاج إلى الإثبات والإضافة إلى نفسه بل يكفيه مجرد النفي ، فإن بمجرد قوله للمدعي هذا العين ليس لك يصير خصماً ، ويكفيه ذلك من أن يقول : « هو لي » .

وبعضهم قالوا : المدعي من يكون مخيراً بين الخصومة والكف عنها ، وإذا ترك الخصومة يُتْرك ولا يُتْبَع ، والمدعى عليه : من لا يكون مخيراً بين الخصومة والكف عنها ، وإذا ترك الخصومة لا يُتْرَك بل يُتْبَع[٦] .

---

(١) في (هـ) : منها .

(٢) النص في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٣٤ .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ١٠ : ٢٥٢ . وحسنه الإمام النووي في « الأربعين النووية » ، وذكر شواهده ابن رجب الحنبلي في « جامع العلوم والحكم » ٢ : ٢٢٦ .

(٤) في (هـ) : لا يصلح .

(٥) في (ك) : هذا .

(٦) من قوله : « وبعضهم قالوا » إلى هنا غير موجود في (ك) .

[وبعضهم قالوا : المدعي من يستعدي[١] على غيره بقوله ، والمدعى عليه من يستعدى[٢] عليه بقول غيره[٣]][٤] .

وبعضهم قالوا : المدعي من يدّعي[٥] ويتمسك بما ليس بثابت ، والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت .

بيانه : فيما إذا ادعى عيناً في يدي إنسان أنه مِلْكه وأنكر ذو اليد دعواه وقال : « هو مِلْكي » ، فالخارج يسمى مدعياً ، لأنه يدعي ما ليس بثابت له وهو المِلْك في هذا العين ، وصاحب اليد يسمى مدعى عليه[٦] ؛ لأنه يتمسك بما هو ثابت له ، وهو المِلْك بظاهر اليد .

فإن قيل : هذا يشكل بالمودَع إذا ادعى الرد ، والمودِع ينكر ، فالمودع يكون مدعى عليه حتى يحلف ، وقد ادعى ما ليس بثابت وهو الرد ، ورب الوديعة يكون مدعياً[٧] وقد ادعى ما هو ثابت وهو عدم الرد .

قلنا : رب الوديعة من حيث المعنى يدعي ما ليس بثابت ، وهو شغل ذمة المودَع بالضمان ، والمودَع من حيث المعنى يتمسك بما هو ثابت وهو براءة ذمته والعبرة للمعنى ، والخصومة وقعت لأجل الضمان[٨] .

---

(١) في (ك) و (ب) : يتعدى .

(٢) في (ك) : يتعدى .

(٣) في (ب) : غيره بقوله .

(٤) ما بين المعكوفتين غير موجود في (م) والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) في (م) و (ب) : دعي . والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٦) في (م) و (ب) : « مدعيًا » وهو خطأ ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٧) في (ك) : وهو الرد على رب الوديعة فيكون مدعيًا .

(٨) أورد المؤلف رحمه الله تعالى عدداً من تعاريف المدعي والمدعى عليه ، وها أنا ذا أضيف ما وقفت عليه بإيجاز :

الدّعوى في اللّغة : اسم من الادّعاء ، مصدر ادّعى ، وتجمع على دعاوَى بكسر الواو وفتحها . وفتح الواو أولى .

« القاموس الفقهي » للدكتور سعدي أبو جيب و «الموسوعة الفقهية» مادة : د ع و .

وهي - كما في « شرح حدود ابن عرفة » مع شرحها لأبي عبد الله محمد الأنصاري ، مادة : (د ع و) - : « قول بحيث لو سلم أوجب لقائله حقا » . =

. . . . . .

= أو : « هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم ... » كما في « الموسوعة الفقهية » مادة : دعو .
أو : « هي إخبار شخص عن وجوب حق له على غيره عند حاكم يصح حكمه » كما في « نظر الدعوى وإدارة العدالة » للدكتور محمد ظهرى محمود ص ٣١ ، نقلاً عن حاشيتي « قليوبي وعميرة » ، و « الإقناع » للشربيني .
والمعاني فيها متقاربة .
وعرفها الحنابلة فقالوا : معناها في اللغة : « إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا : ملكا ، أو استحقاقا أو صفة ونحوه ، وفي الشرع : إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره ، أو في ذمته » .
قلت : تكاد كتب الحنابلة - التي بين يدي - تجمع على هذا ، فانظر على سبيل المثال : « المغني » لابن قدامة ١٢ : ١٦٣ وانظر أيضاً : « الموسوعة الفقهية » مادة : دعو .
ولعل أدق التعاريف - فيما بدا لي - ما جاء في « الموسوعة الفقهية » مادة : دعو : « قول يطلب به الإنسان إثبات حقّ على الغير في مجلس القاضي أو المحكّم » .
أما المدَّعي لغة : فهو اسم فاعل من ادعى.
وأما المدعى عليه : فهو من عليه الحق .
والمدعي شرعاً : هو الذي يطلب بدعواه شيئاً لم يكن لهـ ولا ثبتت يده عليه.
كذا عرفها جمع من العلماء كصاحب : « بدائع الصنائع » للكاساني ٦ : ٢٢٤ ، و « البحر الرائق » لابن نجيم ٧ : ١٩١ و « كشاف القناع » للبهوتي ٦ : ٣٨٤ و « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٣١ و « مجمع الأنهر » داماد إبراهيم ٢ : ٢٥٠ .
ومنهم من قال : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر عليها إذا تركها .
وبمعناه قولهم : « المدعي من إذا تَرَكَ تُرِك ، والمدعى عليه بخلافه » فانظر :
« البحر الرائق شرح كنز الدقائق » لابن نجيم ٧ : ١٩١ ، و « كشاف القناع » للبهوتي ٦ : ٣٨٤ ، و « تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق » للزيلعي ٥ : ٣١٨ ، وقريب من هذا ما نقله الشربيني من الشافعية في « مغني المحتاج » ٤ : ٥٨٩ وابن قدامة في « المغني » ١٢ : ١٦٣ ، و المرداوي في « الإنصاف » ١١ : ٣٦٩ في شرحه على « المقنع » بعد أن قرر كلامه ، ثم قال : « هذا المذهب عليه جماهير الأصحاب ، وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم ، وقدمه في المغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي ، والفروع ، وغيرهم » .
بل قال الدكتور سعدي أبو جيب في « القاموس الفقهي » - مادة : دعو - : « عند الحنفية، والحنابلة، والجعفرية: من إذا ترك دعواه ترك ؛ لأن حق الطلب لهـ فإن تركه لا سبيل عليه » .
وحكى الإمام الزيلعي في « تبيين الحقائق » ٥ : ٣١٨ تعاريف أخرى .
منها : « المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد » .
ومنها : « المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي ، والمدعى عليه من يشمل كلامه على النفي ، فيكتفى به منه » .
ويقال : المدعي من يلتمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . ينظر : « تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق » للزيلعي ٥ : ٣١٨ وبنحوه في « المنهاج » للإمام النووي انظر المنهاج مع شرحه « مغني المحتاج » للشربيني ٤ : ٥٨٨ .
وقال الشافعي رحمه الله : المدعي من يدعي أمرا باطنا، والمدعى عليه من يدعي أمرا ظاهرا . كذا في « جواهر العقود » للمنهاجي الأسيوطي ٢ : ٤٩٦ .

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الدعوى : وإذا كان في يدي رجل دار أو عبد أو شيء من الأشياء ، فادعى رجل ذلك أو طائفة منه بشراء من ملك[١] أو هبة[٢] أو صدقة أو وصية أو ميراث أو بوجه من وجوه الملك ، أو[٣] ادعى عليه ديناً دراهمَ أو دنانير ، أو شيئاً من المكيل أو الموزون أو ما أشبه ذلك ، أو ادعى عليه كفالة بمال أو نفس أو ادعى عليه بيعاً أو إجارة ، فالمنكر هو المدعى عليه ، والطالب هو المدعي ، وأنه يُخَرَّج على العبارات كلها[٤] .

ولو كان المدعى عليه أقر بدعوى المدعي إلا أنه ادعى القضاء أو الإبراء في دعوى الدين ، أو ادعى الإبراء في دعوى الكفالة بالنفس أو الكفالة بالمال ، أو ادعى الفسخ في الإجارة أو الإقالة في البيع ، فالطالب في الدعوى الأولى هو المدعى عليه في هذه الدعوى ، [والمدعى عليه في الدعوى الأولى هو المدعي في هذه الدعوى][٥] ، وأنه يخرج على العبارات كلها .

قال[٦] في كتاب الغصب : رجل غصب ثوباً أو دابة واستهلكه فأقام المغصوب منه بيِّنته على قيمته[٧] ، فأقام[٨] الغاصب بيِّنته على قيمة أقل من ذلك ، فالبينة بينة المغصوب منه ؛ إما لأن المغصوب منه هو المدعي لما ذكرنا من[٩] العبارات ، وإما لأن المغصوب منه بيِّنته[١٠] تثبت زيادة في قيمة[١١] المغصوب[١٢] وتنفيها بيِّنة الغاصب ، والبينات شُرِعت في طرف الإثبات لا[١٣] في طرف النفي .

---

(١) في (هـ) و (ب) : مالك . وفي (ك) : مالكه .
(٢) في (هـ) و (ك) و (ب) : بهبة .
(٣) في (ب) : « و » .
(٤) أي : يقاس على هذه الأمثلة أمثالها ، والله أعلم .
(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) المثبت من (هـ) و (ك) .
(٦) أي الإمام محمد بن الحسن فيما يظهر .
(٧) في (ب) و (هـ) : قيمة .
(٨) في (هـ) : وأقام .
(٩) في (ب) : في .
(١٠) في (ب) : بينته مقدمة تثبت .
(١١) في (ب) : زيادة في القيمة قيمة المغصوب .
(١٢) قوله : « في قيمة المغصوب » غير موجود في (هـ) .
(١٣) في (م) : « ولا » والمثبت من (هـ) و (ك) .

وإن لم يكن لهما[١] بينة ، [فالقول في[٢] الزيادة قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه يدعي عليه في الزيادة على العبارات التي ذكرنا ، فالقول[٣] قول المدعى عليه مع اليمين][٤] .

وإن أقام الغاصب بينة على قيمته ، ولا بينة للمغصوب منه ، فللمغصوب منه أن يستحلف الغاصب ، ولا يلتفت إلى بينته ؛ لأن الغاصب هو المدعى عليه ، والذي في جانب المدعى عليه اليمين دون البينة .

وإن قال الغاصب : أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف ، ورضي به رب الثوب ، لا يلتفت إلى قولهما ؛ لأن اليمين شرعت في جانب المدعى عليه وليس إلى العباد تغيير المشروعات .

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الاستحلاف : رد اليمين إلى المدعي في مسألة ، وصورتها : رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوباً وأقر الغاصب بذلك ، واختلفا في قيمة الثوب ، فقال المغصوب منه : كانت قيمة ثوبي مائة ، وقال الغاصب : لا أدري ما كانت قيمته ، ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ؛ لأن المغصوب منه يدعي زيادة قيمة عليه وهو ينكر[٥] ، ويجبر الغاصب على البيان ؛ لأنه أقر بقيمة مجهولة[٦] ، فيؤمر بالبيان وإن لم يخبر بشيء يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة ، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه ذكر أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة ، ويأخذ من الغاصب مائة درهم .

---

(١) في (م) و (ب) : « لها » والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) في (ك) : في نفي الزيادة .

(٣) في (هـ) و (ك) : والقول .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ١١: ٦٥ و ٧٩ .

(٦) في (هـ) و (ك) : مجهول .

طعن الحاكم الإمام أبو محمد[١] الكوفي على محمد - رحمه الله - فيما ذكر أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب مائة درهم ، وقال : المغصوب منه يدعي زيادة القيمة ، واليمين لم يشرع حجة للمدعي عندنا ، وقال : الجواب الصحيح عندي أن بعدما أبى الغاصب بيان[٢] القيمة ، فالقاضي يوقفه بين يديه ، ويقول له : أكانت قيمة الثوب مائة؟ أكانت خمسون؟ أكانت ثلاثون؟ إلى أقل[٣] ما لا يجوز أن ينقص قيمة الثوب منه في العرف والعادة ، فإذا انتهى إلى ذلك ألزمه ذلك وجعل القول قوله في الزيادة مع يمينه ، وجعل الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا أقر بحق مجهول في عين في يديه ، وأبى أن يبين مقداره ، فالقاضي يوقفه بين يديه ويسمي السهام حتى ينتهي إلى أقل السهام الذي يقصد بالملك عادة ، فيلزمه ذلك ويجعل القول قوله في الزيادة مع يمينه .

ومنهم من اشتغل بتصحيح ما ذكر في « الكتاب »[٤] ، وجه[٥] ذلك : أن الإقرار بالمجهول صحيح [٦] ، وقطع الخصومة وإيصال المقر له إلى حقه واجب ، وتعذر إيصال المقر له إلى حقه بالطريق الذي قلتم ؛ لأن موضوع المسألة أنه أقر بغصب ثوب ، والثياب أجناس ، فالقاضي لا يدري أن هذا أقل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب ؛ لأن ما من ثوب من جنس هو أقل ذلك الجنس إلا وثوب آخر من جنس آخر يكون أقل منه[٧] ، بخلاف المسألة التي استشهد بها ؛ لأن[٨] أقل المقدار الذي يقصد بالتملك معلوم من

---

(١) لم أعثر على ترجمة له فيما لدي من المصادر .

(٢) في (ك) : في بيان .

(٣) في (ك) : إلى أن ينتهي إلى أقل .

(٤) هو للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، كما ذكر المؤلف نفسه ص ٨٣ و ١٦٥ . والذي يظهر لي أنه يريد « الأصل » المسمى بالمبسوط أيضًا ؛ لأنه هو الكتاب الذي بسط فيه الإمام محمد المسائل الفقهية .

(٥) في (ب) : ووجه .

(٦) انظر لهذه القاعدة « تكملة حاشية ابن عابدين » ١٢ : ١٣٤ .

(٧) سقط من (ك) .

(٨) في (ك) : الآن .

حيث العادة ، فأمكن للقاضي إلزام المقر ذلك ، أما ههنا بخلافه ولا وجه إلى أن[١] يقضي بمائة درهم كما يدعيه[٢] المغصوب منه ؛ لأن الغاصب حلف على ذلك ، فلم يبق للقاضي طريق قطع الخصومة وإيصال المقر له إلى حقه إلا ما قلنا .

وما يقول بأن يمين المغصوب منه يمين[٣] المدعي . قلنا : يمينه يمين المدعي من وجه من حيث [إنه يدعي[٤] أن قيمة الثوب مائة ولم يثبت ذلك ، لما أنكر الغاصب ذلك ويمين المدعى عليه من وجه من حيث][٥] إن أصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب ، فإن الإقرار بقيمة مجهولة صحيح ، وإنما الحاجة إلى فصل الخصومة ، واليمين شرعت لفصل الخصومة ، فكانت بمنزلة يمين المدعى عليه من هذا الوجه ، ويمين المدعى عليه من كل وجه مما يجوز أن يفصل بها الخصومة ، فكذا يمين المدعى عليه من وجه ، وهذه المسألة لا توجد في كتاب الاستحلاف ، وهي من الغرائب فيجب حفظها . والله أعلم . انتهى .

(١) في (ب) : لأن .

(٢) في (ك) : يذهب .

(٣) في (ك) : بين .

(٤) في (م) : « يدل على » وما أثبت من (هـ) و (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

الفصل الثاني

في بيان صحة الدعاوي[١] وما يسمع منها وما لا يسمع

يجب أن يعلم بأن الدعوى لا تخلو ؛ إما أن تقع في العين أو في الدين ، فإن وقعت في الدَّيْن فإن كان المُدَّعى مكيلاً[٢] ، فإنما تصح الدعوى إذا ذكر المدعي جنسه أنه حنطة أو شعير ، وبعدما ذكر الجنس بأن ذكر أنه حنطة يذكر مع ذلك نوعها أنها سَقِيَّة[٣] ، أو برية ، أو خريفية أو ربيعية ، ويذكر مع ذلك صفتها أنها جيدة أو وسطة كندم سبيده ، أو كندم سرخة[٤] ، ويذكر قدرها بالكيل ، فيقول : كذا قفيز[٥] ؛ لأن المقدر في الحنطة الكيل ، ويذكر قفيز[٦] كذا ؛ لأن القفزان تتفاوت في ذاتها ، ويذكر سبب الوجوب ؛ لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها ، فإنه إذا كان بسبب السَّلَم يحتاج فيه إلى بيان مكان[٧] الإيفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، وإن كان من ثمن بيع جُوِّز الاستبدال به قبل القبض ، ولا يشترط فيه[٨] مكان الإيفاء ، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه ، بمعنى أنه لا يلزم ، ويذكر في السَّلَم سائر شرائط صحته من إعلام

(١) في (ك) : الدعوى .

وفي (ك) : وبيان ما يسمع منها .

(٢) في (ك) : كيلا .

(٣) أي : أنها سقيت بجهد من زارعها لا بماء المطر .

(٤) هذه ألفاظ فارسية : كندم : قمح . سبيده : أبيض جداً . سرخه : أحمر . كما يستفاد من « المعجم الذهبي » فارسي - عربي ، للدكتور محمد ألتونجي .

(٥) القفيز : مكيال يختلف وزنه زماناً ومكاناً ، وإن كان الأشهر أنه ثمانية أرطال ، أي ٣٣ ليتراً ، وانظر للاستزادة « قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية » لمحمد عمارة ص ٤٦٣ .

(٦) في (هـ) : بقفيز .

(٧) في (م) و (ب) : ما كان .

(٨) في (هـ) : بيان مكان الإيفاء .

جنس رأس المال ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان رأس المال وزنياً[١] وانتقاده في المجلس حتى يصح عند أبي حنيفة ﷺ وأشباه ذلك على ما عرف في كتاب البيوع .

ولو قال : بسبب السَّلَم الصحيح ولم يبين شرائط صحة السَّلَم ، كان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي[٢] يفتي بصحة الدعوى ، وغيره من المشايخ كانوا لا يفتون بصحته ؛ لأن للسَّلَم شرائط كثيرة ، لا يقف عليها إلا الخواص من الناس ، وربما يظن المدعي صحته ولا يكون صحيحاً في نفسه .

وفي دعوى البيع إذا قال : بسبب بيع صحيح بأن ادعى على آخر ألف درهم بسبب بيع صحيح جرى بينهما في جارية قد سلمها إليه صح الدعوى بلا خلاف ؛ إذ ليس للبيع شرائط كثيرة تخفى على العامة ، وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة يشترط بيان[٣] الشرائط لصحة الدعوى[٤] عند عامة المشايخ[٥] ، ولا يكتفي بقوله بسبب كذا صحيح ، [وإن لم يكن له شرائط كثيرة يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح][٦] .

ويذكر في القرض القبض وصرف المستقرض ذلك إلى حاجة نفسه ليصير[٧] ذلك ديناً عليه بالإجماع ؛ لأن عند أبي يوسف المستقرَضُ لا يصير ديناً في ذمة المستقرِض إلا بصرفه إلى حاجة نفسه[٨] .

وكذلك يذكر في دعوى القرض أنه أقرضه كذا من مال نفسه ؛ لجواز أن يكون وكيلا في الإقراض ، والوكيل في الإقراض سفير ومعبر ، فلا يصير ذلك ديناً له في ذمة المستقرض ، ولا يثبت له حق المطالبة بالأداء ، وإن كان المدعى به وزنيًا فإنما تصح

---

(١) في (ب) : وزنًا .

(٢) شمس الإسلام محمود بن عبد العزيز الأوزجندي ، جد قاضيخان ، تفقه على السرخسي ، ويلقب بشمس الأئمة أيضاً ، « الجواهر المضية » ٣: ٤٤٦ و ٤: ١٤٣ ، و « الفوائد البهية » ص ٢٠٩ .

(٣) في (ك) : لبيان .

(٤) في (ك) : الدعاوى .

(٥) في (ب) رحمهم الله تعالى .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) في (ك) : فيصير .

(٨) « البحر الرائق » لابن نجيم ١٩: ٢٦٤ .

الدعوى[١] إذا بَيَّنَ الجنس بأن قال : ذهب أو فضة ، فإن بين الجنس بأن قال ذهب ، فإن كان مضروباً يقول : كذا[٢] ديناراً ، ويذكر نوعه أنه بخاري الضرب أو نيسابوري الضرب أو[٣] ما أشبه ذلك .

قالوا وينبغي أن يذكر صفته أنه جيد أو وسط أو رديء ، فاعلم بأن هذه الدعوى إن كان بسبب البيع ، فلا حاجة إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقد واحد[٤] ظاهر معروف ؛ لأن مطلق البيع ينصرف إلى نقد البلد ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى ، فلا يشترط البيان إلا إذا كان قد مضى من وقت البيع إلى وقت الخصومة زمان طويل ، بحيث لا يعلم نقد البلد في ذلك الوقت فحينئذ لابد من بيان أن نقد البلد في ذلك الوقت كيف كان ، وبيان صفته بحيث تقع المعرفة من كل وجه .

وإن كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج على السواء ولا صرف[٥] للبعض على البعض ، يجوز البيع ويعطي المشتري البائع أيَّ النقدين شاء ، إلا أن في[٦] الدعوى لا بد من تعيين أحدهما ، وإن كان الكل في الرواج على السواء ، وللبعض صرف على البعض كما كانت الغطريفية[٧] والعدلية[٨] في ديارنا قيل ذلك ، لا يجوز[٩] البيع إلا بعد بيانه ، وكذا لا تصح الدعوى من غير بيانه[١٠] .

---

(١) تكرر هنا في (م) قوله : « ولا يثبت له حق المطالبة بالأداء » .

(٢) في (ك): كذا كذا درهمًا. وهو خطأ؛ لأن الدينار يضرب من الذهب، والدرهم يضرب من الفضة كما هو معلوم ومشهور.

(٣) في (م) : « و » .

(٤) في (م) و (ب) : نقدًا واحدًا .

(٥) في (ك) : يصرف . وفي « البحر الرائق » لابن نجيم ١٥: ١٠٩ « ولا فضل بعضها على بعض » .

(٦) في (ب) : في هذه .

(٧) في (هـ) و (ك) : الغطريفية . وفي (ب) : العلا بغية .

والغطريفية : دراهم كانت لأهل بخارى ضربت من معادن مختلفة : حديد وصفر وآنك وغيرها . ونسبت إلى مكان ضربها مدينة غطريف بنواحي بخارى ، ومفردها : غطريفي .

« قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية » ، محمد عمارة ، ص ٤٠٩ .

(٨) العدلية : نقد من الذهب .

« قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية » ، محمد عمارة ، ص ٣٧٠ .

(٩) في (هـ) : إلا بجواز .

(١٠) في (ك) : ماله .

وإن كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل[١] ، فالعقد جائز وينصرف إلى الأروج[٢] ، ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى، فلا حاجة إلى البيان إلا إذا كان قد مضى زمان طويل من وقت العقد إلى[٣] وقت الخصومة، بحيث لا يعلم الأروج وقت العقد على نحو ما بينا قبل هذا.

وإن كان هذا الدعوى بسبب القرض والاستهلاك ، فلابد من بيان الصفة على كل حال ؛ وعند ذكر النيسابوري أو البخاري لا حاجة إلى ذكر الأحمر ؛ لأن النيسابوري لا يكون إلا أحمر وكذلك البخاري لا يكون إلا أحمر ، ولا بد[٤] من ذكر الجيد ، عليه عامة المشايخ ؛ [لأن بذكر النيسابوري لا يثبت ذكر الجيد][٥] ؛ لأن النيسابوري ما يكون مضروباً في نيسابور أو ما يكون عليه سكة نيسابور ، وما يكون مضروباً في نيسابور أو يكون عليه سكة نيسابور قد يكون جيداً[٦] وقد لا يكون[٧] ، وفي «فتاوى النسفي»[٨] : إذا ذكر أحمر خالصاً[٩] ولم يذكر الجيد كفاه[١٠] .

---

(١) في (ك) : والآخر أفضل .

(٢) في (ب) : للأروج .

(٣) قوله : « وقت العقد إلى » سقط من (ك) .

(٤) قوله : « لا » سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) في (هـ) و(ك) زيادة: «ومايكون مضروبًا بنيسابور». وفي (هـ) زيادة: «أو يكون عليه سكة نيسابور قد يكون جيدًا».

(٧) في (ب) : وقد لا يكون جيدًا .

(٨) نسبة إلى الإمام نجم الدين أبي حفص النسفي ، واسمه عمر بن محمد بن أحمد ، ولد سنة ٤٦١ أو ٤٦٢ ، ثم سمع الحديث ، فحدث عن : إسماعيل بن محمد النوحي ، ومهدي بن محمد العلوي ، وآخرين ، وروى عنه: محمد بن إبراهيم التوربشتي، وولده أبو الليث أحمد بن عمر، وغير واحد .

وكان إماما فاضلا مبرزا متفننا ، صنف في كل نوع من العلم : في التفسير والحديث والشروط ، ومن مشاهير كتبه « الفتاوي » و « الحصن » « والتفسير » .

كما له كتاب « تطويل الأسفار لتحصيل الأخبار » روى فيه عن ٥٥٠ شيخا ، وكان فقيها عارفا بالمذهب والأدب ، توفى رحمه الله تعالى بسمرقند سنة ٥٣٧ .

« سير أعلام النبلاء » ٢٠: ١٢٦ ، « الجواهر المضية » ٢: ٦٥٧ ، « لسان الميزان » ٦: ١٣٩ ، « تاج التراجم » ص ٢١٩ ، « الفوائد البهية » ص ١٤٩ .

أما فتاواه هذه : فهي الفتاوى التي أجاب بها عن جميع ما سئل عنه في أيامه ، دون ما جمعه لغيره .

انظر : « كشف الظنون » ٢: ١٢٣٠

(٩) في (ك) : خالصًا .

(١٠) « البحر الرائق » لابن نجيم ١٥: ١٣٦ .

ولا بد من ذكره أنه من ضرب أي والي عند بعض المشايخ ؛ لأن في مضروب الولاة تفاوت[١] ، و[٢] بعض مشايخنا لم يشترطوا ذلك وأنه أوسع ، والأول أحوط .

وإن ذكر كذا ديناراً نيسابورية[٣] منتقدة[٤] وفارسية سره كرده[٥] ، ولم يذكر الجيد ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : لا بد من ذكر الجيد مع ذلك ؛ لأن منتقدة[٦] قد تكون جيدة وقد تكون رديئة . وقال بعضهم : لا حاجة إلى ذكر الجيد مع ذلك وهو الصحيح . ولو ذكر الجيد ولم يذكر المنتقدة ، فالدعوى صحيح ؛ لأن الجيد لا بد وأن يكون منتقداً[٧] ، فأما المنتقدة قد يكون جيداً وقد يكون رديئاً .

وإن لم يكن الذهب مضروباً لا يذكر في الدعوى كذا ديناراً ، وإنما يذكر كذا مثقالاً ، فإن كان خالصاً من الغش[٨] يذكر ذلك ، وإن كان فيه غش[٩] يذكر ذلك نحو الدهشتي[١٠] أو ما أشبه ذلك ، وإن كان المدعى به نقرة وكان[١١] مضروباً ذكر نوعها وهو ما يضاف إليها وصفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة ، ويذكر قدرها أنه كذا درهماً وزن سبعة ؛ [لأن وزن الدراهم يختلف باختلاف البلدان والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة منا][١٢] .

---

(١) في (م) و (ب) تفاوت .

(٢) في (م) : « أو » .

(٣) في (ك) : نيسابوري .

(٤) أي : محولة نقداً ، أي : مضروبة .

(٥) سره : جيد بالفارسي . وكرده : مصنوع ، أي : مضروباً ضرباً جيداً . « المعجم الذهبي » د . محمد ألتونجي .

(٦) في (ك) المنتقدة .

(٧) في (ك) : منتقدة .

(٨) في (ك) : الغبن .

(٩) في (ك) غبن .

(١٠) في (هـ) : نحو الده نوهي أو الده هشتي . ولعل الصواب : ده ينجي . أي ذهب مخلوط . كما في «المعجم الذهبي » لمحمد ألتونجي ص ٢٨٤ .

(١١) في (ك) : وإن كان .

(١٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

قيل : وإن كانت الفضة غير مضروبة إن كانت خالصة عن الغش يذكر كذا فضة خالصة عن الغش ، ويذكر نوعها نقرة كليحة[١] أو نقرة طمفاجيّ[٢] ، ويذكر صفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة ، ويذكر قدرها كذا درهماً .

وقيل : إذا ذكر كذا طفاجي[٣] كفاه ولا حاجة إلى ذكر الجيد .

وإن كان المدعى دراهم[٤] مضروبة والغش فيها غالب إن كان تعامل[٥] بها وزناً ويذكر نوعها وصنفها ومقدار وزنها ، وإن كان تعامل بها عدداً يذكر عددها .

وإذا ادعى الحنطة أو الشعير بالمَنّ[٦] وبيّن أوصافه ، فقد قيل : لا يصح هذا[٧] ؛ لأن المدعى مجهول ، لأن المقدار في الحنطة أو الشعير[٨] إنما عرف بالحديث المعروف .

---

(١) في (هـ) كلبخة ، ولم أهتد لمعنى.هذه الكلمة .

(٢) في (هـ) : طفاجي ، ولم أهتد لمعنى هذه الكلمة .

(٣) في (ب) : الطمفاجي .

(٤) في (م) : دراهمًا . وفي (ب) : وإن كان المدعى به درهمًا .

(٥) في (ك) : يقابل .

(٦) في (ك) : بالوزن .

جاء في « الموسوعة الفقهية» مادة : منَّ

اختلف الفقهاء في تحديد مقدار المنّ ، فذهب الحنفيّة إلى أنّ المدّ رطلان ، والرّطل نصف منّ ، والمن بالدّراهم مائتان وستون درهماً ، وبالمثاقيل أربعة ونصف فالمد والمن سواء ، كل منهما ربع صاع ، رطلان بالعراقيّ والرّطل مائة وثلاثون درهماً .

وضبط الإمام الرّافعي من أئمّة الشّافعيّة الأوسق الخمسة الّتي هي نصاب القوت بالمنّ ، ولم يضبطها بالأرطال لا بالبغدادية ولا الدّمشقيّة بقوله : والأوسق الخمسة بالمنّ الصّغير : ثمانمائة من ، وبالمنّ الكبير الّذي وزنه ستمائة درهم : ثلاثمائة وأربعون مناً وثلثا منّ ، وقال الخطيب الشّربيني : واستفدنا من ذلك أنّ الرّطل الدّمشقيّ مساوٍ للمنّ الكبير ، وأنّ المنّ الصّغير مساوٍ رطلين بالبغداديّ .

وقال الدكتور محمد رواس قلعه جي في « معجم لغة الفقهاء» ص ٤٤٩ .

« المن ١٣١١٤ حبة = ١٤. ٢٥٧ درهما = ٢٤ أوقية = رطلان = ٣٩. ٨١٥ غ » .

(٧) في (هـ) : هذا الدعوى .

(٨) في (هـ) : أو الشعير بالكيل .

وقيل : لا ؛ بل الدعوى صحيح ؛ لأن الكيل في الحنطة والشعير إنما عرف مقداراً عند المقايلة[١] بالجنس ، ولهذا جاز بيع الحنطة موازنة بالدراهم ، ففي الدعوى يحمل على بيع عين من الأعيان بحنطة في الذمة ، والمختار للفتوى أن يسأل المدعي عن[٢] دعواه ، فإن ادعاه بسبب القرض أو[٣] بسبب الاستهلاك لا يفتى بالصحة ؛ لأن كل ذلك مضمون بالمثل[٤] ، وإن ادعاه بسبب بيع عين من الأعيان بحنطة في الذمة أو بسبب السَّلَم يفتى بالصحة ، وإن ادعاه مكايلة حتى صح الدعوى بلا خلاف ، وأقام البينة على إقرار المدعى عليه[٥] بالحنطة أو الشعير ، ولم يذكر الصفة في إقراره قبلت البينة في حق الجبر على [البيان ، لا في حق الجبر][٦] الأداء .

وإذا ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح ؛ لأن المدعى مجهول ؛ لأن المقدر في الدقيق الوزن دون القفيز ؛ لأن الدقيق ينكس[٧] بخلاف الحنطة ، وإذا ذكر الوزن حتى صح الدعوى لا بد وأن يذكر خشك آرداود سنه[٨] ، ويذكر مع ذلك ويخته أو ناويخته[٩] ، ويذكر مع ذلك أنه جيد أو وسط أو رديء[١٠] ، وأما إذا وقع الدعوى في العين ،

---

(١) في (ب) : المقابلة .

(٢) في (ب) : عند .

(٣) في (ك) : « و » .

(٤) في (ك) : بالمكيل .

(٥) في (ك) : على إقرار المدعى مجهول لأن المقدر .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٧) في (هـ) : ينكس بالكبس .

(٨) عبارة فارسية لم أهتد لمعناها .

(٩) عبارة فارسية لم أهد لمعناها .

(١٠) لعل مراده هو ما جاء في « تكملة حاشية ابن عابدين » للابن ١١: ٥٤٥ : « إذا ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح ، ومتى ذكر الوزن صحت دعواه ، ولا بد أن يذكر دقيق منخول أو غير منخول ، مخبوز أو غير مخبوز ، والجودة والوساطة والرداءة اهـ .

فإن كان المدعى به منقولاً وهو هالك ، ففي الحقيقة الدعوى في الدَّيْن ، فيشترط بيان القدر والجنس والنوع والصفة كما في سائر الديون ، هذا هو المذكور في الكتب المشهورة .

قال ﷺ : وكتبت في الشهادات من هذا المجموع عن «فتاوى أبي الليث»[١] : أن من ادعى على آخر أنه استهلك دواباً له عدداً معلوماً ، وأقام على ذلك بينة ينبغي للمدعي أن يبين الذكر والأنثى ، وينبغي للشهود أيضاً أن يبينوا ذلك ، وإن لم يبينوا[٢] ذلك ، قال الفقيه أبو بكر ﷺ[٣] : أخاف أن يبطل الشهادة ، ولا[٤] يقضى للمدعي بشيء من دعواه[٥] ، وإن بينوا الذكور والإناث جازت شهادتهم ، ولا يحتاج إلى ذكر اللون ؛ [لأن باختلاف اللون][٦] لا يختلف المنافع ، ولا يصير المشهود به مختلفاً ولا كذلك الذكورة والأنوثة .

قيل : اشتراط ذكر الذكورة[٧] والأنوثة في هذه الصورة مستقيم خصوصاً على أصل أبي حنيفة ﷺ ؛ لأن القضاء بالقيمة عنده بناء على القضاء بملك[٨] المستهلك[٩] ؛ لأن حق المالك باق في العين المستهلك على أصله ، وإنما ينتقل الحق إلى القيمة بقبض

---

(١) أبو الليث السمرقندي: نصر بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب ، الفقيه الحنفي السمرقندي ، الملقب بغمام الهدى ، توفي سنة ٣٧٣ ، صنف من الكتب « بستان العارفين » « تفسير القرآن » « تنبيه الغافلين » « حصر المسائل في الفروع » « خزانة الفقه » « دقائق الأخبار في ذكر الجنة في النار » « شرح الجامع الصغير » للشيباني في الفروع « عيون المسائل » « الفتاوى » « مبسوط في الفروع » « النوازل في الفروع » .

« كشف الظنون » ٢: ١٢٢٠ « معجم المؤلفين » ٢: ٣٢ .

وذكر له في « الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط » قسم الفقه وأصوله ست نسخ ٧: ٤٠ فانظرها إن شئت .

(٢) في (هـ) : ينووا .

(٣) لم يتبين لي المراد من أبي بكر ، إلا أن يكون العياضي ، الوارد ص ١٦٧ .

(٤) في (ك) : ويقضي .

(٥) في (ب) : ذلك .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (ك) : الأنوثة .

(٨) في (ب) : بملك اليد .

(٩) « تكملة حاشية ابن عابدين » ١١: ٥٣٠ .

القيمة أو بقضاء القاضي بالقيمة ، حتى قال : يجوز[١] الصلح عن العين المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته ، وإذا كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك لا بد من بيان[٢] المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي أنه بماذا يقضي ؟ وهذا القائل يقول مع ذكر الأنوثة والذكورة لا بد من ذكر النوع بأن يقول : فرس أو حمار أو ما أشبه ذلك ، ولا يكتفي بذكر اسم الدابة ؛ لأنها مجهول النوع ، ولا يحتاج إلى ذكر اللون كما في الوكالة .

ومن المشايخ من[٣] أبى ذكر الأنوثة والذكورة وقال : المقصود من دعوى الدابة المستهلكة القيمة ، والمدعي والشهود لا يستفتون[٤] عن بيان القيمة ، والشهادة على القيمة مقبولة ، وكذلك دعوى القيمة مسموع ، فلا حاجة إلى بيان الذكورة والأنوثة كما في اللون ، ألا ترى أن من ادعى على آخر مالا مقداراً وشهد الشهود له بذلك ، فسألهم القاضي عن السبب فقالوا : استهلك عليه دابة ، فالقاضي يقبل ذلك منهم وطريقه ما قلنا .

وكذلك الرجلان إن ادعيا نكاح امرأة ميتة وأقاما البينة ، فالقاضي يقضي لهما بالميراث والقضاء بالنكاح لرجلين على امرأة واحدة متعذر ، ولكن طريق القبول أن المقصود من دعوى النكاح بعد الموت دعوى الميراث ، ولا تنافي في الميراث ؛ فيقضى لهما بالميراث لهذا ، والأول أصح .

ووجه الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة دعوى النكاح أن دعوى النكاح من كل واحد من المدعيين صحيح ، والشهادة من كل فريق من الشهود أيضاً صحيحة ، إلا أن في حالة الحياة لا يقضي بالنكاح ؛ لأن المقصود من النكاح حالة الحياة الحل ، وأنه لا يقبل الشركة فلا يقض[٥] بالنكاح في حالة الحياة لهذا المعنى ، لا لخلل في الدعوى والشهادة ، أما بعد الموت المقصود[٦] هو الميراث ، والقضاء بالميراث لهما ممكن فقضينا ،

---

(١) في (ب) : بجواز .

(٢) في (ك) : مالك .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : يستغنون .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) في (ب) : المقصود منها .

أما في مسألتنا الدعوى لم تصح ، وكذلك الشهادة ؛ لأن المدعي ادعى ملك المتلف والشهود شهدوا بملك المتلف أيضاً[١] ، والقاضي يقضي[٢] بملك المتلف أولاً ثم يقضي[٣] بالقيمة بناء على ذلك ، والقضاء بالمجهول لا يصح فلا يقضي .

وفيما إذا ادعى ما لا يتعذر[٤] ، وشهد الشهود بذلك وبينوا سبب[٥] استهلاك الدابة يقول بأن القاضي لا يقضي[٦] بشهادتهم إذا لم يبينوا النوع ولم يبينوا صفة الذكورة[٧] أو الأنوثة مع ذلك ، هذا إذا كان المدعى به منقولا وهو هالك .

فأما إذا كان المنقول قائماً ، فإن أمكن إحضاره مجلس الحكم ، فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده إلا بعد إحضار ما وقع فيه الدعوى مجلس الحكم حتى يشير إليه المدعي والشهود لتنقطع الشركة بين[٨] المدعى به[٩] وغيره من كل وجه ، وهذا لأن إعلام المدعى به والمشهود به على وجه تنقطع الشركة بينه وبين غيره من كل وجه شرط سماع الدعوى والبينة إذا أمكن الإعلام على هذا الوجه والإعلام على هذا الوجه في المنقول الذي يمكن إحضاره مجلس الحكم ممكن بإحضاره مجلس الحكم ، فيشترط إحضاره .

قال شمس الأئمة الحلواني[١٠] - رحمه الله - : ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم ، والقاضي فيه بالخيار إن شاء حضر

(١) في (ك) : أيضًا له .

(٢) في (ب) : قضى .

(٣) في (ب) : قضى .

(٤) في (ب) : مقدرًا .

(٥) في (هـ) و (ب) : السبب .

(٦) في (ك) : يصح .

(٧) في (هـ) : الصفة المذكورة .

(٨) في (ك) : من .

(٩) سقط من (ك) .

(١٠) شمس الأئمة عبد العزيز بن أحمد بن نصر الحَلْواني - نسبة لبيع الحلواء - صاحب « المبسوط » إمام الحنفية في وقته ببخارى ، حدَّث عن أبي عبد الله غنجار ، وتفقه على القاضي أبي الحسين ابن الخضر النسفي ، وأبي الفضل الزرنجري ، وتفقه عليه الأزرقي ، وسمع منه شمس الأئمة السرخسي . =

ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وإن كان لا يتهيأ له الحضور وكان[١] مأذوناً بالاستخلاف يبعث خليفته إلى ذلك الموضع .

قال محمد - رحمه الله - : وهو نظير ما إذا كان القاضي يجلس في داره ، ووقع الدعوى في جمل ، ولا يسع باب داره ، فإنه يخرج إلى باب داره ، أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليه الشهود بحضرته[٢] .

وفي «القُدُوري»[٣] : إذا كان المنقول المدعى به شيئاً يتعذر نقله[٤] كالرحى[٥] ، فالحاكم بالخيار إن شاء حضرها ، وإن شاء بعث أميناً[٦] .

= توفي بكش ، ودفن ببخارى . وقد اختلف في وفاته فقيل : ٤٥٦ ، وقيل : ٤٥٢ ، وقيل ٤٤٨ ، وقيل ٤٤٩ ، ولعل الأخيرين أقرب للصواب .

«الجواهر المضية» ٢: ٤٢٩ ، «تاج التراجم» ص ١٨٩ ، «الطبقات السنية» ٤: ٣٤٥ ، «الفوائد البهية» ص ٩٥ .

(١) في (ك) : وكان ذلك .

(٢) ما نسب للإمام محمد رحمه الله تعالى جاء متمماً لكلام شمس الأئمة الحلواني في « تكملة حاشية ابن عابدين » ١٩: ٥٢٦ وغيره ، وهو أشبه بالصواب ، وكأن ما وقع هنا وهم من النساخ ، والله أعلم .

(٣) المؤلف فيما ظهر لي شرح : « مختصر الكرخي » للقدوري ؛ لأني لم أجد هذا النص والنصوص الأخرى القادمة في أثناء الرسالة في « مختصر القدوري » .

أما القدوري : فهو الإمام أبو الحسين ، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر البغدادي القُدُورِي ، ولد في بغداد عام ٣٦٢هـ ، وصنف المختصر المذكور المعروف باسمه : (القُدُوري) ، ومن كتبه (التجريد) في سبعة أجزاء ، يشتمل على الخلاف بين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، قال الخطيب [في « تاريخ بغداد » ٤ : ٣٧٧] : كتبت عنه ، وكان صدوقاً ، انتهت إليه بالعراق رئاسة الحنفية ، وعظم وارتفع جاهه وكان حسن العبارة ، جرئ اللسان ، مديما للتلاوة .

وقال الذهبي في السير ١٧ : ٥٧٤ : « روى عن: عبيد الله بن محمد الحوشبي، ومحمد بن علي بن سويد المؤدب ... وروى عنه: الخطيب ، والقاضي أبو عبد الله الدامغاني » .

مات - في بغداد أيضاً - في رجب سنة ٤٢٨ وله ٦٦ سنة » .

« تاريخ بغداد » ٤ : ٣٧٧ ، « الجواهر المضية » ١ : ٢٤٧ ، « تاج التراجم » ص ٩٨ ، « الفوائد البهية » ٣٠ .

والقدوري: نسبة إلى صنعة القُدُور أو بيعِها ، كما في « اللباب » لابن الأثير ٣: ١٩ .

(٤) في (م) : نقله . والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) لم أجد المنسوب للقدوري في متنه المختصر المسمى « الكتاب » المطبوع مع « اللباب في شرح الكتاب » للغنيمي في كتاب الدعوى ، فكأن المراد « شرح مختصر الكرخي » للقدوري كما تقدم . والنص في « البحر الرائق » لابن نجيم ١٩: ٢٤١ .

وإن وقع[١] الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوباً أو جارية لا يدري أنه قائم أو هالك[٢] ، فإن بيّن الجنس والصفة[٣] فدعواه مسموعة وبينته مقبولة ، وإن لم يبين القيمة ، أشار في عامة الكتب إلى أنها مسموعة ، وأنه[٤] ذكر[٥] في كتاب الرهن : إذا ادعى رجل على رجل أنه رهن عنده[٦] ثوباً وهو ينكر ، قال : يسمع دعواه .

[وقال في كتاب الغصب : رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية ، وأقام بينة على ما ادعى يسمع دعواه][٧] ويسمع بينته[٨] .

بعض مشايخنا قالوا : إنما يسمع دعواه إذا ذكر القيمة ، وهذا القائل يقول : تأويل ما ذكر في «الكتاب»[٩] هذا .

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش[١٠] يقول : تأويل ما ذكر في «الكتاب» أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب ، فيثبت غصب الجارية بإقراره في حق الحبس والقضاء جميعاً[١١] .

---

(١) في (ك) : دفع .

(٢) في (هـ) : مالك .

(٣) في (ب) زيادة : والقيمة .

(٤) في (هـ) : فإنه .

(٥) الضمير يرجع إلى الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله حسبما يظهر ؛ لأن ما ذكره بعد قليل منقولا من كتاب الغصب هو من قول الإمام محمد كما سيأتي .

(٦) في (ب) و (ك) : عبده .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٨) جاء النص هذا في « العناية شرح الهداية » للعيني ١٣: ٣٨٦ معزواً للإمام محمد « الأصل » : « يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ، ويردها على صاحبها » اهـ .

(٩) المراد به « الأصل » لمحمد بن الحسن الشيباني، كما جاء في « البحر الرائق » لابن نجيم ١٩: ٢٤٦ وكما سيأتي بعد قليل .

(١٠) أبو بكر محمد بن سعيد بن محمد بن عبد الله الفقيه ، المعروف بالأعمش ، تفقه على أبي بكر محمد بن أحمد الإسكاف ، وتفقه عليه ولده أبو القاسم عبيد الله ، والفقيه أبو جعفر الهندواني .

« الجواهر المضية » ٣: ١٦٠ .

(١١) « البحر الرائق » لابن نجيم ١٩: ٢٤٦ ، « تكملة حاشية ابن عابدين » ١١: ٥٢٨ .

قال شمس الأئمة الحلواني : وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى صحيحة والبينة مقبولة ، ولكن في حق الحبس ، وإطلاق محمد[١] في الكتاب يدل عليه .

قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي[٢] : إذا كانت المسألة مختلفة ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة ، فإذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه ، وهذا لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلفه بيان القيمة فيه فقد أضرّ به ؛ إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه[٣] ، وإذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود من الطريق[٤] الأولى ، والمسألة مرت في كتاب الغصب[٥] .

وإن وقع[٦] الدعوى في العقار ، فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار المدعى به ، [ثم من ذكر المحلة][٧] ، ثم من ذكر السكة ، يبدأ بالأعم ، وهو البلد[٨] ثم بالأخص[٩] .

وهذا فصل اختلف فيه أهل الشروط ، قال بعضهم يبدأ بالأعم ، وقال بعضهم بالأخص ، وعند أهل العلم له الخيار إن شاء بدأ بالأعم ، وإن شاء بالأخص ؛ لأن المقصود هو التعريف ، والتعريف حاصل بالكل ، ولابد من ذكر حدود الدار بعد

---

(١) في (ب) : رحمه الله تعالى .

(٢)البزدوي : فخر الإسلام أبو الحسن عليُّ بنُ محمد بن الحسين البزدويُّ ، الفقيه بما وراء النهر ، ولد في سنة ٤٢١ ، وكان من فحول المناظرين ، وإمام الأئمة ، والموفود إليه من الآفاق ، ملا الكون بتصانيفه في الأصول والفروع ، وولي قضاء سمرقند ، وأملى الحديث ، له كتاب « المبسوط » أحد عشر مجلداً ، و « شرح الجامع الكبير » ، و « شرح الجامع الصغير » وكتابه في أصول الفقه مشهور ، روى عنه أبو المعالي محمد بن نصر الخطيب . توفي سنة ٤٨٢ ، ودفن بسمرقند .
« سير أعلام النبلاء » للذهبي ١٨ : ٦٠٢ ، « الجواهر المضية » ٢ : ٥٩٤ ، « تاج التراجم » ص ٢٠٥ « الفوائد البهية » ١٢٤ .
والبَزْدَوي: هذه النسبة إلى بزدة (ويقال : بزدوة) وهي قلعة حصينة على ستة فراسخ من نَسَف ، كما في «اللباب » لابن الأثير ١ : ١٤٦ .

(٣) « فتح القدير » لابن الهمام ١٨ : ٣٢٢ .

(٤) في (ب) : بالطريق .

(٥) في (ب) زيادة : فانظرها .

(٦) في (ك) : دفع .

(٧) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ك) .

(٨) قوله : « وهو البلد » سقط من (ك) .

(٩) « فتح القدير » لابن الهمام ١٨ : ٣٢٨ .

هذا ، قال جماعة من أهل الشروط : ينبغي أن يذكر في الحدود لزيق دار فلان ؛ ولا يذكر دار فلان لأنه حينئذ يصير دار فلان مدعى به ؛ لأن الحد يدخل في المحدود ، وعندنا كل[١] اللفظين على السواء ، أيهما ذكر[٢] فهو حسن ؛ لأن المقصود تعريف الدار المدعى به باتصالها بدار فلان ، وأنه حاصل باللفظين جميعاً ، وما يقول بأن الحد يدخل في المحدود ليس كذلك ؛ لأن الحد غاية والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية ، وإن ذكر حدين لا يكفي في «ظاهر الرواية» عند أصحابنا رحمهم الله .

وإن ذكر ثلاثة حدود كفاه ، وكذلك في الشهادة إذا ذكر الشهود ثلاثة حدود قبلت شهادتهم ، وكيف يحكم بالحد الرابع في هذه الصورة؟

قال الخصاف[٣] في «وقفه» : جعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهي إلى مبتدأ الحد الأول أي بإزاء الحد الأول[٤] ، وإذا ادعى على آخر مائة عدلية[٥] غصباً ،

---

(١) في (هـ) و (ك) : كلا .

(٢) في (ك) : لأنهما ذكر على .

(٣) الخصاف : هو الإمام أبو بكر ، أحمد بن عمرو بن مُهَيْر الشيباني ، الفقيه المحدث العلامة ، شيخ الحنفية ، حدث عن : وهب بن جرير ، وأبي عامر العقدي ، والواقدي ، وأبي نعيم ، وكان فاضلاً صالحًا ، فارضًا حاسبًا ، عالمًا بالرأي ، مقدمًا عند المهتدي بالله حتى قال الناس : هو ذا يحيي دولة أحمد بن أبي دؤاد ، ويقدم الجهمية .
قال الذهبي في « العبر » ١: ٤٣١ : « كان فصيحاً مفوهًا شاعراً جواداً ممدحاً رأساً في التجهم : وهو الذي شغب على الإمام أحمد ابن حنبل وأفتى بقتله ، وقد مرض بالفالج قبل موته بنحو أربع سنين، ونكب وصودر » .
ومن مصنفاته: كتاب « الحيل » وكتاب « الوصايا » وكتاب « الشروط الكبير » في أخرى ... توفي سنة ٢٦١ ، وقد قارب الثمانين .
« السير » للذهبي ١٣: ١٢٣ ، « الجواهر المضية » ١: ١٦٠ ، « تاج التراجم » ص ٩٧ ، « الطبقات السنية » ١: ٤١٨ ، « الفوائد البهية » ص ٢٩ .
وأما كتابه هذا « أدب القاضي » : فقد رتبه على : مئة وعشرين باباً ، وهو كتاب جامع غاية ما في الباب ، ونهاية مآرب الطلاب ، ولذلك تلقوه بالقبول ، وشرحه فحول أئمة الفروع والأصول ، منهم :
الإمام أبو بكر : أحمد بن علي الجصاص .
والإمام أبو جعفر : محمد بن عبد الله الهندواني .
والإمام أبو الحسين : أحمد بن محمد القدوري .
وقد طبع منه « شرحه » للصدر الشهيد في أربع مجلدات ، بتحقيق محيي هلال السرحان ، الناشر : وزارة الأوقاف بالعراق سنة ١٣٩٧ .

(٤) أحكام الأوقاف « للخصاف » ص ٢٣٤ .

(٥) تقدم شرح العدلية ص ١٥ .

وهي منقطعة عن أيدي الناس يوم الدعوى ينبغي أن يدعي قيمته ، فالمغصوب إذا كان مثلياً وقد انقطع عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته ، غير أن عند أبي حنيفة يعتبر القيمة يوم الدعوى والخصومة ، وعند أبي يوسف يوم الغصب ، وعند محمد يوم الانقطاع[١] ، ولا بد من بيان سبب وجوب الدراهم في هذه الصورة ؛ لأنها لو كانت ثمن بيع فبالانقطاع قبل القبض يفسد العقد عند أبي حنيفة ، ويجب على المشتري رد المبيع إن[٢] كان قبض المبيع والمبيع قائم على حاله في يده ، وإن كان هالكاً أو مستهلكاً وجب على المشتري رد قيمة المبيع إن لم يكن مثلياً ، ورد مثله إن كان مثلياً ، وإن كان بسبب القرض ، أو الغصب ، أو النكاح فلا بد من بيان سبب وجوبها لينظر هل له ولاية دعوى القيمة؟

وإذا ادعى على غيره مقداراً معلوماً من العنب فهذا على وجهين : إما أن يكون العنب المدعى[٣] عيناً [أو دينًا ، فإن كان عينًا][٤] ، فإنما يسمع الدعوى بحضرته عند الإشارة إليه ، فلا يشترط بيان الصفة والوزن والنوع .

وإن كان ديناً[٥] فإن كان الدعوى في أوانه ، فلا بد من بيان المقدار والنوع والصفة ، فيقول أوندي أنكور علافي[٦] أوندي أنكور طائفي بعل يا طائفي سيدا ، وما أشبه ذلك ، بيانه : يا ينكر ما سعف .

وإن كان بعد انقطاعه فالقاضي يقول له ماذا تريد ؟ عين العنب في الحال أو قيمته ؟ فإن قال : عين العنب ، فالقاضي لا يسمع دعواه ؛ لأنه إن كان ثمن مبيع يفسد البيع

(١) « تكملة حاشية ابن عابدين » ٩: ٣٠٧ و ١١ ٥٤٥ .

(٢) في (ك) : وإن .

(٣) في (ك) : المدعى به .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) قوله : « وإن كان دينًا » سقط من (ك) .

(٦) أنكور : عنب . هذا ما وجدته مفسراً في « المعجم الذهبي » ص ٨١ من هذه الألفاظ الفارسية التي أوردها المؤلف . وهو يريد - كما يفهم من السياق - أن يعدد أوصاف وأنواع العنب ، والله أعلم .

بانقطاعه قبل التسليم ، ولا يبقى للبائع حق المطالبة بالعنب بل يجب على المشتري رد المبيع إن كان [قائماً ورد قيمته إن كان مستهلكاً ، وإن كان دعوى العنب بسبب السَّلَم أو القرض أو الاستهلاك ، فبسبب الانقطاع إن كان][1] لا يسقط ذلك عن ذمة من عليه ، ولكن لا يطالبه صاحب الحق بعين العنب في الحال ؛ لعجزه عن ذلك[2] ، بل يتخير إن شاء صبر حتى يدخل أوانه ويطالبه بعين العنب ، وإن شاء أخذ منه القيمة في الحال ، فإذاً في الأحوال كلها لا مطالبة للمدعي بعين العنب ، فلا يستقيم منه دعوى عين العنب .

وإن قال أريد القيمة فالقاضي يأمره ببيان سبب وجوب العنب[3] ؛ لأن العنب إن كان ثمن مبيع ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ويسقط العنب عن ذمة المشتري ، فكيف يطالبه بقيمة العنب ؟ وإن كان بسبب السَّلَم أو الاستهلاك أو القرض ، فبالانقطاع لا يسقط ذلك عن ذمة المدعى عليه ، فتستقيم المطالبة بقيمته في الحال إذا كان لا ينظر دخول أوانه .

قال مولانا[4] ﷺ : هذه الجملة مسموعة عن الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني[5] ، حكاها عن أستاذه .

قال ﷺ : وما ذكر أن العنب لو كان ثمن المبيع ، فبالانقطاع قبل التسليم ينتقض العقد ، ولا يبقى للبائع حق المطالبة بتسليم عين العنب ، ليس بصحيح ، فقد ذكر

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣)سقط من (ك) .

(٤) المراد بمولانا : المؤلف ، وهذا التعبير من أحد تلاميذه ، أو النساخ ، والله أعلم .

(٥)أبو المحاسن ، ظهيرُ الدين ، الحسنُ بنُ علي بن عبد العزيز المرْغِينَاني .

تفقه على برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه ، وشمس الأئمة محمود الأوزجندي .

وتفقه عليه ظهير الدين محمد بن أحمد صاحب « الفتاوى الظهيرية » وابن أخته افتخار الدين طاهر ، في آخرين .

وكان فقيهاً محدثاً ، نشر العلم إملاء وتصنيفاً ، وصنف كتاب الأقضية والشروط والفتاوى والفوائد وغير ذلك .

« الجواهر المضية » ٢: ٧٤ ، « الطبقات السنية » ٣: ٩٥ ، « الفوائد البهية » ص ٦٢ .

شيخ الإسلام خُوَاهَرْزاده[١] في « شرح كتاب الصرف »[٢] في حجج مسألة صورتها : رجل اشترى من آخر مائة فلس بدرهم ، ونقد الدرهم ولم يقبض شيئاً من الفلوس حتى كسدت الفلوس ، فالقياس أن لا ينتقض[٣] العقد ، ويتخير المشتري إن شاء قبضها كذلك ، وإن شاء فسخ العقد وأخذ الدراهم ، وفي الاستحسان : ينتقض العقد[٤] .

أن من اشترى من آخر شيئاً بقفيز رطب في الذمة ثم انقطع أوان الرطب أن العقد لا ينتقض[٥] . وذكر أيضاً أن من اشترى شيئاً بقفيز رطب والرطب منقطع عن أيدي الناس يجوز ، وهذا بخلاف ما لو اشترى شيئاً بدراهم أو فلوس ثم انقطعت الدراهم أو الفلوس[٦] قبل القبض حيث ينتقض البيع عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد[٧] على رواية كتاب الصرف ؛ لأن في الرطب القديم[٨] ثابت من غير صنع من العباد ، ولا كذلك في الدراهم ، وفي دعوى مال الإجارة المفسوخة بموت الآجِرِ[٩] : إذا كانت الأجرة دراهم

---

(١) هو شيخ الإسلام أبو بكر محمد بن الحسين بن محمد بن الحسن البخاري المعروف ببكر خُوَاهَر زَادَه ، كان إماما فاضلا ، وله طريقة حسنة مفيدة ، جمع فيها من كل فن ، وكان من عظماء ما وراء النهر ، وله كتاب « المبسوط » .

قال الحافظ الذهبي في « السير » : « سمع أباه ، ومنصورا الكاغدي ، وأبا نصر أحمد بن علي الحازمي ، والحاكم أبا عمر محمد بن عبد العزيز القنطري ، وأملى عدة مجالس، وخرج له أصحاب وأئمة.

حدث عنه: عثمان بن علي البيكندي ، وعمر بن محمد بن لقمان النسفي ، وطائفة . وطريقته أبسط الطريق ، وكان يحفظها ، وكان من بحور العلم » .

توفي في جمادى الأولى سنة ٤٨٣ .

« الجواهر المضية » ٢: ١٨٣ و ٣: ١٤١ « تاج التراجم » ص ٢٥٩ ، « الفوائد البهية » ص ١٦٣ ، « سير أعلام النبلاء » ١٩: ١٥ ..

(٢) في (م) : الصرح ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) « تكملة حاشية ابن عابدين » ٧: ٥٧ .

(٥) « البحر الرائق » لابن نجيم ١٥: ١١٩ .

(٦) في (ب) زيادة : من أيدي الناس .

(٧) في (ب) : رحمهما الله تعالى .

(٨) في (هـ) : العود .

(٩) في (ب) : الأجير .

أو عدالي ينبغي أن يذكر كذا دراهم كذا عدالي رابحة من وقت العقد إلى وقت الفسخ ؛ لأنها إذا كسدت فيما بين ذلك يفسد الإجارة كبيع العين .

وإذا ادعى نوعين من العنب بأن ادعى ألف مَنّ من العنب العلالي والورحمني[١] الحلواني[٢] الوسط ، لا بد وأن يقول من العلالي كذا ، ومن الورحمني كذا ؛ لأن بدون ذلك القاضي لا يدري أنه بأي قدر يقضي من كل نوع .

ادعى على آخر مقداراً من اللحم بأن ادعى مثلاً خمسة عشر منّاً ، خمسة أمناء[٣] لحم الجنب ، فلا بد وأن بين السبب ؛ لأنه يجوز أن يدعي ذلك بسبب السَّلَم ، وفي صحة السَّلَم في اللحم خلاف معروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ﷺ ، ويجوز أن يدعيه بسبب الاستهلاك ، وفي استهلاك[٤] اللحم اختلاف بين[٥] المشايخ ، قال بعضهم : يوجب القيمة ، وإليه أشار [محمد][٦] في بعض الكتب ، [وقال بعضهم : يوجب المثل ، وإليه أشار في بعض الكتب][٧] ، فلهذا احتاج إلى بيان السبب فيه ، فإن بيّن الثمنية بأن قال : بعت منه عرضاً بكذا وكذا منّاً من اللحم ، وبيّن أوصافه وموضعه صح دعواه بناءً على أن المكيل والموزون إذا قوبل بعرض واستعمل استعمال الثمن ، فهو ثمن .

وإذا ادعى على آخر أنه غصب منه كذا قفيز حنطة ، وبيّن الشرائط لا بد وأن يذكر مكان الغصب وسيأتي ذلك بتمامه في باقي المحاضر .

إذا[٨] ادعى على آخر أنه باع من فلان مائة منٍّ[٩] من الشحم الأبيض بكذا ، وسلم الشحم إليه وقبض الثمن بتمامه ، وأن الشحم المبيع كان مشتركاً[١٠] بيني وبين البائع هذا ،

---

(١) في (ب) : وألف مَنٍّ من الحلواني الوسط .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) في (هـ) : لحم اليد ، وخمسة أمناء لحم الرجل ، وخمسة أمناء لحم الجنب .

(٤) في (ك) : الاستهلاك .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) زيادة من (ب) و (هـ) . وفي (ب) زيادة : رحمه الله .

(٧) سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٨) سقط من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٩) سقط من (ك) .

(١٠) في (هـ) و (ك) : مشتركًا .

وإني قد أجزت البيع حين وصل إليّ جزاء البيع فواجب عليه تسليم نصف الثمن إليّ ، فهذا الدعوى لا يصح ؛ لأنه لم يذكر في الدعوى أن الشحم كان قائماً في يد المشتري وقت الإجارة ، ولا بد من ذلك ؛ لأن بدون ذلك لا يعمل إجازة الشريك ، ولأنه لم يذكر رواج الثمن وقت الإجارة ، ولا بد من ذلك ؛ فإنه لو صار كاسداً قبل الإجارة لا يعمل الإجارة ، كما لا يجوز ابتداء البيع به ، وكذلك لو ذكر قيام الشحم ورواج الثمن وقت الإجارة للبيع إلا أنه لم يذكر في دعواه قبض البائع الثمن من المشتري ، لا يصح دعوى تسليم بعض الثمن ؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولو أذن له في الابتداء بالبيع ما لم يقبض البائع من المشتري لا يطالب البائع بتسليم الثمن إلى الشريك ، فالوكيل بالبيع لا يطالب بتسليم الثمن قبل أخذ الثمن من المالك ، كذا هذا .

ادعى على آخر مَنّاً من كعك ، فاعلم بأن دعوى الخبز لا تصح إلا بعد بيان السبب ؛ لأن السَّلَم في الخبز لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لا وزناً ولا عدداً وعند أبي يوسف يجوز وزناً[1] ، وفي الاستقراض خلاف أيضاً ، على قول أبي حنيفة ، لا يجوز لا عدداً ولا وزناً ، [وقال محمد : يجوز عدداً ، وقال أبو يوسف : يجوز وزناً لا عدداً][2] ، وبالاستهلاك تجب قيمة الخبز لا عين الخبز ، فلا بد من بيان السبب ، فإن بيّن أنه من ثمن المبيع تصح الدعوى ، ولكن ينبغي أن يذكر في الدعوى الكعك المتخذ من الدقيق المغسول أو غير المغسول ، وكذا ينبغي أن يذكر أنه أبيض أو وجهه ملطخ بالزعفران وكذا ينبغي أن يذكر أن على وجهه سمسم أبيض أو أسود .

وإذا ادعى ديباجاً على إنسان ولم يذكر وزنه ، فإن كان الديباج عيناً يشترط[3] إحضاره والإشارة إليه ، وعند ذلك فلا حاجة إلى بيان الوزن وسائر أوصافه ، وإن كان ديناً بأن كان مُسْلَماً فيه اختلف المشايخ في أنه هل يشترط ذكر الوزن لصحة الدعوى؟ عامتهم على أنه يشترط ، وهو الصحيح .

---

(١) « المبسوط » للسرخسي ١٤: ٣٠ ، و« بدائع الصنائع » للكاساني ٧: ١١٣ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) . ومن قوله : « وفي الاستقراض » إلى هنا سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : اشترك .

وفي دعوى القطن لا بد وأن يبين القطن البخاري [أو الشامي[١] ؛ لأن القطن البخاري][٢] يتفاوت في نفسه بتفاوت المواضع ، ويبيّن أنه يحصل من كذا منٍّ منَ المَحْلُوج[٣] ، هكذا قيل ، وقيل : هذا ليس بشرط وهو الصحيح .

ولو ذكر في السَّلَم أنه يحصل من كل أربعة أمناء أو ثلاثة أمناء[٤] منًّا من المَحْلُوج يفسُد السَّلَم .

وقع الدعوى في خِبَاءٍ في الذمة مهراً فارسية خركاه[٥] ، فأفتوا بالصحة ، وأنه[٦] ظاهر ؛ إذ ليس فيه أكثر من الجهالة ، والجهالة في باب المهر لا تمنع الوجوب في الذمة .

وقد نص محمد رحمه الله في النكاح : إذا تزوج امرأة على بيت ، فلها جهاز بيت وسط مما يجهز بها النساء ، قالوا وهذا هو المتعارف فيما بين أهل الأمصار في تلك الديار[٧] ، فإنهم يعنون بذلك الفرش ، وفي البادية يتعارفون بيت الشعر .

وفي دعوى الغصب وأشباهه[٨] إن كانت الدعوى بسبب الاستهلاك أو القرض أو بسبب الثمنية لا يحتاج إلى الإحضار .

ادعى قدراً من التُّوتِيَاء[٩] ينبغي أن يذكر في دعواه كوفته أو ناكوفته[١٠] ، وبدونه لا تصح الدعوى لمكان الجهالة .

---

(١) في (ب) و (هـ) : الشاشي .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) أي : المخلَص من بذره ، يقال : حلج القطن حلجاً ، وحلاجة : خلصه من بذره ، فهو محلوج ، وحليج . « المعجم الوسيط » ١ : ٢١٣ .

(٤) في (ك) : أربعة أو ثلاثة أمناء .

(٥) هكذا جاء في (ك) ، وفي (ب) : ضركاه ، وفي (هـ) : جزكاه . والصواب ما أثبته ؛ لأن معناه بالفارسي : خيمة كبيرة ، كما في « المعجم الذهبي » لمحمد ألتونجي ص ٢٣٧ ، وما عداه لا معنى له . والخباء : بيت من وَبَر أو شعر ، أو صوف ، يكون على عمودين أو ثلاثة . « المعجم الوسيط » ١ : ٢٣٦ .

(٦) في (ك) : لأنه .

(٧) في (ك) : الدنانير .

(٨) في (ب) : وأمثاله .

(٩) هو حجر يكتحل بمسحوقه ، معرب « المعجم الوسيط » ١ : ١١٠ .

(١٠) أي : أنه مسحوق أو غير مسحوق . كوفته بالفارسية مسحوق . « المعجم الذهبي » ص ٤٨٥ .

وإذا ادعى على آخر كذا عدداً من الإبرة، فإن وقع الدعوى في العين، فلا بد من الإحضار للإشارة إليها وعند ذلك لا يحتاج إلى بيان الأوصاف، وإن وقع الدعوى في الدين، فلا بد من بيان السبب لصحة الدعوى ؛ لأنها لا تجب في الذمة باستهلاك ؛ لأنها مضمونة بالقيمة لا بالمثل ، وكذلك لا تجب في الذمة بالقرض ؛ لأن استقراضه لا يجوز ؛ لأنه ليس من ذوي المثل ، ويجب في الذمة بطريق السَّلَم وثمن المبيع ، فلهذا احتيج إلى بيان السبب ، فإن بيّن سببية السَّلَم أو ثمن المبيع يحتاج فيه إلى بيان النوع والصفة على وجه يخرج عن حد الجهالة لتصح الدعوى .

وإذا ادعى وَقْرَ رمان[١] أو وقر سفرجل لا بد وأن يذكر الوزن ؛ لأن الوقر يتفاوت ، ويذكر مع ذلك الصغر والكبر ، ويذكر الحلاوة والحموضة ، ثم يؤمر[٢] بالإحضار ، فإذا أحضر وأقر المدعي أن المُحضر جميع[٣] المدعى به الآن[٤] يدعي الملك ، هكذا قيل ، وينبغي أن يشترط[٥] ذكر هذه الأوصاف في دعوى الإحضار، وقد مر جنس هذا. انتهى .

ادعى طاحونة في يدي رجل ، وبيّن حدود الطاحونة ، وذكر الأدوات القائمة في الطاحونة ، إلا أنه لم يسم الأدوات ولم يذكر كيفيتها ، فقد قيل : لا تصح الدعوى ، وقد قيل : تصح إذا ذكر جميع ما فيها من الأدوات القائمة وهو الأصح . انتهى[٦] .

باع دار غيره وسلمها إلى المشتري ، فجاء المالك وادعى الدار على البائع ، هل تصح الدعوى ؟ ينظر إذا[٧] [أراد][٨] أخذ الدار لا تصح ؛ لأن الدار ليست في يده ، وإن أراد

(١) أي : ثقل رمان غير محدد .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) قوله : « وأقر المدعي أن المحضر جميع » سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : إلا أن .

(٥) في (هـ) : لا يشترط .

(٦) النص في « البحر الرائق » لابن نجيم ١٩ : ٢٥٢ .

(٧) في (هـ) و (ك) : إن .

(٨) سقط من (م) و (ب) .

التضمين بالغصب ، فعلى الخلاف المعروف أن الغصب في العقار هل يتحقق موجباً للضمان ؟ وفي وجوب الضمان بالبيع والتسليم روايتان عن أبي حنيفة ، وإن أراد إجازة البيع وأخذ الثمن تصح دعواه .

ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضي وقال : كان لي في حائط هذا الذي أحضرته في موضع كذا خشبة ، فوقع أو قال : قلعتها لأعمل غيرها وقد منعني صاحب الحائط هذا ، وهو حق لي في هذا الحائط ، لابد وأن يذكر أن له حق وضع الخشبة أو الخشبتين وما أشبه ذلك وبين موضع الخشبة وغلظها .

وكذا إذا ادعى مسيل ماء في دار رجل[١] ، لا بد وأن يبين [مسيل ماء المطر أو ماء الوضوء ؛ لأن هذا مما يتفاوت ، لأن المطر لا يكون أدوم ويكون أكثر ، وماء الوضوء والغسالات يكون أدوم ويكون أقل ، وينبغي أن يبين موضع][٢] مسيل الماء أنه في مقدم البيت أو في مؤخره[٣] .

وكذا إذا[٤] ادعى طريقاً في دار رجل ينبغي أن يبين مقدار عرضه وطوله ويبين موضعه في الدار هكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي»[٥] .

وذكر في دعوى «الأصل»[٦] : إذا ادعى مسيل ماء في دار رجل ، أو ادعى طريقاً في دار رجل ، وشهد الشهود أن له مسيل ماء في هذه الدار أو له طريق في هذه الدار ، وقع في بعض النسخ أنه يقبل البينة وإن لم يبينوا ، ووقع في بعضها أنه لا يقبل البينة ما لم يبينوا .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني : ما وقع في بعض النسخ أنه يقبل البينة محمول على [ما إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار ؛ لأن جهالة المقر به لا يمنع

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (ب) و (م) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) « تكملة حاشية ابن عابدين » ١١ : ٥٤٦ .

(٤) من قوله : « لا بد وأن يبين » إلى هنا سقط من (ب) .

(٥) ٣ : ٢١٥ .

(٦) هو كتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني المشهور ، ويسمى أيضًا المبسوط ، وقد طبعت قطعة منه في خمسة أجزاء في دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد الدكن بالهند سنة ١٣٨٦هـ .

صحة الإقرار ، وما وقع في بعض النسخ أنه لا يقبل البينة محمول على][1] ما إذا شهدوا على نفس المسيل والطريق ، لا على إقرار المدعى عليه ، وستأتي هذا المسائل في فصل على حدة إن شاء الله تعالى .

وإذا ادعى على آخر أنه شق في أرضه نهراً أو ساق الماء فيه إلى أرضه ، لا بد من أن يسمي الأرض التي شق فيه النهر ، ويبين موضع النهر ، أنّ هذا النهر من الجانب الأيمن[2] من هذا النهر ، أو من الجانب الأيسر ، ويبين قدر طول النهر وعرضه .

وإذا ادعى على آخر ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار ، وقال : هذه الأسهم الثلاثة من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكي وحقي ، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق ، ولم يذكر أن جميع هذه الدار في يده ، وكذلك لم يشهد الشهود أن جميع هذه الدار في يد هذا المدعى عليه ، فهذا الدعوى صحيح ، وهذه الشهادة مقبولة .

ادعى مالا معلوماً على غيره ، وقال في دعواه مرا أن فلان أو ندى مال مي بايدكرفت بسبب حسابي كدميان من واو بود[3] ، فهذا الدعوى بهذا السبب لا تصح ؛ لأن هذا السبب لا يصح سبباً لوجوب المال .

سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي : عمن ادعى على آخر عيناً في يده ، وقال : كان هذا ملك أبي ، مات وترك ميراثاً لي ولفلان ، وسمى عدد الورثة ، إلا أنه لم يبين حصة نفسه ، فهذا الدعوى صحيح منه ، وإذا أقام البينة على دعواه سمعت بينته ، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم لا بد وأن يبين حصته ؛ لأنه لا يملك المطالبة بالتسليم إلا بقدر حصته ، فيبين حصته عند ذلك .

ولو كان بيّن حصته ولم يبين عدد الورثة بأن قال : مات أبي وترك هذا العين ميراثاً لي ولجماعة سواي ، وحصتي منه كذا ، وطالبه بتسليم ذلك لا يصح منه الدعوى ، ولا بد من بيان عدد الورثة لجواز أنه لو بيّن كان نصيبه أنقص مما سمّى . انتهى .

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) : هذه الأرض .

(٣) عبارة فارسية ، معناها : لآخذ مالاً من فلان بسبب حساب بيني وبينه .

عبد باع عيناً من الأعيان بحضرة المولى ، ثم إن المولى ادعى ذلك العين لنفسه ، فإن كان العبد مأذوناً لا يصح دعوى المولى ، وإن كان محجوراً يصح دعواه ، فإن قيل : أليس إن المولى صار آذناً له لما رآه أنه باع ولم ينهه ؟ قلنا : نعم ؛ ولكن أمر الإذن إنما يظهر في المستقبل لا في التصرف المباشر ، عرف ذلك في كتاب «المأذون الكبير»[١] .

رجل ادعى على رجل أنه باع عبداً مشتركاً بينه وبيني من فلان بكذا ، وسلم العبد وطالبه بأداء نصف الثمن ، فالقاضي يسأل المدعي أن العبد كان مشتركاً بينكما شركة ملك أو شركة عقد معاوضة أو عناناً ، إن قال شركة ملك لا بد لصحة الدعوى من أن يقول في الدعوى : إن العبد قائم في يد المشتري وقت طلب الثمن الذي هو دليل الإجارة ؛ لأن العقد في نصيبه[٢] إنما ينفذ وقت الإجارة ، وإنما ينفذ إذا كان محله قائماً في هذه الحالة ، ولا بد من ذكر قبض البائع الثمن ، ليصح مطالبته إياه بأداء نصف الثمن ، وإن قال : شركة عقد ، لا حاجة[٣] إلى ذكر قيام العقد وقت طلب العين ؛ لأن العقد قد نفذ[٤] في النصيبين حال وجوده ، ولكن بشرط ذكر قبض الثمن ليصح مطالبته بأداء نصف الثمن .

رجل ادعى على غيره أن وصيّي باع من أقمشتي منك كذا وكذا [في حال صغري بكذا وكذا][٥] ، وأنه قد مات قبل استيفاء شيء من الثمن ، فادفع إليّ ثمن أقمشتي ، فقد قيل : لا يصح هذا الدعوى ؛ لأن بعد موت الوصي حق قبض ثمن ما باع الوصي يكون لوارثه أو لوصيّه ، فإن لم يكن له وصيّ أو وارث ، فالقاضي ينصب له وصياً .

---

(١) هو للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، كما في تاج التراجم لقاسم بن قطلوبغا ، ص ٢٣٩ ، ولا أعرف عن حال الكتاب شيئًا .

(٢) في (م) : نصيب . والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) تصحفت في (ك) إلى : الإجارة .

(٤) في (ك) : ما يعقد .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

قال رضي الله عنه[١] : وعلى قول من يقول من المشايخ في الوكيل بالبيع إذا مات قبل قبض الثمن ، فحق القبض ينتقل إلى الموكل ، ينبغي أن يقال ههنا حق القبض ينتقل إلى الصبي بعد بلوغ الصبي ، ويصح الدعوى .

وفي «الأقضية»[٢] لأهل الكوفة : رجل ادعى على رجل أنه أمر فلاناً ، فأخذ منه كذا كذا من المال ، فإن كان المدعى عليه الآمر سلطاناً ، فالدعوى[٣] مسموعة ، وإن لم يكن سلطاناً فالدعوى عليه غير مسموعة ، ووجه ذلك إن أمر السلطان إكراه ؛ لأن المأمور يعلم أنه لو لم يمتثل أمره يعاقبه السلطان ، هذا هو عادة السلاطين ، والثابت من طريق العادة كالثابت نصاً ، ولو هدده السلطان بالعقوبة على أن يأخذ مال الغير أو يتلفه ففعل ، كان الضمان على السلطان دون المأمور ، كذا ههنا ، وإذا كان الضمان في هذه الصورة على السلطان كان الدعوى عليه صحيحاً ، فإذا أمر غير السلطان فليس بإكراه ؛ لأنه لا يعاقب المأمور لو لم يمتثله فكان مجرد أمر ، وأنه لم يصح ؛ لأنه لم يملك أخذ مال الغير وإتلافه ، والأمر بما لا يملكه الآمر لغو فخرج الأمر من البين وبقي الفعل مقصوراً على المأمور ، فكان الضمان عليه دون الأمر ، فلا تصح دعوى الضمان على الآمر ، وإن كان ادعى الضمان على المأمور بأن ادعى على رجل أن فلاناً أمرك وأخذت من مالي كذا وكذا ، فإن كان الآمر سلطاناً [فدعوى الضمان على المأمور لا تصح ، وإن لم يكن سلطاناً][٤] فدعوى الضمان عليه صحيح ، وهو بناء على ما قلنا . انتهى .

رجل ادعى داراً في يد رجل من تركة والده أنه اشتراها من والده في مرضه ، وأنكر باقي الورثة ذلك ، فقد قيل : لا يصح هذا الدعوى ؛ لأن المرض قد يكون مرض موت ،

---

(١) أي : المؤلف ، وهذه العبارة من أحد التلاميذ ، أو أحد النساخ .

(٢) أقرب ما يظهر أنه كتاب المرغيناني علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق ظهير الدين الكبير الحنفي ، المتوفى سنة ٥٠٦ ، له أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم ، قيل : « كتاب الأقضية » .

انظر : « الجواهر المضية » ٢: ٧٤ ، و « الطبقات السنية » ٣: ٩٥ ، و « الفوائد البهية » ص ٦٢ .

(٣) في (ب) : فالدعوى عليه مسموعة .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

وقد يكون غير مرض موت ، وبيع المريض مرض الموت من وارثه وصية له بالعين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حين قال : بيعه من الوارث لا يجوز وإن كان بمثل القيمة ، إلا بإجازة باقي الورثة ، وكان هذا دعوى الوصية على أحد التقديرين ، فلا يصح بالشك .

وقيل : ينبغي أن تصح الدعوى ؛ لأن تصرف المريض مع وارثه ينعقد بوصف الصحة ، حتى لو أجاز بقية الورثة ذلك ينفذ وإن لم يجيزوا يبطل ، فالبطلان يعارض عدم الإجارة بشرط أن يكون المريض مرض الموت ، فما لم يعلم أن هذا المرض مرض الموت كان للتصرف فيه حكم الصحة ، فيكون الدعوى صحيحًا . انتهى .

رجل باع عقاراً ، وابنه أو[١] امرأته ، و[٢] بعض أقاربه[٣] حاضر يعلم به ، ووقع التقابض بينهما وتصرف المشتري زماناً ، ثم إن الحاضر عند البيع ادعى على المشتري أنه ملكه ، ولم يكن ملك البائع[٤] وقت البيع ، اتفق المتأخرون من مشايخ سمرقند على أنه لا يصح هذه الدعوى ويجعل سكوته كالإفصاح بالإقرار أنه ملك البائع ، ومشايخ بخارى أفتوا بصحة هذا الدعوى .

قال[٥] الصدر الشهيد[٦] في «واقعاته» : إن نظر المفتي في المُدَّعَى وأفتى بما هو الأحوط [كان أحسن ، وإن لم يمكنه ذلك يفتي بقول مشايخ بخارى ، فإن كان الحاضر

(١) في (م) : « و » .

(٢) في (هـ) و (ك) : « أو » .

(٣) في (ب) : ورثته .

(٤) في (م) و (هـ) : المبايع .

(٥) في (م) و (ب) : قدر .

(٦) برهان الأئمة ، حسام الدين ، أبو محمد ، عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة ، المعروف بالصدر الشهيد ، من أهل خراسان ، ولد في سنة ٤٨٣ ، وتفقه على والده ، وتفقه عليه أبو محمد عمر بن محمد العُقَيْلي ، وبرهان الإسلام السَّرْخَسي صاحب « المحيط » وكان أوحد زمانه ، وإمامه في المعقول والمنقول ، والفروع والأصول ، وله اليد الطولى في الخلاف والمذهب ، وقد اجتهد وبالغ إلى أن صار أوحد زمانه ، وناظر العلماء ودرس للفقهاء ، وقهر الخصوم ، وفاق الفضلاء في حياة والده بخراسان ، وأقر بفضله الموافق والمخالف ، ثم ارتفع أمره إلى ما وراء النهر ، حتى صار السلطان ومن دونه يعظمونه ، ويتلقون إشاراته بالقبول . =

عند البيع جاء إلى المشتري وتقاضاه الثمن بأن بعثه البائع إليه ، لا يسمع دعواه بما هو الأحوط][1] ، كان[2] بعد ذلك الملك لنفسه ، ويصير مجيزاً للبيع بتقاضي الثمن ، فلا يصح دعواه بعد ذلك الملك لنفسه .

وفي «فتاوى الفضلي»[3] : سئل عمن ادعى على آخر أربعين فَصِيلاً[4] في بطون أمهاتها غير مولود ، قال : لا يسمع دعواه إلا أن يدعي إقرار المدعى عليه بذلك ، ويقيم البينة[5]

= ألف العديد من الكتب ، منها : « المبسوط » في الخلافيات ، و « الفتاوى الصغرى » و « الفتاوى الكبرى » و « شرح الجامع الصغير » و « شرح أدب القضاة للخصاف » ويقال : إن جده هو صاحب المحيط ، والله أعلم . وهو عم المؤلف كما حكيته في المقدمة .

استشهد بسمرقند ودفن في بخارى سنة ٥٣٦ هـ .

« الجواهر المضية » ٢: ٦٤٩ ، « تاج التراجم » ص ٢١٧ ، « الفوائد البهية » ص ١٤٩ .

أما كتابه « الواقعات » : فهو المعروف بـ : « واقعات الحسامي » المسمى بـ : « الأجناس » جمع فيه بين النوازل لأبي الليث ، والواقعات للناطفي ، وأخذ من فتاوى أبي بكر محمد بن الفضل ، وفتاوى أهل سمرقند ، ورتب الكتاب المختصر المنسوب إلى الحاكم الشهيد ، والأبواب ؛ كالنوازل ، وأشار بالعين إلى مسائل العيون ، والواو إلى الواقعات ، والباء إلى الشيخ أبي بكر ، والسين إلى فتاوى سمرقند ، ومنتخبه للشيخ الإمام محمد بن محمد الرشيد الكاشغري انتقاه سنة ٦٨٧ هـ وله « تهذيب الواقعات » ورتبه محمود بن أحمد بن عبد العزيز الباري ، وزاد على كل جنس ما يجانسه ويوافقه .

ينظر « كشف الظنون » ٢: ٧٩٠ ، « مفتاح السعادة » ٢: ٥٥٨ ، ٥٥٩ .

وقد ذكر له في « الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط » قسم الفقه وأصوله ١١: ٤٨٣ أربع وعشرون نسخة في أماكن متفرقة .

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) قوله : « دعواه بما هو الأحوط كان » سقط من (هـ) و (ك) .

(٣) أبو عمرو عثمان بن إبراهيم بن محمد الفضلي البخاري ، ولد في سنة ٤٢٦ ، كان عالماً من أولاد الأئمة ، سمع القاضي علياً السغديَّ ، وروى عنه جماعة كثيرة ببخارى وسمرقند ، وعاش كثيراً حتى حدث بالكثير ، له من التصانيف « فتاوى الفضلى » وهو مشهور .

توفي ببخارى سنة ٥٠٨ .

« الجواهر المضية » ٢: ٥١٥ و ٤: ٢٧٩ ، « تاج التراجم » ص ٣٦٣.

(٤) الفصيل : ولد الناقة أو البقرة بعد فطامه وفصله عن أمه . « المعجم الوسيط » ٢: ٧٢٥ .

(٥) سقط من (ك) .

على إقراره ، وهذا أشار إلى أن دعواه[١] بسبب الإقرار صحيح ، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه ، ومسائل الكتاب فيها متعارضة ، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى .

ادعى على آخر ألف درهم ثمن عبد[٢] اشتراه منه وقبضه صح الدعوى ، وإن لم يعين العبد ولم يبين صفته ؛ لأن هذا في الحقيقة دعوى الدَّيْن لما كان العبد[٣] مقبوضاً .

دار[٤] في يد رجل ادعاها رجل ، فأقام صاحب اليد[٥] بينة على المدعي أني اشتريت هذه الدار من وصيّك في حال صغرك بكذا ، إلا أنه لم يسم الوصيّ ، وأقام على ذلك بينة ، [فهل تسمع دعواه وبينته؟ اختلف المشايخ فيه .

وكذلك إن ادعى أن فلاناً باع هذه الدار مني باطلاع القاضي في حال صغرك ، ولم يسم القاضي ، وأقام على ذلك بينة][٦] هل تصح دعواه[٧] ، وهل تسمع بينته؟ اختلف المشايخ فيه ، وعلى هذا إذا شهد الشهود على الوقف وتسليم الواقف إياه إلى المتولي ، إلا أنهم لم يسموا الواقف [أو سموا الواقف][٨] ، دون المتولي ففيه اختلاف المشايخ .

والحاصل : أن في دعوى الفعل والشهادة على الفعل هل يشترط تسمية الفاعل؟ ففيه اختلاف المشايخ ، وأدلة الكتب فيه متعارضة .

ذكر الخصاف في كتاب «أدب القاضي» في دعوى[٩] باب الشهادة على الحقوق : أنه[١٠] إذا شهد شاهدان على رجل لرجل أن قاضياً من القضاة قضى لهذا الرجل على

---

(١) في (هـ) : دعوى الملك .

(٢) في (م) : عبدًا .

(٣) قوله : « لما كان العبد » سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : « صار » وهو خطأ .

(٥) في (ب) : صاحب البينة اليد بينة .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (ك) و (هـ) .

(٧) قوله : « هل تصح دعواه » غير موجود في (ب) .

(٨) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (ك) و (هـ) .

(٩) في (ك) : باب .

(١٠) في (هـ) : وأنه .

هذا الرجل بألف درهم ، [أو شهد شاهدان أن قاضي الكوفة قضى لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم][1] ؛ فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة حتى يسموا القاضي الذي قضى به وينسبوه ، قال ثمة : وليس هذا في هذا الموضع وحده ، بل الحكم في جميع الأفاعيل هذا ، فإذا شهد الشهود على فعل لا بد وأن يسموا الفاعل وينسبوه ، ولو لم يسموا لا تقبل شهادتهم .

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الحدود : إذا أقام المدعى عليه بينة أن شهود المدعي محددون في قذف ، لا بد وأن يسموا من حدهم ، فهذه المسائل دليل على أن تسمية الفاعل شرط .

وذكر محمد في «الزيادات»[2] : إذا ادعى على رجل أنه وارث فلان الميت ، وأن قاضي بلد كذا قضى بوراثه ، وجاء بشاهدين يشهدان أن قاضي بلد كذا أشهدنا على

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) هو من كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني المسماة بالأصول وظاهر الرواية في كتب الحنفية ، وقد شرحها جماعة ، منهم :
الإمام قاضي خان : حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي - وطبع شرحه قريباً - ، وأبو حفص سراج الدين : عمر بن إسحاق الهندي ، ولم يكمله ، واختصره : الحاكم الشهيد ، وهو مختصر : « أصول الزيادات » ، وذكر ابن نجيم في كتاب الدعوة من « البحر الرائق » : أن له شرحا على كتاب « الزيادات » والله أعلم ، وشرحها : البزدوي ، وشمس الأئمة : الحلواني إملاء ، وشرحها : الإمام أبو القاسم : أحمد بن محمد بن عمر العتابي .
وإنما سمي بـ « الزيادات » لأنه كان يختلف إلى أبي يوسف ، وكان يكتب من : أماليه ، فجرى على لسان أبي يوسف : أن محمدا يشق عليه تخريج هذه المسائل فبلغه ، فبناه مفرعا على كل مسألة بابا ، وسماه : « الزيادات » ، أي : زيادة على ما أملاه : أبو يوسف .
وقيل : إنما سمي به لأنه لما فرغ من تصنيف « الجامع الكبير » تذكر فروعا لم يذكرها في « الكبير » فصنفه ، ثم تذكر فروعا أخرى فصنف أخرى ، وسماها : « زيادات الزيادات » ، فقطع عن ذلك ولم يتمم ، كذا قال : قاضي خان ، وقيل : لأن أبا يوسف كان يملي وكان ابن لمحمد - رحمه الله - يكتب تلك الأمالي ، وكان محمد - رحمه الله تعالى - يجعل تلك الأبواب أصلا ويزيد عليه ما يتم به الأبواب ، فسماه : « الزيادات » ، على معنى : أنه زاد على كلام أبي يوسف رحمة الله عليه ، ولهذا لم تقع أبوابه مرتبة ، بل اختلفت ؛ لأن محمدا رحمة الله تعالى عليه تبرك : « بأمالي أبي يوسف » .
وأنشدوا فيه :

إن الزيـــــادات زاد الله رونقهـــــا	عقـم مـسائلها مـن أصـعب الكتـب
أصـولها كالعـذارى قـط مـا افترعـت	فـــروعهن يـــد في العجـــم والعـــرب
ينـــال قارئهـــا في العلـــم منزلـــة	يغيـب إدراكهـا عـن أعـين الـشهب

وأملى : شمس الأئمة السرخسي « نكت زيادة الزيادات » وهو : محبوس في السجن .
« كشف الظنون » ٢: ١٥ .

قضائه أن هذا الرجل وارث فلان الميت لا وارث له غيره ، فالقاضي يجعله وارثاً ، ولم يشترط تسمية ذلك القاضي[١] .

وذكر في دعوى «الأصل» في آخر باب دعوى النكاح : إذا ادعى رجل أمة في يدي رجل وجاء بشهود شهدوا عند القاضي أن قاضي بلد كذا قضى بهذه الأمة لي صح دعواه ، ولم يشترط تسمية القاضي .

وذكر في إقرار «المنتقى»[٢] : رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها لي ، اشتريتها من وكيلك بألف درهم ، ولم يسم الوكيل ، وشهد له الشهود على الشراء ولم يسموا الوكيل يسمع دعواه وشهادة شهوده .

وذكر الصدر الشهيد في «واقعاته» في باب الوقف بعلامة السين : إذا كتب صك الوصاية أو صك التولية ، ولم يذكر فيه جهة الوصاية والتولية لا يصح الصك ؛ لأن الوصي قد يكون من جهة القاضي وقد يكون من جهة [الأب ، وأحكامهما مختلفة ، وكذلك المتولي قد يكون من جهة القاضي وقد يكون من جهة][٣] الواقف ، وأحكامهما مختلفة ، وإن كتب أنه وصي من جهة الحاكم ، وأنه متول من جهة الحاكم[٤] ، ولم يسم الحاكم الذي نصبه ، ولا الذي ولاه جاز .

---

(١) « فتح القدير » لابن الهمام بمعناه ١٧ : ٢٨٣ .

(٢) « المنتقى » : في فروع الحنفية ، للحاكم الشهيد أبي الفضل : محمد بن محمد بن أحمد ، المقتول شهيداً سنة ٣٣٤ ، وفيه نوادر من المذهب .

وقال الحاكم : نظرت في ثلاثمئة جزء مؤلف مثل : « الأمالي » و « النوادر » حتى انتقيت كتاب «المنتقى» .

وقال مؤلفه – حين ابتلي بمحنة القتل بمرو من جهة الأتراك – : « هذا جزاء من آثر الدنيا على الآخرة ، والعالم متى جفا علمه ، وترك حقه ، خيف عليه أن يلحق بما يسوءه » .

وقيل : كان سبب ذلك : أنه لما رأى في كتب محمد مكررات وتطويلات جنسها ، وحذف مكررها .

« كشف الظنون » ٢: ٦٨٢ ، و « مفتاح السعادة » ٢: ٢٥٦ .

وقد ذكرت له نسختان في «الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط» قسم الفقه وأصوله ١٠: ٤٥٦ .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٤) قوله : « وأنه متول من جهة الحاكم » غير موجود في (ب) .

قال رحمه الله : وعلى هذا القياس إذا احتيج إلى كتابة القضاء في المجتهدات ، كالوقف وإجارة المشاع[١] ونحوه ، كتب وقضى قاضي من قضاة المسلمين بصحته وجوازه يجوز ذلك وإن لم يسم ذلك القاضي ، فهذه المسائل كلها تدل على أن تسمية الفاعل ليس بشرط لصحة الدعوى والشهادة ، فتأمل عند الفتوى .

وفي دعوى السعاية لا يشترط ذكر قابض المال ونسبه[٢] ؛ لأن وجوب الضمان على الساعي بصنعه ولا تعلق له بالقابض والآخذ ، وفي دعوى المال في الإجارة المفسوخة لا يشترط ذكر حدود المستأجر .

ادعى على آخر عشرة دراهم ثمن مبيع مقبوض ، ولم يبين المبيع أنه ما هو ، فقد قيل لا يصح الدعوى ؛ لأنه يحتمل أن يكون المبيع خمراً أو ميتة ، وبيعهما لا يوجب الثمن على المشتري فيما بين المسلمين .

[وقد قيل : يصح الدعوى ؛ وهو الأصح ؛ لأن بيع الخمور والميتات لا يجري بين المسلمين][٣] على ما عليه ظاهر حالهم ، والبناء على الظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه ، وفي دعوى قيمة الأعيان لا بد من بيان الأعيان ؛ لأن الإنسان قد يظن عيناً أنه من ذوات القيم ، ويكون في الحقيقة مثلياً ، إذا قال[٤] : مراده وينارز رزومي بايد نما دائم كان زيد مي بايديا أن جعفر بازير بكي أن ايشان دعوى بيكند بر تعين در مجلس ديكر ، يصح دعواه ؛ لأنه قد يشتبه على الإنسان ذلك ثم يزول الاشتباه بالتفكر . ذكر ذلك محمد - رحمه الله - في كتاب الدعوى .

وإذا كان الحائط بين رجلين ، فادعى رجل على أحدهما أنه أقر أن الحائط له ، وأقام على ذلك بينة ، [قضى بنصيبه لا غير ؛ لأنه ثبت إقراره بالبينة ، وإقرار أحد الشريكين في نصيبه صحيح[٥] .

---

(١) في (م) و (ك) : المشايخ .

(٢) « مجمع الضمانات » للبغدادي ٣: ٢٣٤ .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) عبارة فارسية ، معناها : لي عشرة دنانير بغير شك ، ولكن لا أدري على زيد أم على جعفر ، ثم يدعي على كل واحد منهما بالتعيين في مجلس آخر .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ١٧: ٩٤ .

وهذه المسألة تصير رواية في فصل][1] اختلف المشايخ فيه أن من ادعى عيناً في يد إنسان أنه له لما أن صاحب اليد أقر به لي ، أو ادعى عليه دراهم ، وقال في دعواه : إن لي عليه كذا من الدراهم لما أنه أقر بها لي أو قال ابتداءً : إن هذا الرجل أقر أن هذا العين لي ، أو قال : أقر أن لي عليه كذا من الدراهم ، هل يصح هذا الدعوى ؟ بعض مشايخنا قالوا : يصح ، وفي بعض الكتب أشار إلى هذا ، من جملة ذلك هذه المسألة ، ألا ترى أن محمداً رحمه الله سمع الدعوى وسمع البينة في هذه المسألة ، وقد ادعى المدعي إقرار المدعى عليه ، وعامتهم على أن هذه الدعوى لا تصح ولا تسمع هذه البينة ؛ لأن نفس الإقرار لا يصلح سبباً لاستحقاق المدعى به ، فإن بالإقرار كاذباً لا يثبت الاستحقاق للمقر له ، فقد أضاف الدعوى إلى ما لا يصلح سبباً للاستحقاق فلا يصح .

وأجمعوا على أنه لو قال : هذا العين ملكي ، وهكذا أقرّ به صاحب اليد ، أو قال لي عليه كذا ، وهكذا أقر به المدعى عليه أنه يصح الدعوى ، ويسمع البينة على إقراره[2] ، ولو قال في الدعوى : إن صاحب اليد قال : هذا العين لك ، وجعلت هذا العين لك ، يسمع ذلك منه ؛ لأن هذه دعوى الهبة ، والهبة سبب الملك [ودعوى الملك مضافاً إلى سببه صحيح ، أما الإقرار لا يصح سبباً للملك][3] ودعوى الملك مضافًا إلى ما لا يصلح سببًا له لا يصح .

وكذلك اختلف المشايخ في دعوى الإقرار في طرف الدفع [أنه هل يصح؟ بعضهم قالوا : لا يصح كما في طرف الاستحقاق . وعامتهم على أنه يصح دعوى الإقرار في طرف الدفع][4] .

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) « تكملة حاشية ابن عابدين » ١٢: ١٢٧ .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

وقد ذكر محمد رحمه الله في الكتب مسائل تدل على ذلك فمن جملته ما ذكر ابن رستم[١] في «نوادره» عن محمد ، وصورتها : رجل ادعى في يدي رجل داراً أو متاعاً ، وأقام البينة عند القاضي ، وقضى القاضي له بذلك ، فلم يقبضه حتى أقام ذو اليد بينة على المدعي أنه أقر أنه لا حق له فيه ، قال إن شهدت الشهود على إقرار المدعي بذلك قبل قضاء القاضي بطلت شهادة شهود المدعي .

وذكر في كتاب الوكالة في الوكيل بالخصومة في الدار إذا أقام بينة على أن الدار ملك موكله ، وأقام المدعى عليه بينة على إقرار الوكيل أن الدار ليست لموكله ، بطلت بينة الوكيل .

وذكر في آخر «الجامع» : رجل ادعى داراً في يدي رجل ميراثاً عن أبيه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الذي في يديه بينة أن أب المدعي أقر في حال حياته أن الدار ليست له ، أو أقام بينة على إقرار المدعي أنها ليست له ، بطلت بينة المدعي ، وذكر بعض مشايخنا في تعليل هذه المسألة[٢] لو كان الميت حياً ، وأقام بينة على الذي الدار في يديه أن الدار داره ، وأقام ذو اليد بينة على إقرار المدعي أنها ليست له ، بطلت بينة المدعي .

---

(١) ابن رستم : هو الإمام أبو بكر، إبراهيم بن رستم المروزي أحد الأئمة الأعلام . سمع منصور بن عبد الحميد، ومالك بن أنس، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، وسفيان الثوري، وغيرهم .

قدم بغداد غير مرة، وحدث بها، فروى عنه أحمد بن حنبل، وزهير بن حرب، وغيرهم.

قال العباس بن مصعب: كان إبراهيم بن رستم من أهل كرمان ، ثم نزل مرو في سكة الدباغين ، وكان أولا من أصحاب الحديث ، فحفظ الحديث ، فنقم عليه من أحاديث ، فخرج إلى محمد بن الحسن وغيره من أهل الرأي ، فكتب كتبهم، وحفظ كلامهم ، فاختلف الناس إليه ، وعُرض عليه القضاء ، فدعاه المأمون، فقربه منه وحدثه .

قيل : إنه مات سنة ٢١١ ، وقيل سنة ٢١٠ . رحمه الله تعالى.

ترجمته في : «الجواهر المضية» ١ : ٨٠ ، «تاج التراجم» ص ٨٦ ، «الطبقات السنية» ١ : ١٩٤ ، «الفوائد البهية» ص ٩ ، « تاريخ بغداد » ٦ : ٧٢ ، « لسان الميزان » ١ : ٢٧٨ .

وأما نوادره : فهي نوادر محمد بن الحسن الشيباني ، من رواية ابن رستم ، فنسبت إليه .

والنوادر : هي مسائل مروية عن أئمة المذهب الثلاثة ، لكن في غير الكتب المشهورة المسماة بكتب ظاهر الرواية .

« تاج التراجم » ص ٨٦ و ٢٤٠ .

(٢) في (ب) : المسائل .

وفي دعوى «المنتقى» : أن من ادعى على آخر عيناً في يده أن هذا العين ملكه ، وأن صاحب اليد غصبه وأقام البينة على ذلك ، وأقام الغاصب بينة أن المالك أقر أن هذا العين لي قبلتُ بينته ، وأقررتُ الغصب في يديه وهذا بطريق دعوى الإقرار بطريق الدفع مسموع ، وفي دعوى الدين إذا قال المدعى عليه : إن المدعي أقر باستيفاء هذا المال منه وأقام البينة عليه ، فقد قيل : إنه لا يسمع بينته ؛ لأن هذا دعوى الإقرار في طريق الاستحقاق ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها ، فيصير المقبوض مضموناً على القابض ديناً للدافع على ما عرف ، ففي الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه ، وكان هذا دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق من حيث المعنى والله أعلم .

❊ ❊ ❊

الفصل الثالث
في دعوى الملك المطلق في الأعيان

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

الأول في دعوى الخارج مع ذي اليد ، قال محمد - رحمه الله - في «الأصل» : إذا ادعى رجل داراً في يد رجل أو عقاراً أو منقولاً ، فأقاما[١] البينة قضي ببينة الخارج عند علمائنا الثلاثة ، والجملة في ذلك أن البينات في الأصل وضعت للإثبات ، فيطلب الترجيح أولاً من حيث الإثبات ، فما كان أكثر إثباتاً كانت أولى بالقبول ، وبعد الاستواء في الإثبات يقع الترجيح بحكم اليد ، إذا ثبت هذا فنقول : بينة الخارج في دعوى الملك المطلق أكثر إثباتاً من بينة ذي اليد ؛ لأن الخارج ببينته تثبت زيادة استحقاق على ذي اليد ولا يثبت ذو اليد مثل ذلك ببينته على الخارج ؛ لأنه يثبت استحقاق الملك[٢] الثابت لذي اليد بظاهر اليد ، وذو اليد لا يستحق ببينته مثل ذلك على الخارج ؛ إذ ليس للخارج ملك ثابت بظاهر اليد حتى يستحق ذو اليد ذلك عليه ببينته .

وتحقيق هذا الكلام أن دعوى الملك المطلق وإن كان دعوى أولية الملك من حيث الحكم ، حتى يستحق المدعي الأصل بالزوائد المتصلة والمنفصلة ، ويرجع الباعة بعضهم على البعض ، كأنه نص على أولية الملك ؛ إلا أنه يحتمل التمليك[٣] من جهة صاحب اليد من حيث الحقيقة لا النص ، فإنه لم ينص على أولية الملك[٤] من حيث الحقيقة ، وكل واحد من البينتين أثبت أولية الملك لصاحبه[٥] ، فاستويا من هذا الوجه ، إلا أن الخارج ببينته

---

(١) في (ب) : فإما أن تكون البينة .

(٢) في (م) : ذلك . والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) : التملك .

(٤) في (ب) زيادة : إلا أنه يحتمل التمليك .

(٥) في (هـ) و (ك) : لصاحبها .

[يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر اليد ؛ لأن الملك في العين ثابت لذي اليد بظاهر اليد ، والخارج ببينته يستحق عليه ذلك ؛ لأن دعواه تحتمل التمليك من جهته ، وذو اليد ببينته][1] لا يستحق على الخارج مثل ذلك ؛ فهو معنى قولنا بينة الخارج أكثر إثباتاً ، بخلاف ما إذا وقع الدعوى في النتاج ؛ لأن هناك استوت البينات[2] في الإثبات ؛ لأن كل بينة أثبت أولية الملك لصاحبها ، ولم يثبت استحقاقًا على الآخر باعتبار التمليك من جهته ؛ لأن كل بينة نصت على أولية الملك ، حيث قالت[3] نتجت عندي ، ولدت عندي ، وكذلك كل واحد من الخصمين نص على أولية الملك حيث قال نتجت عندي ولدت عندي ، وهذا لا يحتمل التمليك من جهة صاحبه ، فاستويا في الإثبات ، فرجحنا بينة ذي اليد بحكم اليد ؛ لأن يده دليل على زيادة صدقه في دعواه .

بخلاف ما لو وقع الدعوى في تلقي الملك من جهة ثالثٍ ؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات والاستحقاق ؛ لأن كل بينة أثبت الملك لبائعه والانتقال من بائعه إلى نفسه ، وترجح صاحب اليد بحكم اليد ، وبخلاف ما لو تنازعا في عبد ادعى كل واحد أنه عبده ودبّره[4] أو أعتقه ، فأقاما البينة حيث يقضي ببينة صاحب اليد ؛ لأن هناك الدعوى في الحاصل في الولاء ؛ [لأن العتق[5] حاصل للعبد][6] بتصادقهما ، وقد استوت البينتان في إثبات الولاء ، وترجح بينة صاحب اليد بحكم يده ، هذا إذا لم يذكرا[7] تاريخاً ، فأما إذا ذكرا تاريخاً إن كان تاريخًا على السواء ، فكذا الجواب أنه يقضي للخارج منهما ؛ لأن عند استوائهما في التاريخ يسقط اعتبار التاريخ ، ويبقى الدعوى في الملك المطلق .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) و (هـ) : البينتان .

(٣) سقط من : (ك) .

(٤) التدبير : تعليق مكلف رشيد عتق عبده بموته .

« معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية » لمحمود عبد المنعم ١ : ٤٥١ .

(٥) في (ب) : العبد .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (ك) : يذكر .

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، فعلى قول أبي حنيفة للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق إذا اجتمعا على التاريخ فيقضى لأسبقهما تاريخاً ، [إن كان أسبقهما تاريخاً][1] الخارج فلا إشكال ؛ لأنهما لو كانا في التاريخ على السواء كان يقضى للخارج ، فإذا كان هو سابقاً في التاريخ كان أولى ، وإن كان أسبقهما تاريخاً ذو اليد ؛ فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج ، ففي بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث [الوقت إن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث][2] إنه يستحق على صاحب اليد الملك الثابت له بظاهر اليد ، فاستويا في[3] الاستحقاق من هذا الوجه ، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد كما في دعوى النتاج وعلى قول أبي يوسف الآخر - وهو قول محمد أولاً - : للتاريخ عبرة ، وفي هذه الصورة كما هو قول أبي حنيفة ، فيقضى لأسبقهما تاريخاً ، وعلى قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد آخراً : لا عبرة للتاريخ في هذه الصورة ، فيقضى للخارج[4] ، وما ذكر محمد رحمه الله في باب الدعوى ، وأحدهما وَقَّت قبل وقت صاحبه من قبله[5] ، وفي هذه الصورة أنه يقضى لأسبقهما تاريخاً ، فذلك قوله الأول ، أما على قول الآخر يقضي للخارج ، روى ذلك أصحاب «الأمالي»[6] عن محمد رحمه الله .

وذكر في «المنتقى» : رجل ادعى عبدًا في يدي رجل أنه له منذ شهر ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه له منذ سنة ، وذكر أن صاحب اليد أولى عند أبي يوسف .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (ك) : في إثبات الاستحقاق .

(٤) « تكملة حاشية ابن عابدين » ١٢ : ٢٦ .

(٥) في (هـ) و (ك) : قوله .

(٦) الأمالي هو من كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني غير أنه ليس من كتب ظاهر المذهب المشهورة .
« تاج التراجم » ص ٢٣٩ .
والإملاء - كما جاء في « الطبقات السنية » ١ : ٣٥ - : أن يقعد العالم وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس ، فيقول بما فتحه الله عليه من ظهر قلبه ، وتكتبه التلامذة ، ثم يجمعون ما يكتبونه في المجالس ، ويصير كتاباً فيسمونه الإملاء والأمالي .

وقال محمد - رحمه الله - : المدعي أولى ، وما ذكر من قول أبي يوسف قوله الآخر ؛ لأن للتاريخ عبرة على قوله الآخر في دعوى الملك المطلق ، فيقضي لأسبقهما تاريخاً ، وهو ذو اليد ، وما ذكر من قول محمد - رحمه الله - قوله الآخر أيضاً ؛ لأنه لا عبرة للتاريخ على قول الآخر ، فيقضى للآخر .

وجه قول أبي يوسف الأول ، وهو قول محمد آخرًا : لبيان أنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع ، أنه اجتمع في دعوى الملك المطلق ما يوجب اعتبار التاريخ وما يوجب إلغاؤه ، أما ما يوجب إلغاؤه ؛ لأن دعوى مطلق الملك[1] بمنزلة دعوى النتاج من حيث إنه دعوى أولية الملك والتاريخ في دعوى النتاج لغو حالة الاجتماع وحالة الانفراد على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

وأما ما يوجب اعتباره ؛ لأن دعوى مطلق الملك يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه ، [بخلاف دعوى النتاج ، وهذا يوجب اعتبار التاريخ كما لو ادعى التملك من جهة المدعى عليه][2] بالشراء صريحاً ، فقد اجتمع في دعوى الملك المطلق ما يوجب اعتبار التاريخ وما يوجب إلغاءه ، والعمل بهما متعذر ؛ إذ لا يتصور أن يكون التاريخ معتبراً وغير معتبر فلا بد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر ، فنقول : اعتبار دعوى النتاج فيه أولى من اعتبار دعوى التملك ؛ لأن دعوى النتاج في دعوى التملك[3] المطلق ثابت من حيث الحكم حتى يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعاً ، ويرجع الباعة بعضهم على بعض ، ودعوى التملك من جهة المدعى عليه في دعوى الملك المطلق غير معتبر من حيث الحكم ، بل هو معتبر لترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد ، فكان دعوى النتاج أثبت من دعوى التملك ، فكان اعتبار دعوى النتاج أولى ، وإذا اعتبرنا دعوى الملك المطلق بدعوى النتاج يلغوا[4] فيه التاريخ ، كما في دعوى النتاج ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف آخراً ، وهو قول محمد أولاً ، لبيان أن للتاريخ عبرة[5] في دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع أنه اجتمع في دعوى مطلق الملك ما يوجب اعتبار

(١) في (ب) : ملك المطلق .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (هـ) و (ك) : الملك .

(٤) في (م) : يلقوا . والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

(٥) في (م) و (ب) : التاريخ غيره .

التاريخ ، وما يوجب إلغاءه على الوجه الذي قاله أبو يوسف آخراً ومحمد أولاً ، إلا أن اعتباره بدعوى التملك من جهة المدعى عليه أولى ؛ لأنا إذا اعتبرناه بدعوى التملك في حق هذا الحكم أعني به اعتبار التاريخ تبقى دعوى أولية التاريخ الملك معتبراً في حق بعض الأحكام ، وهو استحقاق الزوائد ، ورجوع الباعة بعضهم على البعض .

ولو اعتبرناه بدعوى النتاج في حق هذا الحكم لا تبقى دعوى[١] التملك معتبرة في حق حكم ما ، وكان اعتباره بدعوى التملك في حق اعتبار التاريخ ، وأنه عمل به وبدعوى أولية الملك من وجه أولى من اعتباره بدعوى أولية الملك ، وفيه إلغاء دعوى التملك من كل وجه ، هذا إذا أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق .

فأما إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ، فعلى قول أبي حنيفة يقضي للخارج ؛ لأنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق [حالة الانفراد ، فيسقط اعتبار التاريخ ويبقى دعوى الملك المطلق ، فيقضي للخارج][٢] .

وروى بشر[٣] عن[٤] أبي حنيفة أنه يقضى للمؤرِّخ في هذه الصورة ، وكذا[٥] روى الحسن في «المجرد»[٦] ، فهذه الرواية أشار إلى أن التاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الانفراد يعتبر عنده .

---

(١) في (م) و (هـ) و (ب) : عدد .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) هو الإمام أبو الوليد بشر بن الوليد بن خالد الكندي ، أحد أعلام الأئمة ، المشهورين من علماء هذه الأمة .
سمع مالك بن أنس ، وصالحاً المري ، وأبا يوسف ، وكان أحدَ أصحابه - وعنه أخذ الفقه .
وروى عنه الحسن بن علويه القطان ، وأحمد بن الوليد بن أبان ، وغيرهم .
وكان جميل المذهب ، حسن الطريقة ، وولي القضاء .
وكان بشر بن الوليد ، يقول: كنا نكون عند ابن عيينة ، فكان إذا وردت عليه مسألة مشكلة يقول: ها هنا أحد من أصحاب أبي حنيفة؟ فيقال: بشر . فيقول: أجب فيها . فأجيب ، فيقول: التسليم للفقهاء سلامة في الدين .
وكان كثير العبادة يصلي كل يوم مئتي ركعة ، وكان يُصليها بعدما فلج وشاخ . مات سنة ٢٣٨ ، وبلغ ٩٧ سنة .
ترجمته في « تاريخ بغداد » ٧: ٨٠ ، « الجواهر المضية » ١: ٤٥٢ ، « الطبقات السنية » ٢: ٢٣٩ ، « لسان الميزان » ٢: ٣١٦ ، « الفوائد البهية » ص ٥٤ .

(٤) في (ك) : عن أبي يوسف عن أبي حنيفة .

(٥) في (ك) : وهكذا .

(٦) هو الكتاب الذي رواه أبو علي الحسن بن زياد اللؤلؤي ، الفقيه الكوفي ، عن شيخه الإمام أبي حنيفة .
« تاج التراجم » ص ١٥٠ .

وروى ابن أبي مالك[١] عن أبي يوسف أن أبا حنيفة كان يقول بهذا القول ، يعني كان يعتبر التأقيت حالة الانفراد ، والصحيح من مذهبه والمشهور[٢] عنه أن التاريخ حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق غير معتبر[٣] .

والوجه لأبي حنيفة في ذلك أن الذي لم يؤرخ سابق على الذي أرخ من وجه سابق من حيث إن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حُكْماً ، فبهذا الاعتبار يكون غير المؤرخ سابقاً على المؤرخ ، ولاحقاً من حيث إن دعوى مطلق الملك يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه بعد تأريخ المؤرخ ، فبهذا الاعتبار يكون لاحقاً ، وإذا كان غير المؤرخ سابقاً من وجه ولاحقاً من وجه كان المؤرخ أيضاً سابقاً من وجه ولاحقاً من وجه ، فقد استويا في السبق واللحوق ، فيجعل كأنهما ملكا معاً ، وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ ، فهذا معنى قولنا : إن دعوى النتاج حالة الانفراد ساقطة الاعتبار . بخلاف ما إذا أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق حيث يقضي لأسبقهما تاريخاً عنده ؛ لأن أسبقهما تاريخاً سابق من كل وجه والآخر لاحق من كل وجه ، وعلى قول أبي يوسف[٤] الآخر ، وهو قول محمد - رحمه الله - أولاً للتاريخ عبرة ، وغير المؤرخ أسبقهما تاريخاً معنى ؛ لأنه يدعي أولية الملك ، فيقضى

---

(١) هو الإمام أبو مالك ، الحسن بن أبي مالك ، من أصحاب أبي يوسف ، تفقه عليه ، وأخذ عنه شيئاً كثيرًا .

قال الصميري في حقه : ثقة في روايته ، غزير العلم ، واسع الرواية ، كان أبو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر مما يطيق ، وكان يفضل محمد بن الحسن في التدقيق على أبي يوسف .

قال الطحاوي: سمعت ابن أبي عمران يحدث عن ابن الثلجي ، قال: كانوا إذا قرأوا على الحسن بن أبي مالك مسائل محمد بن الحسن ، قال : لم يكن أبو يوسف يدقق هذا التدقيق الشديد .

وكان ممن تفقه على الحسن هذا محمد بن شجاع ، وغيره .

وتوفي سنة ٢٠٤ ، رحمه الله تعالى .

« الجواهر المضية » ٢: ٩٠ ، « الطبقات السنية » ٣: ٥٠ ، « الفوائد البهية » ص ٦٠ ، « مغانى الأخيار فى شرح أسامى رجال معانى الآثار » برقم : ٤٣٤ .

(٢) في (ب) : وهو المشهور .

(٣) « حاشية ابن عابدين » ٨: ٣٧٦ « تكملة حاشية ابن عابدين » ١٢: ٧ .

(٤) سقط من (ب) .

لغير المؤرخ ، وعلى قول محمد آخراً وهو قول أبي يوسف أولاً لا عبرة للتاريخ فيسقط اعتبار التاريخ ، ويقضى للخارج .

ومما يتصل بهذا النوع إذا ادعى الخارج مع ذي اليد مع دعوى الملك المطلق فعلى صورة[١] ما ذكر في آخر دعوى « الأصل » .

إذا ادعى الخارج][٢] أنه عبده ، كاتبه على ألف درهم ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام ذو اليد بينة ، أنه عبده كاتبه على ألف درهم ، قال : جعلته مكاتباً بينهما يؤدى إليهما جميعاً ؛ لأن كل واحد منهما لما ادعى الكتابة تصادقا[٣] على أنه لا بد لواحد منهما عليه ، وأنه في يد نفسه ، فصارت مسألتنا . انتهى .

عبد في يد ثالث تنازع فيه اثنان ، وادعى كل واحد أنه عبده كاتبه ، ولو كان هكذا يقضي بالملك بينهما ، ويكون مكاتباً لهما كذا ههنا .

ولو ادعى أحدهما أنه دبره وهو يملكه ، و[أقام على ذلك بينة ، وادعى الآخر أنه كاتبه وهو يملكه][٤] ، كانت بينة التدبير أولى ؛ لأن التدبير يوجب الحرية للحال ، وأنه لا يحتمل الفسخ ، [والكتابة لا توجب الحرية للحال ، وأنها تحتمل الفسخ][٥] ، فكان التدبير أولى ، وكان بينته أكثر إثباتاً .

ومما يتصل بهذا النوع أيضاَ : إذا ادعى الخارج الملك المطلق مؤخراً ، وادعى صاحب اليد الملك بسبب الشراء مؤرخاً .

صورته : دار في يدي رجل ، ادعى رجل أنها داره ملكها منذ سنة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنتين وهو يملكها وقبضها منه ، قضي بها للمدعي الخارج ؛ لأن صاحب اليد خصم عن بائعه في إثبات الملك لتمكنه إثبات الانتقال إلى نفسه ،

---

(١) في (هـ) و (ك) : فعلاً صورته .

(٢) ما بين المعكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (ك) : فقد تصادقا .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) و (هـ) .

وكان بائعه حضر ، وأقام البينة على الملك المطلق لنفسه والدار[١] في يده ؛ لأن يد المشتري يد البائع من حيث التقدير ، ولو كان كذلك كان يقضي ببينة الخارج ، والله تعالى أعلم ، انتهى .

نوع آخر في دعوى الخارجين في الملك المطلق :

قال محمد - رحمه الله - : وإذا ادعى رجلان داراً أو عقاراً أو منقولاً في يدي رجل ، فأقام البينة على ما ادعيا ، وأرخا وتاريخهما على السواء ، أو لم يؤرخا يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى والحجة ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً وقول محمد أولاً[٢] قضى لأسبقهما تاريخاً ويكون للتاريخ عبرة ، وعلى قول أبي يوسف أولاً ، وهو قول محمد آخراً يقضى بينهما ولا[٣] يكون للتاريخ عبرة ، هكذا ذكر في «الأصل» .

وذكر في «المنتقى» أنه يقضى لأسبقهما تاريخاً بلا خلاف ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ولم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الأصل» .

وفي «النوادر»[٤] عن أبي حنيفة يقضى بينهما ؛ لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الإنفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات ، فيسقط اعتبار التاريخ ، ويبقى الدعوى في الملك المطلق ، وعلى قول أبي يوسف : يقضى للذي أرّخ ، وعلى قول محمد - رحمه الله - : يقضي للذي لم يؤرخ[٥] .

قالوا : وما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله : أنه يقضي للذي أرخ مستقيم على قوله الآخر : لأن على قوله الآخر : للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق في حالة

---

(١) في (م) و (ب) : في الدار .

(٢) في (م) : ولا .

(٣) في (م) و (ب) : أولاً .

(٤) هي مسائل رويت عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني من غير كتب ظاهر الرواية ، وقد نسبت لرواتها عن الإمام محمد ؛ فقيل : نوادر ابن سماعة ، نوادر هشام الرازي . ولم يذكر المؤلف هنا أي رواية أراد فأعرف بها .

(٥) « فتح القدير » لابن الهمام ١٩ : ٨٣ .

الانفراد كما في حالة الاجتماع ، فيكون المؤرخ أولى ، وأنه مشكل على قوله الآخر وينبغي أن يكون غير المؤرخ أولى ؛ لأنه أسبقهما تاريخاً ، لأنه يدعي أولية الملك ويؤيده أن في فصل الخارج مع ذي[١] اليد إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر كان غير المؤرخ أولى على قوله الآخر على ما مر .

وما ذكر من قول محمد : أنه يقضي لغير المؤرخ إنما يستقيم على قوله أولاً ؛ لأن على قوله الأول : للتاريخ عبرة واعتبار التاريخ يوجب أن يكون غير المؤرخ ههنا أولى ؛ لأن غير المؤرخ سابق ، لأنه يدعي أولية الملك ، وأما على قوله الآخر يجب أن يقضي بينهما ؛ لأن على قوله الآخر : لا عبرة للتاريخ ، حتى قال[٢] : إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي بينهما .

نوع آخر : في دعوى صاحب اليد دارًا أو منقولاً في يدي رجلين ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، يجب أن يعلم بأن العقار أو المنقول إذا كان في يدي رجلين يجعل في كل واحد منهما نصفه ، ويجعل كل واحد منهما مدعياً فيما في يد صاحبه ، مدعى[٣] عليه فيما في يده ، فإذا أقاما[٤] البينة على ما ادعيا : إن لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضى بينهما نصفان .

وفي «الأصل» يقول محمد رحمه الله : يقضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه ، وهذا إشارة إلى أن هذه البينة وقعت معتبرة ، فإنه قال : قضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه ، والمشايخ اختلفوا في هذه البينة على قولين : بعضهم قالوا هذه البينة وقعت لغواً ؛ لأنها لا تقيد ؛ لأنها لا توجب الملك بينهما إلا نصفان ، والملك بينهما نصفان ثابت بحكم يديهما ، وبعضهم قالوا : لا ؛ بل هذه البينة وقعت معتبرة ؛ لأن قبل هذه البينة تترك [اليد][٥] في أيديهما قضاء ترك ، وبعد هذه البينة يترك الدار في أيديهما قضاء

---

(١) في (م) : ذوي .

(٢) في (ب) : حتى إذا قال أرخا .

(٣) في (هـ) : مدعيًا .

(٤) في (ب) : فأقاما .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) ، وفي (ك) : الدار .

استحقاق بالبينة ، فإن كل واحد منهما يصير مقضياً عليه فيما كان في يديه[١] ببينة صاحبه ، حتى إن بعدما قضى القاضي بالدار بينهما نصفان ، لو ادعى أحدهما على صاحبه النصف الذي صار لصاحبه لا يسمع دعواه ؛ لأنه صار مقضياً عليه في ذلك النصف .

وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق ، فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف [آخرًا ، وهو قول محمد أولاً للتاريخ عبرة ، فيقضي لأسبقهما تاريخًا . وعلى قول محمد آخرًا ، وقول أبي يوسف][٢] أولاً : لا عبرة للتاريخ ؛ فيقضى به بينهما .

[وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر ، فعلى قول أبي حنيفة : لا عبرة للتاريخ فيقضى به بينهما][٣] ، وكذلك عندهما على القول الذي لا يعتبران التاريخ ، [وعلى القول الذي يعتبران التاريخ][٤] يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف ، ولغير المؤرخ عند محمد ؛ لأن غير المؤرخ أسبقهما تاريخاً معنى[٥] .

نوع آخر في دعوى الخارجين : كل واحد منهما يدعي فعلاً على صاحبه من غصب أو إجارة أو إعارة مع دعوى الملك المطلق ، وفي دعوى أحدهما ذلك الفعل على صاحبه والحكم فيه أنه إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه فعلاً مع دعوى الملك المطلق بأن ادعى أن صاحبه غصبه منه ، أو ادعى أنه أعاره منه أو أودعه منه ، فإنه يقضي بالعين بينهما ؛ لاستوائهما في الدعوى والحجة .

فإن ادعى أحدهما فعلاً على صاحبه مما ذكرنا وصاحبه ادعى الملك لا غير يقضى ببينة مدعي الفعل ؛ لأن بينته أكثر إثباتاً ، والدار إذا كانت في يدي رجلين يجعل في يد كل واحد منهما نصف الدار ؛ لاستوائهما في اليد على الدار ، لم يجعل كل نصف من الدار بمنزلة دار على حدة ؛ لأن حكم كل نصف يخالف حكم النصف الآخر ؛ لأن كل واحد

---

(١) في (هـ) و (ك) : يده .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) سقط من (ك) .

منهما خارج في يد صاحبه صاحب يد فيما في يده ، وحكم الخارج يخالف حكم ذي اليد في الدعوى وإقامة البينة . انتهى .

جئنا إلى المسائل ، قال محمد - رحمه الله - في الجامع[١] : وإذا كانت الدار في يدي رجلين أقام كل واحد منهما بينة أن الدار له ، [وأقام أجنبي بينة أن الدار له][٢] ، فإن للرجل الأجنبي نصفها ولكل واحد من صاحبي اليد ربعها ؛ لأن في يد كل واحد من صاحب اليد نصف الدار ، وكل نصف بمنزلة دار على حدة ، فيسمي أحد صاحبي اليد أكبر ، ويسمى الآخر أصغر تسهيلاً للتخريج ، فنقول : في يد الأصغر نصف الدار ، ينازع فيه الأصغر والأكبر والأجنبي ، وأقاموا البينة ، وبينة الأصغر فيه غير مقبولة لكونه صاحب يد فيه ، فخرج هو من العين ، يقضى ببينة الأجنبي والأكبر ، وهما مقبولتان لكونهما خارجين من هذا النصف[٣] وقد استويا في الدعوى ؛ لأن كل واحد يدعي جميعه ، واستويا في الحجة ، فيقضي بذلك بينهما ، وفي يد الأكبر نصف الدار أيضاً

(١) « الجامع الكبير » للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، كتاب الدعوى ، باب : من الدعوى والبينات في الغصب وغيره . ص ١٢٠ .

وكتاب « الجامع الكبير » ألفه الإمام محمد في الفروع ، قال الشيخ أكمل الدين : هو كاسمه ، لجلائل مسائل الفقه جامع كبير ، قد اشتمل على عيون الروايات ، ومتون الدرايات ، بحيث كاد أن يكون معجزا ، ولتمام لطائف الفقه منجزا ، شهد بذلك بعد إنفاذ العمر فيه داروه ، ولا يكاد يلم بشيء من ذلك عاروه .

ولذلك امتدت أعناق ذوي التحقيق نحو تحقيقه ، واشتدت رغباتهم في الاعتناء بحلى لفظه وتطبيقه ، وكتبوا له شروحا وجعلوه مبينا مشروحا . انتهى

منها : شرح الفقيه أبي الليث السمرقندي ، وشرح فخر الإسلام البزدوي وشرح القاضي أبي زيد الدبوسي ، وشرح الإمام برهان الدين : محمود بن أحمد صاحب المحيط ، وشرح شمس الأئمة الحلواني ، وشرح شمس الأئمة السرخسي وغيرهم كثير .

كشف الظنون » ١ : ٥٦٧ - ٥٧٠ .

وقد طبع قطعة منه فيما يظهر بتحقيق أبو الوفاء الأفغاني بالهند سنة ١٣٥٦هـ وأعيد تصويره في بيروت سنة ١٣٩٩هـ .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (م) : الصنف . والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

ينازع فيه الأكبر والأصغر والأجنبي وبينة الأكبر غير مقبولة فيه وبينة الأصغر والأجنبي مقبولتان ، فيقضى بذلك النصف بين الأجنبي والأصغر ، فحصل للأجنبي نصف كل واحد من النصفين ، وكان له النصف كملاً ، وحصل لكل واحد من صاحبي اليد نصف النصف الذي في يد صاحبه ، فكان لكل واحد ربع الدار .

ولو أن الأجنبي ادعى على أحد صاحبي اليد بعينه أنه غصب هذه الدار منه ، وباقي المسألة بحالها ، كان ثلاثة أرباع الدار للأجنبي ، وربعها للذي لم يدع عليه الغصب ، وخرج المدعى عليه الغصب من البين ، حتى لو كان دعوى الغصب على الأكبر لا يكون للأكبر شيء من الدار ، ويكون للأجنبي ثلاثة أرباع الدار ، وإنما كان كذلك لأن النصف الذي في يد الأكبر ، بينة الأكبر فيه غير مقبولة ، وبينة الأصغر والأجنبي فيه مقبولتان وقد استويا في الدعوى ، وكذلك استويا في الحجة ؛ لأن كل واحد منهما يدعيه ملكاً مطلقاً من غير دعوى الفعل على صاحبه ، فيقضي بذلك بينهما ، وأما النصف الذي في يد الأصغر فبينة الأصغر فيه غير مقبولة ، وكذلك بينة الأكبر فيه غير مقبولة ؛ لأن الأكبر مع الأجنبي خارجان في ذلك النصف ، وقد ادعى الأجنبي على الأكبر فيه فعلاً وهو الغصب ، وفي مثل هذا تقبل بينة مدعي الفعل ، ولا تقبل بينة مدعى عليه الفعل ، فيقضى بهذا النصف للأجنبي بكماله وقد أصابه نصف النصف الآخر ، فصار له ثلاثة أرباع الدار من هذا الوجه .

وفي «الجامع» : رجل في يديه دار أقام رجل عليه بينة أنها داره ، وأقام رجل آخر البينة أنها داره غصبها منه هذا المدعي الآخر ، فإنه يقضي بالدار للمشهود له بالغصب ، لأنهما خارجان تنازعا في الملك المطلق وادعى أحدهما الفعل وهو الغصب على صاحبه ، وكذلك لو كان مكان دعوى الغصب دعوى الإيداع .

ولو أن رجلين في أيديهما دار أقام رجل أجنبي بينة أنها داره غصبها منه هذا الأكبر ، وأقام الأكبر بينة أنها داره غصبها منه هذا الأجنبي ، وأقام الأصغر بينة أنها داره ولم يثبت غصبًا على أحد ، فإنه يقضي بنصف الدار للأجنبي نصف ذلك مما في يد الأصغر ، ونصف ذلك مما في يد الأكبر ، والنصف الآخر من الدار بين الأصغر

وبين الأكبر نصفان ؛ لأن الأكبر مع الأجنبي استويا في دعوى ما في يد الأصغر وفي الحجة ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الغصب على صاحبه فيه ، وهما خارجان فيه ، فيقضى بما في يد الأصغر بينهما ، والأصغر مع الأجنبي استويا في دعوى ما في يد الأكبر وفي الحجة أيضاً ؛ لأن كل واحد منهما لم يدع الغصب على صاحبه ، فيقضي بذلك بينهما نصفان أيضاً ، فحصل للأجنبي نصف ما كان في يد كل واحد منهما فيكون لكل واحد منهما ربع الدار ، وصارت هذه المسألة والمسألة الأولى سواء .

ولو أقام الأجنبي بينة أنها داره غصبها منه هذا الأكبر ، وأقام الأكبر بينة أنها داره غصبها منه هذا الأصغر ، [وأقام الأصغر بينة أنها داره][1] ، ولم يدع هو الغصب على أحد ذكر أنه يقضى للأجنبي بثلاثة أرباع الدار ، وللأصغر بربع الدار نصف ما في يد الأكبر ، ولا يقضي للأكبر بشيء ؛ لأن ما في يد الأكبر استوى فيه دعوى الأصغر ودعوى الأجنبي ؛ لأنهما خارجان فيه ادعيا الملك من غير دعوى الغصب على صاحبه ، فاستويا فيه دعوى وحجة ، فيقضي بذلك بينهما ، وما في يد الأصغر بطل فيه دعوى الأكبر ببينة الأجنبي على الأكبر ، لأن الأجنبي ادعى الغصب فيه على الأكبر ، والأكبر لم يدع على الأجنبي [مثل ذلك ؛ لأن الأجنبي يدعي الغصب الأصغر دون الأجنبي ، ويقضي بذلك للأجنبي][2] .

قال : وليس للأكبر أن يأخذ ما أخذ الأصغر منه بأن يقول للأصغر أثبت أنا عليك غصب جميع الدار ؛ لأن من حجة الأصغر أن يقول للأكبر : إنما أثبت الغصب على ما في يدي ، لا فيما في يدك ؛ لأني لا أكون غاصباً لما في يدك ، وما كنت غاصباً فيه فقد أخذت بقضاء ، وما في يدي الآن فإنما أخذته منك أيها الأكبر وأنت ما أثبت الغصب عليّ في ذلك .

ولو أقام الأجنبي بينة أنها داري غصبها مني هذا الأكبر وأقام الأكبر بينة أنها داري غصبها مني [هذا الأصغر ، وأقام الأصغر بينة أنها داري غصبها مني][3] هذا الأجنبي ،

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

قال : يقضي للأجنبي بالنصف الذي في يد الأصغر ، [ويقضي للأصغر بالنصف الذي في يد الأكبر ، وخرج الأكبر من البين ؛ لأن ما في يد الأكبر بطل دعوى الأجنبي فيه بدعوى الأصغر][1] الغصب على الأجنبي ، وإقامته البينة عليه فصار كأن الأجنبي لم يدعه ، فيقضى به للأصغر ، وما في يد الأصغر بطل دعوى الأكبر فيه بدعوى الأجنبي الغصب على الأكبر وإقامته البينة عليه ، فكأن الأكبر لم يدعه ، فيقضى به للأجنبي .

ولو أقام الأجنبي بينة أنها داري غصبها مني هذا الأكبر ، [وأقام الأكبر بينة أنها داري غصبها مني هذا الأجنبي][2] ، وأقام الأصغر بينة أنها داري غصبها مني هذا الأجنبي ، فإنه يقضى للأصغر بالنصف الذي في يد الأكبر ؛ لأن دعوى الأجنبي قد بطل فيه بدعوى الأصغر الغصب فيه على الأجنبي ، وإقامته البينة على ذلك ، ويقضى بالنصف الذي كان في يد الأصغر بين الأكبر والأجنبي نصفان ؛ لأنه استوى فيه دعوى الأكبر والأجنبي ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الملك فيه لنفسه ، وادعى الغصب فيه على صاحبه ، فيقضي بينهما .

ولو أقام الأكبر بينة أنها داري غصبها مني هذا الأصغر وأقام الأصغر ، بينة أنها داري غصبها مني هذا الأكبر والأصغر[3] ، فللأجنبي نصف الدار ، والنصف الآخر بين الأكبر والأصغر نصفان .

حكي عن القاضي الإمام أبي عاصم العامري[4] أنه قال ما ذكر من الجواب غلط وقع من الكاتب ، وينبغي أن يقضى بجميع الدار للأجنبي ؛ لأن الأجنبي أبطل دعوى

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) زيادة من (هـ) .

(٣) في (م) و (ب) زيادة : والأصغر .

(٤) أبو عاصم : هو الإمام محمد بن أحمد ، القاضي في دمشق ، كان مقره في دمشق في المدرسة النورية ، صنف « المبسوط » في نحو ثلاثين مجلداً . والعامري : نسبة إلى عامر بن لؤي ، وعامر بن صعصعة ، وعامر بن عدي ، وعامر بطن من قيس علان .

« الجواهر المضية » ٣: ٨٤ ، و ٤: ٥٨ ، « الفوائد البهية » ص ١٦٠ .

كل واحد منهما ، وبينته بإثباته الغصب عليهما ، وواحد منهما لم يبطل الأجنبي وبينته ؛ لأنه لم يثبت الغصب عليهما[١] ، فيبطل دعواهما وبينتهما ، ونفي الأجنبي وبينته ، فيقضي بجميع الدار للأجنبي من هذا الوجه ، وعامة المشايخ على أن ما ذكر في «الكتاب» صحيح .

ووجه ذلك : أن الأجنبي لما ادعى الغصب عليهما كان مدعياً على كل واحد منهما ؛ لأنه يدعي الغصب فيه على صاحبه ، أما الأكبر فظاهر ، وأما الأجنبي ؛ فلأنه لا يدعي الغصب على الأكبر فيما في يد الأصغر ، إنما يدعي الغصب فيه على الأصغر ، فيقضي بذلك النصف بين الأكبر والأجنبي نصفان ، وأما النصف الذي في يد الأكبر تنازع فيه الأصغر والأجنبي ، وقد استويا فيه دعوى وحجة ؛ لأن كل واحد منهما لا يدعي الغصب فيه على صاحبه على نحو ما بينا في طرف الأصغر ، فيقضي بذلك النصف بين الأجنبي والأصغر نصفان ، فحصل للأجنبي نصف الدار ، ولصاحب[٢] اليد نصف الدار من هذا الوجه ، وكان ما ذكر في «الكتاب» صحيحاً ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) في (ب) : عليهما .

(٢) في (هـ) : لصاحبي .

الفصل الرابع
في دعوى المِلك في الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة وما أشبه ذلك

فنقول : هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضاً :

الأول : في دعوى الخارجين ؛ وأنه على وجهين : إما أن يدعيا تلقي الملك من جهة اثنين ، [أو من جهة واحد ، صورة ما إذا ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين :][1] .

قال محمد في «الأصل» : دار في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد يدعي أنها داره ، ورثها من أبيه فلان ، وأقاما على ذلك بينة ، فإن لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء ، بأن قال كل واحد منهما [مثلاً : مات أبي منذ سنة وترك هذه الدار ميراثاً لي ، فإنه يقضى بالدار بينهما ؛ لأن كل واحد منهما][2] يثبت الملك لمورثه في الدار أولاً ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه ، فكأن مورثيهما حضرا وادعيا مِلكاً مطلقاً لأنفسهما ، والعين في يد الثالث ، وهناك يقضي بالعين بينهما نصفان ، فههنا كذلك .

وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة ، وتركها ميراثاً له ، [وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثاً له][3] ، وفي هذا الوجه على قول أبي حنيفة آخراً على ما ذكر في «المنتقى» ، وفي[4] قول أبي يوسف آخراً على ما ذكره في « الأصل » ، وهو قول محمد أولاً على ما رواه

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٤) في (هـ) و (ك) : وهو .

ابن سماعة[١] عنه ، يقضي لأسبقهما تاريخاً ؛ لأن للتاريخ عبرة على هذه الأقاويل ، وأسبقهما تاريخاً أثبت الملك لنفسه في وقت لا مزاحم له فيه ، فيكون هو أولى ، كما إذا ادعيا الشراء من اثنين ، وأقاما البينة وأرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق ، وهناك يقضي لأسبقهما تاريخاً بلا خلاف ، وطريقه ما قلنا .

وعلى قول محمد آخراً ، وهو قول أبي يوسف أولاً يقضي بينهما ؛ لأن كل واحد من الوارثين يثبت الملك لمورثه أولاً ، ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه ، ولا تاريخ في ملك المورثين ، فكأن المورثين حضرا وادعيا الملك لأنفسهما من غير ذكر تاريخ ، وهناك يقضي بينهما ، حتى لو أرخا ملك المورثين ، وتاريخ ملك أحدهما أسبق كان هو أولى من الآخر ، هكذا رواه هشام[٢] عن محمد .

وأما إذا ادعيا الشراء من رجلين ، وأرخا الشراء وتاريخ أحدهما أسبق ، فقد روي عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك البائعين يقضي بينهما نصفين كما في فصل الميراث ، فعلى هذه الرواية لا يحتاج محمد - رحمه الله - إلى الفرق بين الشراء وبين الميراث وفي ظاهر رواية محمد في فصل الشراء ، يقضي لأسبقهما تاريخاً ، فعلى ظاهر الرواية ، محمد يحتاج إلى الفرق بين فصل الميراث وفصل الشراء .

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سماعة بن عبيد بن هلال التميمي حدَّث عن الليث بن سعد وأبي يوسف ومحمد بن الحسن وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد ، وروى الكتب والأمالي .
ولد سنة ١٣٠ ، وكان يصلي في كل يوم مئتي ركعة ، وولي القضاء للمأمون ببغداد ، بعد موت يوسف بن أبي يوسف ، فلم يزل على القضاء إلى أن ضعف بصره فعزل ، وضم عمله إلى إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ، ولما مات قال ابن معين : « اليوم مات ريحانة أهل الرأي » له كتاب : أدب القاضي ، وكتاب المحاضر والسجلات ، توفي سنة ٢٣٣ ، وله ١٠٣ سنوات . والله أعلم .
« تاريخ بغداد » ٥ : ٣٤١ « السير » ١٠ : ٦٤٦ « الجواهر المضية » ٣ : ١٦٨ « تاج التراجم » ص ٢٤٠ « الفوائد البهية » ص ١٧٠ .

(٢) هشام بن عبيد الله الرازي الفقيه ، أحد أئمة السنة ، وكان من بحور العلم . كان يقول : لقيت ألفاً وسبعمئة شيخ ، أصغرهم عبد الرزاق ، وخرج مني في طلب العلم سبعمئة ألف درهم .
قال أبو حاتم: صدوق ، وما رأيت أحدًا أعظم قدرًا ، ولا أجل من هشام بن عبيد الله بالري ، وأبي مسهر الغساني بدمشق . مات سنة ٢٢١ .
« الجواهر المضية » ٣: ٥٦٩ ، « سير أعلام النبلاء » ١٠ : ٤٤٦ ، « لسان الميزان » ٨: ٣٣٥ « معجم المؤلفين » ١٣ : ١٤٩ ، « الفوائد البهية » ص ٢٢٣ .

والفرق: وهو أن ملك المشتري حادث يثبت بسبب حادث وهو الشراء، فكل واحد من المشتريين يثبت لنفسه ملكاً حادثاً لا تعلق له بملك البائع، فمن أثبت لنفسه الملك في وقت لا ينازعه فيه أحد كان هو أولى، فأما ملك الوارث فهو ليس بملك جديد، بل هو عين ما كان ثابتاً للمورث؛ لأن الوراثة عقد خلافة، ولا تاريخ في ملك المورثين، فلهذا افترقا.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الأصل»، وذكر صاحب «الأقضية» عن بشر أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يقضي للمؤرخ.

وذكر شيخ الإسلام خُوَاهَرزاده أن على قول أبي حنيفة رحمه الله يقضي بينهما نصفين، [وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يقضي للمؤرِّخ، وعلى قول محمد يقضي لغير المؤرِّخ][1].

وذكر شمس الأئمة السرخسي[2] أنه يقضى بالدار بينهما نصفان بالاتفاق، هكذا ذكر الطحاوي[3] - رحمه الله -.

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك).

(٢) شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، صاحب « المبسوط » تخرج بعبد العزيز الحلواني، وأملى المبسوط وهو في السجن تفقه عليه أبو بكر محمد بن إبراهيم الحصيري وغيره، وكان عالماً أصولياً مناظراً، وشاع عنه أنه أملى المبسوط من حفظه، وله كتاب في أصول الفقه جزآن ضخمان، وشرح السير الكبير في جزأين ضخمين أملاهما وهو في الجب فلما وصل إلى باب الشروط حصل الفرج فأطلق، مات في حدود الخمسمئة.
« الجواهر المضية » ٣: ٧٨، « تاج التراجم » ص ٢٣٤ « الأعلام ٥: ٣١٥. « معجم المؤلفين » ٨: ٢٣٩.

(٣) أبو جعفر، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي نسبة إلى طَحَا، قريةٍ بصعيد مصر. الإمام، الفقيه، الحافظ، المحدث. صاحب التصانيف الفائقة، والأقوال الرائقة، والعلوم الغزيرة، والمناقب الكثيرة.
ولد في ٢٣٨، وسمع هارون بن سعيد الإربيلي، وأبا خازم القاضي، وغيرهما.
وروى عنه خلقٌ كثير، منهم: أبو محمد عبد العزيز بن محمد التميمي الجوهري، قاضي الصعيد، وأحمد بن القاسم بن عبد الله البغدادي المعروف بابن الخشاب الحافظ، وابنه أبو الحسن علي بن أحمد، وكان ثقة، ثبتاً، نبيلاً، انتهت إليه رياسة أصحاب أبي حنيفة في زمنه، ولم يخلف بعده مثله.
قال أبو عمر ابن عبد البر: كان الطحاوي كوفي المذهب، وكان عالماً بجميع مذاهب الفقهاء.
وقال الذهبي، في « طبقات الحُفاظ »: ناب في القضاء عن أبي عبد الله بن عبدة قاضي مصر بعد السبعين ومائتين.
وصنف الطحاوي كتباً مفيدة، منها: « أحكام القرآن » في نيف وعشرين جزءاً، و « معاني الآثار » وهو أول تصانيفه، و « بيان مشكل الآثار » وغيرها. توفي رحمه الله تعالى سنة ٣٢١.
« الجواهر المضية » ١: ٢٧١، « تاج التراجم » ص ١٠٠، « الطبقات السنية » ٢: ٤٩، « لسان الميزان» ١: ٦٢٠، « الفوائد البهية » ص ٣١.

فما ذكر في «الأقضية» من قول أبي حنيفة إشارة إلى أن للتاريخ عبرة عند حالة الانفراد في دعوى تلقي الملك من جهة اثنين [وهذا قوله الأول ثم رجع ، وقال : لا عبرة للتاريخ في دعوى تلقي الملك من جهة اثنين][1] حالة الانفراد ، وما ذكر شيخ الإسلام من قول أبي حنيفة قوله الآخر ؛ لأن على قوله الآخر التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار في هذه الصورة ، فصار ذكره والعدم بمنزلة ، أو نقول كل واحد منهما يثبت الملك لمورثه ، ثم يثبت الانتقال من مورثه ، ولا تاريخ في ملك المورثين ، فكأنهما حضرا وادعيا الملك لأنفسهما مطلقاً ، وهناك يقضي بينهما كذا ههنا .

وما ذكر شيخ الإسلام من قول أبي يوسف مستقيم على قوله الآخر ؛ لأن على قوله الآخر للتاريخ عبرة ، فيكون المؤرخ أولى ، لما لا يستقيم على قوله الأول ؛ لأن على قوله الأول لا عبرة للتاريخ فيقضي بينهما كما رواه بشر[2] رحمه الله .

وما ذكر شيخ الإسلام من قول محمد رحمه الله : أنه يقضى لغير المؤرخ مستقيم على قوله الأول ؛ [لأن على قوله الأول][3] للتاريخ عبرة وغير المؤرخ أسبقهما تاريخاً ؛ معني لأنه يدعي الملك المطلق [بطريق الخلافة عن المثبت ودعوى الملك المطلق][4] دعوى الملك من الأصل .

وما ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : أنه يقضى بينهما بالاتفاق[5] بين أبي حنيفة ومحمد ، على قول أبي حنيفة آخراً ؛ لأن على قول أبي حنيفة آخرًا : لا عبرة للتاريخ [حالة الانفراد في هذه الصورة ، فصار ذكره كلا ذكر ، وعلى قول محمد : التاريخ][6] في ملك الوارثين لا في ملك المورثين ، وكل واحد من الوارثين يثبت الملك لمورثه أولاً ثم يثبت

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ك) : بشر عن أبي يوسف .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

(٥) في (هـ) : أراد به الاتفاق .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

الانتقال من مورثه إلى نفسه ، فكأن المورثين حضرا وادعيا لأنفسهما ملكاً مطلقاً ، وهناك يقضي بالدار بينهما فههنا كذلك .

وإذا ادعيا الشراء من اثنين والدار في يد الثالث ، فإن لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء ، قضي بالدار بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو على ما ذكرنا من الميراث أيضاً .

صورة ما إذا ادعى الخارجان تلقي الملك من جهة واحد : دار في يدي رجل ادعاها رجلان ، كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ، فإن أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرخا ، فالدار بينهما نصفان ؛ لأنهما استويا في الدعوى والحجة[1] ويتخير كل واحد منهما ؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء جميع الدار لنفسه ، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف ، فيخير كل واحد منهما ، إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن الذي سماه شهوده ، وإن شاء ترك ، فإن رضي أحدهما وأبى الآخر ، وذلك بعدما يخيرهما القاضي وقضى لكل واحد منهما بالنصف ، [فليس للذي رضي به إلا النصف ؛ لأن القاضي حين خيرهما وقضى لكل واحد منهما بالنصف فقد فسخ بيع كل واحد منهما في النصف][2] ، فلا يعود بيع أحدهما [بعد ذلك بترك صاحبه المزاحمة معه .

قال : إلا أن يكون ترك المنازعة قبل أن يقضي القاضي بشيء فحينئذ تكون الدار للآخر بجميع الثمن .

وإن أرخا وتاريخ أحدهما][3] أسبق ، فالسابق أولى ؛ لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد ، فثبت شراءه من ذلك الوقت ، وتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى ، قيل : إنما جعلنا المؤرخ أولى تقليلاً لنقض ما هو ثابت .

---

(١) « فتح القدير » للسرخسي ١٩ : ٨٥ .

(٢) من قوله : « فليس للذي » إلى قوله : « بالنصف » تكرر في (م) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

بيانه : أنا متى جعلنا المؤرَّخ أولى فقد نقض شراء الآخر لا غير ؛ لأنه لم يثبت بينة إلا الشراء ، ومتى قضينا للذي لا تاريخ له ، نقضنا على صاحب التاريخ شراءه ، وتاريخه بعدما ثبت الأمران بالبينة ، وتقليل نقض ما هو ثابت أولى من تكثيره . وقيل : إنما جعلنا المؤرخ أولى ؛ لأنه أثبت الشراء في وقت لا منازع له فيه .

صورة ما ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر : رجل في يديه دار ، جاء رجل وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلاً آخر ، وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه ، فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخاً ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ، فالمؤرخ أولى لما قلنا[١] .

ومن هذا الجنس مسائل ذكرها في «الزيادات» وصورتها : رجل في يديه دار وعبد ، جاء رجلان وادعى كل واحد منهما أنه اشترى هذه الدار بهذا العبد من صاحب اليد وأقاما البينة ، فالقاضي يخيرهما إن شاءا أخذا العبد بينهما أيضاً ، وإن شاءا تركا الدار وأخذا العبد بينهما ، وغرم صاحب اليد قيمة العبد بينهما ، أما المقضي بالدار بينهما ؛ لأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والشهادة ، والمشهود به قابل للشركة فوجب القضاء بينهما ، وأما الخيار فلأنا إذا قضينا بالدار بينهما ، فقد تفرقت الصفقة[٢] على كل واحد منهما ؛ [لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار ، فلم يسلم لكل واحد منهما][٣] إلا النصف ، وهذا تفرق حصل قبل التمام ؛ لأنه حصل قبل القبض فوجب الخيار ، وإن اختارا أخذا الدار بينهما لما مر ، وأخذا العبد بينهما أيضاً ؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار بكل العبد ، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا نصف الدار ، فكان لكل واحد أن يأخذ نصف العبد ، وإن اختارا أخذ الدار أخذا العبد لكون العبد بدلاً عن الدار ، ويكون العبد بينهما لاستوائهما في الحجة في العبد ، وغرم صاحب اليد

---

(١) « فتح القدير » للسرخسي ١٩: ٨٥ .

(٢) في (م) : « الصفة » ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

قيمة العبد بينهما ؛ لأن كل واحد منهما سلم جميع العبد ثمناً إلى صاحب اليد ، ثبت ذلك ببينة كل واحد منهما ، فعند الفسخ يستحق كل واحد منهما جميع العبد ، وقد عجز صاحب اليد عن تسليم جميع العبد إلى كل واحد منهما ، فيغرم قيمة العبد بينهما ، ليسلم لكل واحد منهما جميع العبد معنى .

فإن قيل : كيف يغرم صاحب العبد قيمة العبد بينهما ، وإنه صار مشترياً من كل واحد منهما كل العبد بالدار ، وقد استحق عليه نصف ما اشترى من كل واحد منهما حين قضى به لصاحبه ، واستحقاق المشتري من يد[1] المشتري يمنع وجوب القيمة عليه عند الفسخ ؟

قلنا : نعم ، ولكن هذا الاستحقاق ثبت بحكم إقراره ؛ لأن كل واحد من المدعيين ببينته أثبت إقرار صاحب اليد بملك العبد له حين اشتراه منه بالدار ، واستحقاق المشتري من يد المشتري بإقراره يقتصر عليه ولا يتعدى إلى غيره ، وإذا لم يثبت الاستحقاق في حق كل واحد منهما ، [رجع كل واحد منهما][2] عند الفسخ بقيمة ما عجز عن تسليمه .

وإن كانت الدار في أيدي المدعيين والباقي بحاله ، فكذلك الجواب ، يثبت الخيار لكل واحد منهما ، وإن تفرقت الصفقة على واحد منهما بعد التمام بالقبض ، إلا أن هذا التفريق أوجب عيباً في الباقي ؛ لأن الشركة في الأعيان عيب ، والعيب يوجب الخيار .

وإن كانت الدار في يد أحد المدعيين والباقي بحاله قضي بالدار لصاحب اليد ؛ لأن شراءه أسبق ؛ لأن القبض يدل على سبق الشراء ؛ لأن الإنسان إنما يتمكن من القبض في وقت لا منازع له فيه ، ولأن سببه أقوى ؛ لأن سببه شراء اتصل به القبض ، وبالقبض يتأكد الشراء ، والقضاء بالمؤكد أولى ، ولأن صاحب اليد يحتاج إلى إثبات الاستحقاق على المدعى عليه لا غير ، وفي بينته يوجب ذلك ، فأما الخارج فإنه يحتاج إلى إثبات الاستحقاق على المدعى عليه وعلى ذي اليد ، لينقضي قبضه ، وليس في بينته ما يوجب

---

(١) في (ك) : يدي .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

الاستحقاق على ذي اليد ؛ لأن ذلك إنما يكون بسبق شرائه ، ولم يثبت ذلك ببينته ، ولا يكون له الخيار ؛ لأنه سَلَّم له جميع ما اشترى ، ويكون كل العبد للآخر ؛ لأنه أثبت تسليم كل العبد إليه ثمن الدار ، ولم يُسَلِّم إليه شيء من الدار ، فيرجع عليه بجميع العبد .

ولو قال المدعى عليه لصاحب اليد : إن عوض الدار لم يسلم لي ، بل استحق ببينته الخصم الآخر ، فأنا أرجع عليك بالدار ، لا يلتفت إليه ؛ لأن العبد استحق بما ليس بحجة في حق صاحب اليد [لترجح بينة صاحب اليد على بينة الآخر ، فلم يظهر الاستحقاق في حق صاحب اليد][1] ، يرجح بينة صاحب اليد على بينة الآخر ، فلم يظهر الاستحقاق في حق صاحب اليد ، وصار كما لو استحق عليه بإقراره .

وهو نظير كافر باع داره من مسلم بعبد ، واستحق العبد من يد بائع الدار ببينته[2] لا يرجع على المسلم بشيء ، وإنما لا يرجع لما قلنا .

هذا إذا ادعيا الشراء مطلقاً فأما إذا ادعيا الشراء مؤرخاً وأقاما البينة على ذلك ، وتاريخ أحدهما أسبق قضى لأسبقهما تاريخاً ، سواء كانت الدار في يد المدعى عليه أو في أيديهما أو في يد أحدهما لأيهما كان ؛ لأنه أثبت شراءه في وقت لا منازع له فيه ، فيثبت شراؤه في من ذلك الوقت ، ومن ضرورة ثبوت شرائه من ذلك الوقت بطلان شراء الآخر ، وبطلان قبضه بعده ، ويقضى بالعبد للآخر لما قلنا قبل هذا .

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إن كانت الدار في يد المدعى عليه ، يقضي بالدار للذي أرخ ؛ لأن الشراء أمر حادث ، فيحال مطلقه على أقرب الأوقات[3] ، والذي لم يؤرخ أثبت شراءه للحال [في وقت لا منازع له فيه ، فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ، ومن ضرورة ثبوت شرائه من ذلك الوقت بطلان شراء الآخر وبطلان قبضه بعده ويقضي بالعبد للآخر ؛ لما قلنا قبل هذا .

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) : ببينته كافرة .

(٣) ذكر السرخسي في « المبسوط » ١٦ : ١٧٠ هذا التعليل .

فلهذا لا يستحق شيئاً من الزيادة المتولدة من المبيع قبل هذا ، والمؤرِّخ سابق عليه ، ألا ترى أنه يستحق الزيادة المتولدة من وقت التاريخ فكان أولى لهذا ، بخلاف دعوى الملك المطلق من اثنين على ثالث ، والعبد في يد الثالث إذا أرخ أحدهما فيه دون الآخر ، حيث كانا على السواء على قول أبي حنيفة على أصح الروايات عنه ؛ لأن هناك ملك المؤرخ ثبت من وقت التاريخ بلا شبهة ، وملك الآخر ثبت من الأصل مع الاحتمال ، فيحتمل التقدم على المؤرِّخ والمتأخر عنه فيجعل مساوياً .

أما في دعوى الشراء من الواحد أقر بالملك للبائع ، والملك إذا ثبت يبقى إلى أن يوجد الناقل ، والمؤرخ أثبت النقل في زمان لا يزاحمه غيره فيه بيقين ، وفي نقل الآخر احتمال ، والمحتمل لا يعارض المتيقن ، أما في الملك المطلق بخلافه على ما مر .

وإذا قضينا بالدار للمؤرخ قضينا بالعبد للآخر على ما مر ، ولا خيار لواحد منهما ؛ لأن موجب الشراء سلم لأحدهما وموجب الفسخ سلم للآخر ، فانعدم الموجب للخيار .

وإن كانت الدار في يد الذي لم يؤرخ [شهوده والباقي بحاله ، يقضي بالدار للذي لم يوقت ؛ لأن تاريخ المؤرخ إن][1] دل على سبق شرائه على نحو ما بيَّنَا ، فقبض الذي لم يؤرخ يدل على سبق شرائه من حيث إن الإنسان إنما يتمكن من القبض في وقت لا منازع له فيه فتعارضا ، إلا أن دليل السبق في حق الذي لم يؤرخ القبض وأنه معاين ، وفي حق المؤرخ التاريخ ، وأنه مخبر[2] فيه ، وليس الخبر كالمعاينة .

ولو استوى الدليلان لا يجوز نقض قبض صاحب اليد بالشك ، فكيف إذا ترجح دليل صاحب اليد ، ولأن القبض يؤثر في الشراء تأكيداً له ، والتاريخ لا يؤثر[3] ، والترجيح بالمؤثر أولى من الترجيح بغير المؤثر ، وكذلك إذا كان للذي لم يؤرخ قبضاً

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : مخير .

(٣) سقط من (ب) .

مشهوداً به كان أولى ؛ لأن قبضه ثبت بالبينة ، والثابت بالبينة كالثابت عياناً ولو عاينا قبضه كان هو أولى فههنا كذلك .

وإن شهد شهود الذي لم يؤرخ على إقرار البائع بالشراء والقبض ، قضي لصاحب التاريخ ؛ لأن الثابت بالبينة ههنا إقرار البائع بالقبض لا نفس القبض ، فصار كأنهما عاينا إقرار البائع بذلك ، [ولو عاينا إقرار البائع بذلك][1] لا يصدق في حق صاحب التاريخ فههنا كذلك .

والفقه في ذلك : أن الاحتمال في بينة صاحب الوقت من وجهين ، من حيث إنهم صَدَقَةٌ أو كَذَبَةٌ ، [ومن حيث إن عقده يحتمل أن يكون سابقاً أو لاحقاً ، والاحتمال في بينة صاحب الإقرار من وجوه ثلاثة : من حيث إنهم صَدَقَةٌ أو كَذَبَةٌ ، و][2] من حيث إن بائعه صادق في إقراره أو كاذب في إقراره ، ومن حيث إن عقده يحتمل أن يكون سابقاً ، ويحتمل أن يكون لاحقاً ، فكان القضاء ببينة صاحب الوقت أولى .

ولو كان لأحدهما قبض مشهود به ، وللآخر قبض معاين ، فالذي له قبض معاين أولى لرجحان العيان على الخبر .

وإن شهد شهود كل واحد منهما على الشراء والقبض معاينة ، أو على إقرار البائع ، وأرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ، إن كانت الدار في يد البائع ، فصاحب التاريخ أولى ، وإن كانت الدار في يدي الذي لم يؤرخ شهوده ، فهو أولى بحكم القبض المعاين ، وإن كانت الدار في يد المشتري ، وأقاما البينة على الشراء والقبض معاين ، أو على إقرار البائع بالقبض ، وأرخ شهود أحدهما دون الآخر قضى بالدار بينهما نصفين ، والعبد لهما أيضاً .

أما القضاء بالدار بينهما[3] فلأن في يد كل واحد منهما نصف الدار ، فالنصف الذي في يد صاحب التاريخ له فيه تاريخ وقبض معاين ، وليس للآخر في ذلك شيء ، فصار

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) قوله : « نصفين والعبد لهما أيضًا ، أما القضاء بالدار بينهما » تكرر في (ب) .

هو أولى به ، والنصف الذي في يد غير صاحب التاريخ له فيه قبض معاين ، وليس للآخر فيه إلا التاريخ ، فصار صاحب القبض أولى ، وأما العبد لهما لأن كل واحد منهما أثبت على المدعي[١] شراء جميع الدار بالعبد ، ولم يسلم له إلا[٢] نصف الدار ، وكان له الرجوع في نصف العبد ، فكذلك[٣] صار العبد لهما أيضاً ، ويخيران أيضاً لعيب الشركة .

قال محمد رحمه الله عقيب هذه المسائل : وتاريخ القبض [في هذا بمنزلة تاريخ الشراء ، حتى لو كانت الدار في يد البائع وشهد شهود كل واحد من المدعيين على الشراء والقبض][٤] ، وأرخوا القبض دون الشراء وتاريخ أحدهما أسبق ، بأن شهد شهود أحدهما أنه اشترى هذه الدار بهذا العبد وقبضها منذ عشرة أيام ، كان صاحب القبض السابق أولى ؛ لأن سبق التاريخ في القبض دليل سبق التاريخ في العقد ، ولأن العقد متى ثبت بالبينة وهناك قبض يجعل القبض عن العقد ، وكان سبق التاريخ في القبض دليلاً على سبق التاريخ في العقد ، وسبق التاريخ في الشراء يوجب الترجيح ، فكذا سبق التاريخ [في القبض .

وكذلك إذا كانت الدار في يد صاحب الوقت اللاحق قضى بها لصاحب الوقت السابق لما قلنا في الشراء .

وإن أرخ أحدهما في القبض دون الآخر والدار في يدي البائع ، قضى لصاحب التاريخ][٥] ، وإن كانت الدار في يدي الذي لم يؤرخ ، فهو أولى لما قلنا في الشراء . هذا كله إذا كان العبد في يد المدعى عليه ، فأما إذا كان العبد في يد المدعيين ، والدار في يد المدعى عليه والباقي بحاله ، فالدار بينهما ، والعبد بينهما ويخيران لما مر ، فإن أمضيا العقد فالدار بينهما لما مر .

---

(١) في (هـ) : المدعى عليه .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) في (هـ) و (ك) : فلذلك .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

فإن قيل : ينبغي أن يؤمر بتسليم العبد إلى المدعى عليه ؛ [لأن موضوع المسألة فيما إذا كان العبد في يد المدعيين ، فلم يسلما إلى المدعى عليه ، وقد سلم لكل واحد منهما من المدعيين نصف الدار من جهة المدعى عليه فينبغي أن يسلم له من جهة كل واحد من المدعيين نصف العبد .

قلنا : إنما لم يؤمرا بتسليم العبد إلى المدعى عليه][1] ؛ لأنهما لو أمرا به ثبت لهما حق الاسترداد من ساعته ، فلا يقيد الأمر بالتسليم .

بيانه : أن كل واحد منهما أثبت ببينته أن المدعى عليه صار مشترياً جميع العبد بكل الدار ، فلو أمرا بتسليم العبد إليه صار بائع الدار قابضاً من كل واحد منهما جميع العبد بجهة الشراء ؛ لأن المشتري[2] بأي طريق ما وصل يعتبر واصلاً من جهة الشراء ، ولم يسلم لكل [واحد منهما[3]][4] من جهته إلا نصف الدار ، فكان لكل واحد منهما حق الرجوع عليه من العبد ، فلم يفد الأمر بالتسليم من هذا الوجه ، فلهذا لا يؤمر بذلك .

وإن اختار فسخ العقد كان العبد بينهما نصفين ، ولا يغرم المدعى عليه قيمة العبد بينهما بخلاف المسألة الأولى .

والفرق : أن هناك كل واحد من المدعيين ببينته أثبت تسلم[5] كل العبد إلى المدعى عليه بجهة الثمنية فعند الفسخ يستحق الرجوع بجميع العبد ، فلم يسلم لكل واحد جميع العبد معنى ، أما ههنا : فلم يسلم كل واحد منهما شيئاً من العبد إلى المدعى عليه ، يستحق[6] الرجوع به عند[7] الفسخ ، ليرجع بالقيمة عند سلامة العين ، فلهذا افترقا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (هـ) زيادة : إذا وصل إلى المشتري .

(٣) قوله : « منهما » غير موجود في (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والزيادة من (هـ) و (ب) و (ك) .

(٥) في (ب) : فسلم .

(٦) في (هـ) : ليستحق .

(٧) في (هـ) : عند سلامة العين .

نوع آخر من هذا الفصل : في دعوى الخارج مع ذي اليد بسبب من جهة غيرهما وإنه على وجهين : أما إن ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة ، فالحكم فيه : أنهما إذا أرخا وتاريخهما على السواء ، أو لم يؤرخا ، فذو اليد أولى ، لأنهما استويا في إثبات الشراء ولأحدهما يد ، والشراء يتأكد باليد ، فكان صاحب اليد ، وأنه يثبت آكد الشرائين أولى ، وإن أرخ أحدهما ، فكذلك ذو اليد أولى ، بخلاف ما إذا كانت الدار في يد البائع ، ولأحد المدعيين تاريخ ، حيث كان المؤرخ أولى[1] ؛ لأن هناك إنما صار المؤرخ أولى تقليلاً لنقض ما هو ثابت ، وتقليل النقض ههنا في جعل صاحب اليد أولى .

بيانه : أننا إذا قضينا لصاحب التاريخ ههنا ، احتجنا إلى نقض شراء ذي اليد مع يده ، ويده ثابتة معاينة ، ومتى قضينا لصاحب اليد احتجنا إلى نقض شراء الآخر ، وتاريخه ثابت بالبينة ، والثابت معاينة[2] فوق الثابت بالبينة ، فكان نقض الثابت معاينة أكثر من نقض الثابت بالبينة ، فإذاً في الموضعين يقضي بتعليل نقض ما هو ثابت .

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق كان أسبقهما تاريخاً أولى ، [أما إذا كان أسبقهما تاريخاً ذو اليد ، فلأنه أولى من غير التاريخ ، فأولى أن يكون أولى][3] مع التاريخ ، وأما إذا كان أسبقهما الخارج اعتباراً للسبق الثابت بالبينة بالسبق الثابت معاينة ، ولأنه أكثر إثباتاً .

وإن ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين ، فإنه يقضي للخارج ، بخلاف ما إذا ادعيا التلقي من واحد ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء ، أو أرخ أحدهما دون الآخر حيث يقضي لذي اليد .

والفرق أنهما إذا ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين ، فكل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ، فكأن البائعين حضرا وادعياه ملكاً مطلقاً والدار في يد أحدهما فأقام البينة ، وهناك الخارج أولى ، فههنا كذلك .

---

(١) في (هـ) : أولاً .

(٢) في (ب) : معانية .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

فأما إذا ادعيا التلقي من جهة واحدة ، فكل واحد منهما لا يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ؛ لأن الملك لبائعهما ثابت بتصادقهما ، وإنما يحتاج كل واحد منهما إلى إثبات الانتقال إلى نفسه بسبب الشراء ، وذو اليد ببينته يثبت آكد الشراءين والقضاء بالآكد أولى إذا تعذر الجمع .

نوع آخر من هذا الفصل في دعوى صاحب[1] اليد تلقي الملك من جهة غيرهما ، وأنه على وجهين :

إن ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما على السواء ، يقضي بالعين بينهما ، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر يقضي بالدار بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخاً ، وإن ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين ، فكذلك الجواب على التفصيل الذي قلنا فيما إذا ادعيا التلقي من جهة واحدة[2] .

نوع آخر من هذا الفصل في ذكر تاريخ الشراء مع الجهالة :

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الدعوى : رجلان اختصما في دار في يد أحدهما ، فأقام المدعي بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنة ، وأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنة وأكثر ، ولا يحفظون الفضل ، فالبينة بينة المدعي . وهذا مشكل على قول من يعتبر التاريخ ؛ لأن شهود ذي اليد أرّخوا أكثر مما أرخ شهود الخارج ، وإن لم يبينوا قدره ، فينبغي أن يترجح شهادة شهوده بهذا .

والجواب المنقول عن المشايخ المتقدمين : أنهم إذا لم يقدِّروا الفضل ولم يحفظوه ، كانت شهادتهم على المجهول فيما يرجع إلى الفضل ، ولم تقبل شهادتهم على الفضل ، بقيت شهادتهم على سنة وقد استوت البينتان فيه فيقضى به للمدعي ، وكذلك إذا شهد شهود المدعى عليه[3] أنه اشتراها من فلان منذ سنة أو سنتين وشكّوا في الزيادة ، قضي للخارج ؛

(١) في (هـ) : صاحبي .

(٢) النص بعينه في « تكملة حاشية ابن عابدين » ١٢ : ٢٧ معزواً للكتاب .

(٣) في (م) : المدعي . والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

لأن الزيادة على السنة[١] [لم تثبت بالشك ، بقيت الشهادة على السنة][٢] ، وقد استوت البينتان فيها ، فيقضى للخارج .

قال ﷺ : وإنه مشكل ؛ لأنه عند استواء البينتين في التاريخ يقضي ببينة ذي اليد ، وهو النوع المذكور قبل هذا بنوع ، ولكن الوجه[٣] الصحيح في هذا أن يقال : بأن شهود صاحب اليد شهدوا على أنفسهم بالسهو والغفلة ، وشهادة المغفل لا تقبل ، فلغت شهادة شهود ذي اليد من كل وجه ، وصار كأنه لم يقم البينة أصلاً .

ولو وقت شهود أحدهما سنتين وشهود الآخر سنة وأكثر ، ولا يحفظون الفضل أو وقت شهود الآخر سنة أو سنتين ، وشكوا في الزيادة ، فالبينة بينة من يثبت سنتين ، إن كان المثبت لسنتين المدعي فبالاتفاق ، وإن كان المثبت لسنتين صاحب اليد ، فعلى قول من يعتبر سبق التاريخ كذلك ؛ لأنه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد ، وعلى قول من لا يعتبر التاريخ يقضي للخارج[٤] .

نوع آخر من هذا الفصل[٥] : في دعوى الخارجين تلقي الملك من جهة صاحب اليد وأقر صاحب اليد لأحدهما :

في «نوادر هشام»[٦] قال : سألت محمداً - رحمه الله - عن غلام في يدي رجل ادعى رجل أنه اشتراه من صاحب اليد بألف درهم منذ سنة ، وأقام رجل آخر بينة أنه اشتراه من صاحب اليد [بمائة دينار منذ خمسة أشهر وصاحب اليد يقول][٧] : بعته من

---

(١) في (هـ) : الزيادة .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) سقط من (هـ) .

(٤) سقط من (هـ) .

(٥) قوله : « من هذا الفصل » سقط من (ك) .

(٦) هو كتاب للإمام محمد بن الحسن ، من غير كتب ظاهر الرواية المشهورة ، رواه عنه هشام بن عبيد الله الرازي ، فنسب إليه .

انظر « تاج التراجم » ص ٢٣٨ .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

صاحب المائة ، وقضى القاضي بالغلام لصاحب الألف لما أن وقته أول ، وسلم الغلام إليه ، ثم وجد به عيباً ورده على المقضي عليه بقضاء القاضي ، فجاء صاحب المائة وقال : أنا أخذ الغلام ، لأنك أقررت أنك بعته مني ، وصاحب اليد يأبى ويقول : القاضي فسخ العقد بيني وبينك ، لا يلتفت إلى قول صاحب الغلام ، ولا يكون قضاء القاضي بالغلام لصاحب الألف فسخاً للبيع بمائة ، ويكون لصاحب المائة أن يأخذ الغلام بإقرار البائع أنه باعه منه ولم يبعه من ذلك .

وإن قال البائع لصاحب المائة : خذ الغلام وأبى هو فللبائع أن يلزمه .

وإن قال صاحب المائة حين قضى القاضي بالغلام لصاحب الألف وقام من مجلس القاضي قد فسخت البيع بيننا ، لم يكن فسخاً إلا أن يقول البائع : أجبتك إلى ذلك ، أو يفسخ القاضي العقد بينهما .

نوع آخر من هذا الفصل[1] : في دعوى الرجلين كل واحد منهما البيع على صاحبه ، أو الشراء على صاحبه ما يجب اعتباره في هذا النوع لتخريج المسائل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : أنه متى تنازع اثنان في عين ، ادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم ، أو ادعى أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم ، وأنكر صاحبه وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى ولم يؤرخا ، فإنه تهاترت البينات ، سواء كان المبيع في يد أحدهما أو في يد ثالث ، والثالث محجوب[2] ، [وسواء شهد الشهود بالشراء والقبض ، أو شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض][3] ، وسواء كان الثمنان على السواء أو كان أحدهما أنقص من الآخر ، إلا أن المبيع إذا كان في يد أحد المدعيين ، فإنه يترك في يده قضاء ترك على الروايات كلها ، وإذا كان في يد ثالث ذكر في بيوع «الجامع» في باب القصير[4] أنه يقضي بالعين المدعي بين المدعيين نصفان إن كان لا يقضي بالعقدين ، وذكر في باب الطويل أنه يترك في يد الثالث قضاء ترك .

---

(١) قوله : « من هذا الفصل » سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : يجحد .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) و (هـ) .

(٤) هل يريد بالقصير : الجامع الصغير . وبالطويل - القادم ذكره - : الجامع الكبير ؟ فليتأمل .

وما يجب اعتباره لتخريج هذا النوع من المسائل على قول محمد : أن المبيع إذا كان في يد أحد المدعيين شهد الشهود بالعقد دون القبض ، فإن القبض المعاين يجعل أولاً ، كان ذا اليد اشترى أو لا ، وقبضه ثم باع ولم يسلم ، فيؤمر بالتسليم ويجب لكل واحد منهما على صاحبه ما ادعى من الثمن ويتقاصان إذا كانا على السواء .

وإن شهدوا بالعقد والقبض ، فإنه يجعل القبض المعاين آخراً ، كان الخارج اشترى أو لا ، وقبضه ثم باعه من صاحبه وسلم ، فيقضي بالبيع لذي اليد ، يعتبر هكذا إذا كان في اعتبار القبض المعاين آخر القبض بحكم هذه العقود المشتبهة ، تصحيح البيوع كلها رواية واحدة ، وأما إذا كان في جعله آخر القبض فساد بعض البيوع ، وفي جعله أول القبوض[1] [من تصحيح البيوع كلها ، ذكر في أول باب الطويل : أنه يجعل آخر القبوض على قوله ، وذكر في آخر باب الطويل أنه يجعل أول القبوض][2] ، قالوا : وليس في المسألة اختلاف الروايتين ، لكن ما ذكر في أول الباب جواب القياس ، وما ذكر في آخره جواب الاستحسان .

فأما إذا كان المبيع في يد الثالث والمسألة بحالها ، إن ادعى كل واحد منهما من الثمن مثل ما ادعاه صاحبه ، فعلى قوله : يقضي بالمبيع بين المدعيين نصفان ، سواء شهد الشهود بالعقد والقبض أو شهدوا بالعقد ولم يشهدوا بالقبض ، إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض يقضى لكل واحد منهما بنصف الثمن على صاحبه ، ومتى شهدوا [بهما فإنه يقضي لكل واحد منهما بجميع الثمن على صاحبه ثم يتقاصّان ، وإن كان أحد الثمنين أنقص من الأخر ، إن شهدوا][3] بالعقد دون القبض ، فإنه يجوز عقد كل واحد منهما في النصف ، ويبطل في النصف ، وإن شهدوا بهما فإنه يقضي لكل واحد منهما بما ادعى من العقد على صاحبه في الجميع ، ويقدم أولاً بيع الذي ادعى أنه باع بخمسمائة ، وترتب عليه بيع الذي ادعى أنه باعه بألف ، فحاصل ما يجب اعتباره في تخريج مسائل هذا الباب على قوله هذا .

---

(١) في (ب) و (ك) : المقبوض .

(٢) سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

إذا عرفنا الرواية جئنا إلى بيان المعنى ، فنقول : على قول محمد رحمه الله : إذا كان المبيع في يد أحدهما وشهد الشهود بالعقد دون القبض إنما يجعل القبض المعاين أولاً ؛ لأن الشهود شهدوا بأصل التاريخ بين هذين العقدين ، إن لم يشهدوا بكيفيته ؛ لأن كل فريق شهد بالعقد في وقت غير الوقت الذي شهد به الآخر ؛ لأن الوقت لو كان واحداً لكانا لا يشهدان ؛ لأن العقدين يكونان باطلين ، إلا أنهم لم يثبتوا السابق منهما ، فجعلنا شراء الذي له قبض معاين سابقاً حكماً ؛ لأن السبق في باب الشراء مما يثبت بالقبض ، كما لو ادعيا الشراء من ثالث ، ولأحدهما يد يجعل شراؤه سابقاً على ما مر قبل [هذا][1] ، و[2]لأن في تقديم شراءه تصحيح الشراءين وليس في تقديم شراء الخارج تصحيح الشراءين ، بل فيه إفساد شراء ذي اليد منه ، لأن الشهود لم يشهدوا بالقبض ، فيصير الخارج بائعاً المشتري المنقول قبل القبض ، وإنه لا يجوز ، وأما إذا شهدوا بالعقد والقبض ، فإنما يجعل القبض المعاين آخر المقبوض ؛ لأن الأصل أن القبض إذا ثبت عقيب عقد يحال به على [ذلك العقد ؛ لأنه ظهر سببه ، والحكم متى ثبت عقيب سبب فإنما يحال به][3] على ما ظهر من السبب لا على غيره ، ولأن أي الشراءين قدمناه يصح العقدان ، فيقدم شراء الخارج حتى لا يحتاج إلى نقض القبض المعاين بالشك ولأن في هذه الصورة السبق في باب الشراء مما يثبت بالقبض ، وقبض الخارج سابق ؛ لأنه منقض ؛ فإن الانقضاء دليل السبق ، والقيام دليل التأخير ، هذا إذا كان في جعل القبض المعاين آخراً في هذه الصورة تصحيح العقود ، فأما إذا كان في جعله آخراً إفساد بعض العقود [وفي جعله أولاً تصحيح العقود كلها ، القياس : أن يجعل آخراً على قوله ، وفي الاستحسان يجعل أولاً .

وجه القياس : أن هذا قبض وجد عقيب الشراء ، فيجب أن يكون قبض شراء وإن كان فيه إفساد بعض العقود][4] ، كما لو شهدوا بالعقد دون القبض ، ولأن السبق فيما يثبت

---

(١) غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) في (ب) : أو .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

بالقبض في باب الشراء، فيثبت سبق الشراء بسبق القبض، وقبض الخارج سابق؛ لأنه منقض، وقبض ذي اليد متأخر؛ لأنه قائم، وإذا كان قبضه متأخراً[١] كان شراؤه متأخراً.

وجه الاستحسان: أن القبض الموجود عقيب الشراء، إنما يجعل قبض الشراء من حيث الظاهر لا بدليل يوجب ذلك، وكذلك انقضاء القبض يدل على السبق من حيث الظاهر لا بدليل يوجب ذلك، وقد قابل هذا الظاهر ظاهر آخر، فإن الظاهر من حال المسلم العاقل أنه يقدم على العقد الصحيح دون الفاسد، والعمل بهما متعذر لما بينهما من التنافي، فكان العمل بالظاهر الذي فيه تصحيح العقود كلها أولى من العمل بالظاهر الذي فيه إفساد بعض العقود، بخلاف ما إذا شهدوا بالعقد دون القبض؛ لأن الشهود لم يشهدوا للخارج بالقبض، ولا يمكن إثبات القبض من غير شهادة ولا معاينة، فشراء الخارج إن اعتبر أولاً يفسد بعض العقود أيضاً، وهو شراء ذي اليد؛ لأن الخارج يصير بائعاً ما اشترى قبل القبض.

وأما إذا كان المبيع في يد الثالث إن كان الثمنان على السواء يقضي بينهما نصفان، سواء شهدوا بالعقد والقبض أو بالعقد دون القبض؛ لأنه تعذر القضاء بالعقدين؛ لأنه إنما يمكن القضاء بالعقدين إذا أمكن تقديم[٢] أحدهما على الآخر، وههنا التقديم إنما يثبت إما بالقبض المعاين، أو بأن يكون في تقديم بعض البيوع تصحيح جميع العقود، وفي تقديم البعض إفساد البعض، فيقدم ما فيه تصحيح الكل؛ إذ الأصل في تصرف العاقل أن يحمل على وجه الصحة[٣].

قلنا: وكل ذلك معدوم ههنا؛ لأنه ليس لأحدهما قبض معاين، وأي العقدين قدمناه إذا كان الثمنان من جنس واحد، يجوز إذا شهد الشهود بالعقد والقبض؛ لأن كل واحد منهما يصير بائعاً ما اشترى من صاحبه بعد القبض قبل نقد الثمن[٤] وأنه جائز، وإذا تعذر

(١) في (م) و (ب): متأخر.

(٢) في (م): تمكين. والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك).

(٣) في (ك): الصحيح.

(٤) في (ك): قبل هذا الثمن بمثل الثمن.

التقدم وجب القضاء بالمبيع بينهما نصفان ، إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض ، فإنه يقضي لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الثمن ، لأن كل واحد منهما إنما سلم نصف المبيع ، فلا يستحق إلا نصف الثمن ، ومتى شهدوا بهما ، فإنه يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بجميع الثمن ؛ لأنه يثبت بالبينة العادلة أن كل واحد منهما سلم جميع المبيع إلى صاحبه ، فيستحق جميع الثمن .

وإن كان أحد الثمنين أنقص من الآخر ؛ إن لم يشهدوا بالقبض فإنما يجوز بيع كل واحد منهما [في النصف ؛ لأن كل واحد منهما][1] إنما قدر على تسليم نصف المبيع لا غير .

وإن شهدوا بالعقد والقبض[2] فإنه يقضى بالعقدين ؛ لأنه إن تعذر تقديم أحدهما على الآخر من حيث القبض المعاين ، أمكن من حيث أنّا إذا قدمنا شراء الذي اشترى بخمسمائة يصح شراء الآخر منه بعد ذلك ؛ لأنه يصير مشترياً ما اشترى من صاحبه بعد القبض بأكثر من الثمن الأول قبل نقد الثمن ، وأنه جائز ، فيجوز العقد[3] .

والمعنى لأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لم يثبت سبق أحد الشرائين بعينه على الآخر ؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك ، ولا يجوز أن يثبت السبق بالقبض ، إنما يثبت ذلك إذا ادعيا الشراء من واحد ، وأما إذا ادعياه من اثنين لا يثبت السبق بالقبض ، بل يقضي بالعين بينهما نصفين ، وههنا إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل من غير الذي ادعاه صاحبه ، فلا يثبت الشراء[4] بالقبض ، ولا يجوز إثبات سبق شراء ذي اليد تحريًا لجواز الشراءين ؛ لأن التقدم[5] بهذا الاعتبار إنما يثبت من حيث الظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع ، ولا يثبت حجة للاستحقاق .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) من قوله : « فإنما يجوز بيع » إلى قوله : « بالعقد والقبض » تكرر في (م) .

(٣) في (هـ) و (ك) : العقدان .

(٤) في (هـ) : السبق .

(٥) في (ك) : التقديم .

وإذا تعذر إثبات الشراءين تتهاتر البينتان ، وكذلك إذا شهدوا بالشراء والقبض تتهاتر البينتان أيضاً ؛ لأن تقديم شراء الخارج ههنا لو ثبت [إنما يثبت][1] من الظاهر على ما قال ، والظاهر يصلح حجة للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق .

وإذا تعذر التقديم يتعذر القضاء بهما ، فتتهاتر البينتان ضرورة ، وهذا إذا لم يؤرخا ، فإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ، فكذلك الجواب .

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق إن كان أسبقهما تاريخاً الخارج وقد شهدوا بالقبض مع الشراء ، قضي بالعقدين ، ويقضي بالدار[2] لآخرهما تاريخاً ، وهو صاحب اليد .

وإن شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض ، ذكر شيخ الإسلام : أنه يقضي بالدار لذي اليد ، وهل يقضي بالعقدين ؟ على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : يقضي ، وعلى قول محمد : لا يقضي .

إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسائل ، فنقول : وضع محمد رحمه الله في «الجامع» المسألة في الشراء أولاً ، فقال : دار في يدي رجل ادعاها رجل ، أنه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ، وأقام البينة على ذلك ، [وادعى ذو اليد أنها داره اشتراها من المدعي بألف درهم وأقام البينة على ذلك][3] ، فالمسألة على الاختلاف والتفصيل الذي ذكرنا .

ثم وضع المسألة في البيع ، فقال[4] : دار في يدي رجل أقام رجل البينة أنها داره باعها من ذي اليد بألف درهم ، وأقام ذو اليد بينة أنها داره ، باعها من هذا المدعي بألف درهم ، فعلى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف تتهاتر البينتان لما قلنا[5] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) : « بالآخر » ، والمثبت من (ب) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) . والمسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٦٣ .

(٤) من قوله : « فالمسألة على . . . » إلى قوله : « فقال » تكرر في (ب) .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ١٤ : ١١٦ .

وقد أشار محمد - رحمه الله - في « الكتاب » إلى نكتة أخرى لهما : أن كل واحد منهما أثبت إقرار صاحب الدار له ؛ لأن كل مشترٍ مقر أن الملك فيما اشترى لبائعه ، بمنزلة ما لو ادعى كل واحد منهما الإقرار من جهة صاحبه ، فإن قيل على قياس قولهما : يجب أن تقبل البينتان إذا شهد كل فريق لمدعيه بالبيع والقبض ؛ لأنه لا حاجة ههنا إلى القضاء بالبيع والتسليم ، وإنما الحاجة إلى القضاء بالثمن .

هذا كما ذكرنا في عبد في يد رجل أقام رجل بينة أنه باعه من ذي اليد بألف درهم ، وأقام رجل آخر بينة أنه باعه من ذي اليد بألف درهم ، فإنه يقضى لكل واحد منهما على ذي اليد بجميع الثمن ، وطريقه ما قلنا .

هذا هكذا إذا صح دعوى كل واحد منهما ، وهنا لم يصح للتضاد ؛ لأن كل واحد منهما ادعى على صاحبه مثل ما ادعى صاحبه عليه ، فصار وجوده والعدم بمنزلة .

دار في يدي رجل يسمى محمداً ، وادعى رجل يسمى بكراً أن الدار داره اشتراها من هذه المرأة « ادعى على صاحبه مثل ما ادعى صاحبه عليه »[1]][2] بألف درهم ، وادعت المرأة أنها دارها اشترتها من بكر ، وادعى محمد أنه اشتراها من بكر ، وأقاموا جميعاً البينة ، إلا أن الشهود لم يؤرخوا ، ولم يشهدوا بالقبض ، إنما شهدوا بالشراء ، فعلى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف : بينة المرأة وبينة بكر باطلتان ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الشراء من صاحبه ، ويقبل بينة محمد ؛ لأنه تفرد بإقامة البينة ، ولا دافع لبينته ، فتقبل بينته ، ويقضي بالدار شراء من بكر ، ويقضي عليه بالثمن لبكر .

فإن قيل : كيف يقضي بشراء محمد من بكر ولم يثبت الملك لبكر؟

قلنا : مِلْك بكر ثبت بإقرار محمد تلقي الملك من جهة بكر ، وهذا الإقرار منه صحيح ، لكونه صاحب يد . ثم بينة محمد تثبت شراء محمد من بكر[3] ، وعلى قياس

(١) ما بين قوسين سقط من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) . والمسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٦ : ١٧٢ .

(٣) في (ك) : « أبي بكر » ، وهو سبق قلم من الناسخ .

قول محمد تقبل بينة بكر على المرأة ، ويقضى بالدار له شراء من جهة المرأة ، وتقبل بينة محمد على بكر ، وتبطل بينة المرأة على بكر ؛ لأن الدار كانت في يد محمد من حيث الحقيقة إلا أنها من حيث الحكم والتقدير كأنها في يد بكر ؛ لأن محمداً يقر بأن اليد والملك في هذه الدار كان لبكر ، وأنه استفاده من جهة بكر ، ولم يدع بكر مثل ذلك ، حتى يبطل إقرار محمد للتعارض والتدافع من جهة محمد ، فصح إقرار محمد لبكر ، ولو كانت الدار في يد بكر حقيقة ، كان الجواب على نحو ما بينا : أن بينة المرأة وبينة بكر باطلتان ، وبينة محمد مقبولة .

وإن كانت الدار في يد المرأة والباقي بحاله ، فعلى قولهما : البينات كلها باطلة ، أما بينة المرأة على بكر ، وبينة بكر على المرأة [فلا إشكال فيه ، وأما بينة محمد على بكر][(١)] ففيه نوع إشكال ، ويجب أن تقبل بينة محمد على بكر ؛ لأنه ادعى حادثاً وأثبته بالبينة ، ولا دافع لبينته .

قلنا : محمد أثبت الشراء ببينته من بكر ، إلا أن قبض بكر ما اشترى من المرأة لم يثبت ، فصار بكر بائعاً ما اشترى قبل القبض .

فإن قيل : ثبت قبض بكر بإقرار المرأة ، فإنها أقرت أنها تلقت الملك من جهة بكر ، فتكون مقرة[(٢)] أنها استفادت الملك واليد من جهة بكر ، فيجعل كون الدار في يد المرأة ؛ لكون الدار في يد بكر كما في الفصل الأول[(٣)] .

قلنا : إن إقرارها لم يصح لما ادعى بكر أنه تلقى الملك من جهته ، ولا يثبت قبض بكر بإقرار المرأة .

فإن قيل : كيف يستقيم أن يقال هذا لهما ، وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما[(٤)] ، ومحمد وضع المسألة في العقار .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) و (ك) : ككون .

(٣) أي من كتاب الدعوى الذي هو موضوع الرسالة .

(٤) « المبسوط » للسرخسي ١٣: ١١ .

قلنا : اختلف عبارة المشايخ في هذا المقام ، فعبارة بعضهم : أنه يحتمل أن محمداً حين فرّع هذه المسألة وطال تفريعها على حسب ما يرى ، حسب أنه وضع المسألة في المنقول .

ومنهم من قال : إنما فرع هذا على قياس قول أبي حنيفة و[أبي يوسف الأول ، فبيع العقار قبل القبض على قول][(١)] أبي حنيفة الأول لا يجوز ، ومحمد لم يثبت قول أبي حنيفة الأول في بيع العقار قبل القبض في شيء من الكتب ؛ إنما أثبته في «الجامع» في هذه المسألة .

ومنهم من قال : أراد[(٢)] - رحمه الله - التفريع على قياس قولهما لو كانا لا يريان جواز بيع العقار قبل القبض .

فإن قيل : إن[(٣)] استقام ما ذكر محمد من الحكم على قولهما على ما ذكرتم من التأويلات إلا أن التعليل الذي ذكر محمد في «الكتاب» لهما أن شراء محمد من بكر لم يصح ؛ لأنه اشترى من بكر قبل القبض لا يصح ؛ لأن امتناع جواز شراء محمد من بكر عندهما ما كان لعدم القبض ، وإنما كان لعدم الملك ؛ لأن بينة بكر على المرأة لما بطلت لم يثبت الملك لبكر ، لا بالبينة ولا بإقرار المرأة على ما بينا .

قلنا : بطلان بيع محمد من بكر له علتان ، أحدهما : ما ذكر محمد ، والثانية : ما ذكرنا أنه لم يثبت الملك لبكر ، والحكم إذا كان له علتان ، جاز للمعلل أن يذكر إحداهما ويترك الأخرى ؛ لأن إحداهما يكفي لإثبات الحكم ، هذا كله قولهما .

وأما على قول محمد : يجوز شراء المرأة من بكر وشراء بكر من المرأة .

وأما إذا شهدوا بالعقد [والقبض ، وكان الدار في يد محمد وباقي المسألة بحالها ، فالجواب فيه عندهما كالجواب فيما إذا لم يشهدوا بالقبض إنما شهدوا بالعقد][(٤)] لا غير . وعند محمد يقضى بالبيوع[(٥)] كلها ، وهكذا الجواب فيما إذا كان الدار في يد بكر ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (هـ) : أراد محمد .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٥) في (م) و (ك) : البيع .

وأما إذا كانت في يد المرأة ، فإن على قول محمد : يحكم بجواز البيوت كلها ، وعلى قولهما يقبل بينة بكر ومحمد ، ولا يقبل بينة المرأة .

قالوا : وما ذكر أن على قولهما بينة البكر مقبولة مشكل ، وينبغي أن لا تقبل بينته كما في الفصلين الأولين[١] ، وهو ما إذا كانت في يد محمد ، أو[٢] في يد بكر .

والجواب - وهو الفرق بين هذا الفصل وبين الفصلين الأولين - : بينة بكر مما لا يثبت جواز شراء محمد منه ؛ لأن شراء محمد منه يجوز من غير بينة متى كان الدار في يد بكر بظاهر يده ؛ لأن اليد تدل على الملك ، وكذلك إذا كانت الدار في يد محمد ببينة][٣] بكر لا يثبت جواز شراء محمد منه ؛ لأن محمداً مقر أن اليد في هذه الدار كانت لبكر لما ادعى محمد تلقي الملك من جهة بكر ، وصح هذا الإقرار من محمد لما قلنا ، فصار كون الدار في يد محمد ، وكونها في يد بكر سواء ، فهو معنى قولنا : إن بكراً ببينته لا يثبت جواز شراء محمد منه في الفصلين . والمرأة كذلك ببينتها لا يثبت جواز شراء محمد ، فكانت بينة بكر مساوية معارضة لبينتها فبطلتا .

فأما إذا كانت الدار في يد المرأة فبينة بكر تثبت جواز شراء محمد منه ؛ لأنه متى لم يقم لبكر بينة على الشراء من المرأة ، لا يجوز شراء محمد من بكر ؛ لأن الدار ليست في يد بكر ، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار ، بإقرار المرأة أن اليد كانت لبكر حيث ادعت تلقي الملك من جهة بكر ؛ لأن إقرارها قد بطل لما أقر بكر لها بمثل ذلك . وإذا لم يثبت لبكر يد في هذه الجملة[٤] بوجه ما متى لم تقبل بينته على المرأة لا يجوز شراء محمد من بكر ، وكان في قبول بينة بكر جواز شراء محمد ، وترجحت بينته على بينة المرأة ولم يقع التعارض بينهما ، فقبلت بينته لهذا .

عبد في يدي حر ، أقام مكاتبٌ البينة أنه عبده ، باعه من هذه المرأة بألف درهم ، وأقامت المرأة بينة أنه عبدها باعته من هذا المكاتب بعشرة أكرار حنطة وسط ، وأقام الحر[٥] بينة أنه عبده

---

(١) أي من كتاب الدعوى الذي هو موضوع الرسالة .

(٢) في (ب) : « و » .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (ب) و (هـ) : الحالة .

(٥) سقط من (ب) .

اشتراه من هذا المكاتب بهذا الوصف ، إلا أنهم لم يشهدوا بالقبض ، فإن في قياس قول أبي حنيفة بينة المكاتب وبينة المرأة باطلتان لما مر ، وبينة الحر مقبولة ، ويقضى بالعبد[1] للحر شراء من المكاتب ، وعلى قول محمد تقبل بينة المرأة على المكاتب ، وتقبل بينة الحر على المكاتب ، ولا تقبل بينة المكاتب على المرأة ؛ لأن العبد في يد المكاتب حكماً واعتباراً .

ولو كان في يده حقيقة يجعل قبضه أول القبضين ، وإنما يكون أول القبضين إذا كان بيع المرأة سابقاً على بيع المكاتب ، كأنها باعت منه وقبض المكاتب ثم أثبت الحر ببينته أنه اشتراه من المكاتب ، والمكاتب ببينته أثبت أنه باعه من الحر ، فتكون بينة الحر أولى ؛ لأن الحر أشبه المدعيين ؛ لأنه ثبت الملك واليد لنفسه ، والمكاتب يثبت الملك لغيره ، ولأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة .

ولو عاينا أن الحر اشترى من المكاتب ، ثم ادعى المكاتب أنه باعه من المرأة لا تسمع بينته ؛ لأنه يسعى في نقض ما تم به ، ولأن الحر ببينته أثبت إقرار المكاتب أنه باع العبد منه ، والمكاتب ببينته أثبت إقرار نفسه أنه باعه من المرأة ، ولأن الحر ببينته أثبت أنه اشترى من المكاتب ، والمكاتب ببينته يثبت الإقرار .

ولو ادعت المرأة الشراء من المكاتب والحر كذلك ، كانت بينة الحر أولى ؛ لأن له قبض كذا ههنا ، وإن كان العبد في يد المكاتب ، فالجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى ، إلا أن ههنا يحتاج المكاتب إلى تسليم العبد إلى الحر .

ولا يجيء ههنا بعض علل المسألة الأولى ، وهي العلة الأخيرة وإنما يجيء العلل البواقي . وإن كان العبد في يد المرأة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف البيوع كلها باطلة لوقوع التعارض بين البينات .

فإن قيل : كان يجب أن يقبل بينة المرأة لأن لبينة المرأة زيادة رجحان ؛ لأنها تثبت جواز بيع المكاتب من الحد ، قلنا ليس كذلك لأن الشهود لم يشهدوا بالقبض ، فيصير الحر مشترياً من المكاتب قبل القبض .

---

(١) سقط من (ك) .

فإن قيل : كان ينبغي أن يقبل بينة الحر ؛ لأنه لا دافع لبينته ، قلنا : نعم لا دافع لبينته ، إلا أنها قامت على إثبات شراء فاسد ؛ لأنه لما بطلت بينة المرأة المكاتب ، فهو على قولهما للتعارض لم يثبت[1] للمكاتب ملك ، ولئن ثبت الملك للمكاتب بإقرار المرأة أنها باعت منه ، إلا أنه لم يثبت القبض من المكاتب لما بينا ، بخلاف الفصلين الأولين على ما مر .

أما على قياس قول محمد : تقبل بينة المكاتب على المرأة ، ثم تقبل بينة المرأة على إثبات البيع من المكاتب ، ولا تقبل بينة الحر على إثبات الشراء من المكاتب ، وأما إذا شهدوا بالعقد والقبض ، والعبد في يد الحر ، فإن على قولهما : بينة المرأة والمكاتب باطلتان للتعارض ، وبينة الحر على المكاتب مقبولة ، وأما على قول محمد : البينات كلها مقبولة ، ويقضى بالبيوع كلها .

وإن كان العبد في يد المكاتب وباقي المسألة بحالها فالجواب فيه عندهما كالجواب في الفصل الأول ، وعند محمد : الجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى .

وإن كان العبد في يد المرأة وباقي المسألة بحالها ، فعلى قولهما : بينة المكاتب على المرأة باطلة ، وبينة المرأة على المكاتب جائزة ، وبينة الحر على المكاتب جائزة ، وما ذكر أن بينة المرأة على المكاتب جائزة مشكل اعتباراً بالفصلين الأولين ، إلا أن الفرق بينهما : أن في الفصلين الأولين بينة المرأة إنما بطلت ؛ لأنها ساوت بينة المكاتب ؛ ولأنها تثبت بيعها من المكاتب ، ولا تثبت جواز شراء الحر من المكاتب جائز وإن لم تثبت بيع المرأة ؛ لأن العبد في يد المكاتب ، إما حقيقة أو[2] تقديراً أو[3] اعتباراً أو تعذر العمل بهما فبطلتا .

فأما ههنا في بينة المرأة على المكاتب زيادة إثبات ، فإنها تثبت حقاً للحر ، وهو جواز شرائه من المكاتب ، فإنه متى كان العبد في يد المرأة لا يجوز شراء الحر من المكاتب ما لم يثبت بيع المرأة من المكاتب ؛ لأنه باع ما ليس في يده ولا ملكه ، فترجحت بينة المرأة فصارت أولى .

---

(١) في (ب) : لم يثبت من المكاتب .

(٢) في (هـ) : « و » .

(٣) في (هـ) : « و » .

وأما على قول محمد جاز البيوع كلها لما عرف من أصله على طريق الاستحقاق[١] ، فإن كان الحر لم يقم البينة على الشراء ، لكن أقام البينة أنه باع العبد من المكاتب بمائة دينار ، والباقي بحاله ، قبلت بينته ، ولا تقبل بينة المكاتب على المرأة ، ولا بينة المرأة على المكاتب عندهم جميعاً .

أما عندهما فلما مر ، وأما عنده : فكذلك ، وينبغي أن يقضى ببينة[٢] المرأة من المكاتب عند محمد ، ولا يقضي[٣] الحر من المكاتب ، قياساً على مسألة أخرى ذكرها محمد في بيوع «الجامع» أيضاً في باب الشهادات في البيوع في الاثنين والواحد .

وصورتها[٤] : رجل في يديه عبد ادعى أن هذا العبد عبده ، باعه من هذه المرأة بألف درهم ، والمرأة تجحد ذلك وتدعيه لنفسها ، وأقام المدعيان البينة على ما ادعيا ، فإنه يقضى ببيع المدعي الذي ليس العبد في يده من المرأة ؛ لأنهما ادعيا بيع العبد من المرأة ، وادعيا فيه ملكاً مطلقاً والعبد في يد أحدهما ، فكذلك ههنا يجب أن يقضي ببيع المرأة من المكاتب ؛ لأن الحر مع المرأة ادعيا البيع من المكاتب وادعيا في العبد ملكاً والمرأة خارج ، فإن العبد ليس في يدها ، والحر ذو اليد ، فمن المشايخ من يجعل في المسألة روايتان ، ومنهم من يفرق بين المسألتين .

والفرق : أن ثمة الذي ليس العبد في ملكه[٥] يحتاج إلى إثبات ملكه في العبد بالبينة ، ليجوز بيعه ؛ لأن الملك له في العبد غير ثابت ، وذو اليد أثبت كذلك أيضاً ، إلا أن المذهب عندنا : أن بينة الخارج أولى .

فأما ههنا فالمرأة الخارجة مستغنية عن إثبات الملك لنفسها في العبد ، ليجوز بيعها ؛ لأن الملك لها ثابت في العبد بإقرار الحر ، فكان بينة كل واحد منهما مشروعة على إثبات البيع ،

---

(١) في (هـ) : الاستحسان .

(٢) في (هـ) : ببيع .

(٣) في (ب) : ولا يقضي ببيع الحر .

(٤) لم تذكر هذه الصورة في الباب المذكور في « الجامع الكبير » المطبوع .

(٥) في (هـ) : يده .

لا على إثبات الملك ، فكان بينة ذي اليد أولى ؛ لأن بينته آكد ، ولأنه أثبت بيع شيء في يده ، ويقدر على تسليمه ، والمرأة تثبت بيع شيء لا تقدر على تسليمه ، وإن كان العبد في يد المكاتب والباقي بحاله ، فإن على قولهما : بينة المكاتب والمرأة باطلتان ، وبينة الحر مقبولة ، وعلى قول محمد : يقضى بالعبد كله للمكاتب ، نصفه شراء من جهة المرأة ، ونصفه من جهة الحر ؛ لأن العبد في يده ، وقد تنازع فيه خارجان يدعي كل واحد منهما أنه باعه من المكاتب ، وأقام البينة ولا مزية لأحدى البينتين على الأخرى .

فإن قيل : لماذا قدم محمد بيع الحر وبيع المرأة من المكاتب ، ولم يقدم بيع المرأة من المكاتب ؟

قلنا : لأن الأصل عنده أن الشهود متى لم يشهدوا بالقبض يجعل القبض المعاين أول المقبوض بحكم البيع ، وإنما يصير أول المقبوض إذا قدمنا على هذا الوجه ، ويقضي لكل واحد منهما على المكاتب بنصف الثمن لما عرف بائعاً جميع العبد من المرأة ، فيؤمر المكاتب بتسليم العبد إلى المرأة ، ولا خيار للمكاتب .

وإن اشترى من كل واحد جميع العبد وقد سلم له النصف ؛ لأن خياره سقط بالبيع من المرأة ؛ وكان يجب أن يقضي على المكاتب لكل واحد منهما بجميع الثمن ؛ لأن العبد مسلم إلى المكاتب .

ذكر هذه المسألة في باب الشهادات في البيوع من «الجامع»[1] ، ووضعها في الدار ، فقال : دار في يدي رجل ، أقام رجل البينة أنها داره باعها من ذي اليد بألف درهم ، وأقام رجل آخر بينة أنها له داره باعها من ذي اليد بمائة دينار ، فالشراء لازم للمشتري ، وعليه الثمنان .

قال مشايخنا ولا يتهيأ الفرق ، فيجعل ما ذكر في باب الشهادات جواب الاستحسان ، وما ذكر ههنا جواب القياس .

---

(١) لم ترد المسألة في الباب المذكور من « الجامع الكبير » الذي بأيدينا ، وكأن الأمر راجع إلى اختلاف النسخ والروايات .

وجه القياس[١] : أن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك فيما باع عند المنازعة ، وقد نازعهما ذو اليد في ذلك ، فيقبل بينتهما ، وإذا قبلت بينتهما فقد استحق كل واحد منهما نصف ما باع بينة صاحبه ، فصار كل واحد منهما [باع جميع العبد ، إلا أنه استحق منه النصف ، فيسقط عنه نصف الثمن في حق كل واحد منهما .

وجه الاستحسان : أنه لم يستحق على كل واحد منهما شيء][٢] مما باع من المشتري ؛ لأن كل حاجة كل واحد من البائعين في هذه الصورة إلى إثبات الملك[٣] على المشتري ، لا إلى إثبات [الثمن على المشتري ، ولا إلى إثبات][٤] الملك فيما باع ؛ لأن الملك فيما باع يحتاج إليه ليقدر[٥] البائع على تسليمه ، فيستوجب الثمن على المشتري .

فإذا كان المبيع في يده استغنى كل واحد من البائعين على تسليم ما باع ، فاستغنى عن إثبات الملك لنفسه ، وبينة المدعي إنما تسمع فيما يحتاج إلى إثباته ، لا فيما لا يحتاج إلى إثباته ، وإذا لم يسمع بينة كل [واحد من البائعين على إثبات الملك فيما باع ، لم يصر كل واحد من البائعين مستحقاً عليه في شيء مما باع ، فتقرر جميع الثمن لكل واحد منهما على المشتري ، وإن كان المبيع شيئاً واحداً ؛ لأن اجتماع الثمنين في ذمة المشتري بسبب مبيع][٦] واحد جائز على سبيل الترادف ، بأن يشتري من أحدهما ثم يبيعه من الآخر ، ثم يشتري منه .

وإن كان العبد في يد المرأة وباقي المسألة بحالها ، فعلى قولهما : بينة المرأة والمكاتب باطلتان ، [وبينة المرأة والمكاتب باطلتان][٧] وبينة الحر على المكاتب مقبولة ، وعلى قول محمد كذلك الجواب ؛ لأن الحر والمرأة ادعى كل واحد منهما أن العبد عبده وقد باعه من المكاتب ،

---

(١) في (ك) : الاستحسان .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) : الثمن .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) .

(٥) في (ب) : بيع .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

(٧) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

والعبد عبد يسلم إلى المشتري [وهو المكاتب ، فكان الحر محتاجاً إلى إثبات الملك في العبد ، ليمكنه التسليم إلى المشتري][1] ، والحر خارج والمرأة ذو اليد ، وبينة الخارج أولى .

وأما إذا شهد الشهود بالعقد والقبض ، فالمسألة على ثلاثة أوجه : وهو أن يكون العبد في يد الحر أو في يد المكاتب أو في يد المرأة ، وتخريجها على نحو ما ذكرنا ، وما ذكر محمد - رحمه الله - من هذا الجنس ، فتخريجه على نحو ما ذكرنا في أول هذا النوع ؛ أن العين الواحد إذا تنازع فيه اثنان ادعى كل واحد منهما [أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم ، وأنكر صاحبه ، وأقام كل واحد منهما][2] البينة على ما ادعى[3] ولم يؤرخا ، والعين في يد الثالث ، أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف على رواية باب الطويل من بيوع « الجامع » يترك العين في يد الثالث قضاء ترك ، وعلى رواية الباب القصير منه يقضي بالعين المدعى بين المدعيين نصفين .

واختلف المشايخ فيما بينهم [قال بعضهم][4] : في المسألة روايتان على رواية الباب القصير يقضى بالملك بينهما ، وعلى رواية الباب الطويل لا يقضى بالملك بينهما ، وبعضهم قالوا ما ذكر في الباب القصير قياس ، وما ذكر في الباب الطويل استحسان .

وبعضهم قالوا اختلف الجواب لاختلاف الموضوع .

وضع المسألة في الباب الطويل أن كل واحد منهما ادعى البيع على صاحبه فقط ، وعند التعارض في دعوى البيع تتهاتر البينتان ، ووضع المسألة في الباب القصير إذا ادعى كل واحد منهما البيع والملك [فليس مقدر[5] اعتبارهما في العقد ، وأمكن اعتبارهما في الملك][6] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) و (هـ) .

(٣) في (ب) : دعاه .

(٤) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٥) في (هـ) : تعذر .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وجه ما ذكر في الباب القصير ، وهو القياس على قول بعض المشايخ وأحد[١] الروايتين على قول البعض أن كل واحد منهما أقام البينة على ما يجوز القضاء به وعلى ما لا يجوز القضاء به على قولهما ؛ لأن كل واحد منهما أقام البينة أن الدار ملكه ، والدار في يدي الثالث ، وهذا مما يجوز القضاء به ، [بدليل أنه لو لم يدع كل واحد منهما البيع من صاحبه ، فإنه يقضى بينهما نصفان ، وعلى ما لا يجوز القضاء به][٢] ، فإن كل واحد أثبت بيع جميع الدار من صاحبه ، وقد جهل التاريخ بينهما ؛ فيجعل كأنهما وقعا معاً بأن قال كل واحد منهما لصاحبه : بعت منك هذه الدار وخرج الكلامان معاً ، ولو كان هكذا كان البيعان باطلين ؛ لأن الشخص الواحد في وقت [واحد][٣] لا يتصور أن يكون بائعاً ومشترياً لعين واحد لما فيه من التضاد ، فيقضي بما يجوز القضاء به وهو الملك ، ولا يقضي بما لا يجوز القضاء به وهو العقدان ، ويجوز أن يقبل شهادة الشاهد [في بعض ما شهد به ، كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي أكثر المالين ؛ قبلت شهادة الشاهد][٤] بالألف والخمسمائة على الألف ، كذا ههنا .

بخلاف ما لو ادعى رجل داراً في يدي إنسان أنه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ، وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج بمائة دينار ، وأقاما البينة ولم يؤرخا ، فإن هناك تتهاتر البينتان ، وتترك الدار في يدي ذي اليد[٥] ؛ لأن كل بينة أثبت إقرار صاحبها أن الدار كانت لصاحبه ؛ لأن كل مشتر مقر أن المشترى كان ملك بائعه ، وأنه بسبيل من بيعه ، وجهل التاريخ بين الإقرارين فبطلتا ، وترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك ، فأما ههنا ذو اليد ما أثبت إقرار أحد المدعيين أن الدار له ، فوجب القضاء بالدار بينهما نصفان .

---

(١) في (هـ) : أو إحدى .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٥) قوله : « وتترك الدار في يدي ذي اليد » تكرر في (هـ) .

وجه ما ذكر في الباب الطويل وهو الاستحسان على قول بعض المشايخ وأحد[١] الروايتين على قول بعض المشايخ أن الأمر على ما قلنا ، إلا أنه تعذر القضاء بشهادتهم في الكل ؛ لأن كل فريق فيما شهد نسب نفسه إلى السهو والغفلة ؛ لأنه شهد لمدعيه في غير الوقت الذي شهد به الآخر ؛ إذ لو عاينا البيعين [معاً في وقت واحد لكان لا يحل لهم أن يشهدوا بالبيع ؛ لأنه يكون باطلاً ، فقد اتفق الفريقان أن البيعين][٢] كانا في وقتين مختلفين ، إلا أنهما جهلا ذلك ونسياه ، وشهادة المغفل لا تقبل ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

فأما على قول محمد يقضى بالدار بينهما نصفان ، ويقضى لكل واحد منهما [على صاحبه بنصف ما أقر له من الثمن ؛ لأن كل واحد منهما][٣] يستحق نصف الدار ، ولم يذكر في الباب القصير أن على قول محمد هل يخير كل واحد من المشترين ؟[٤] ، وذكر في الباب الطويل أنه يخير إن شاء أخذ نصف الثمن ، وإن شاء ترك .

واختلف المشايخ فيه :

منهم من قال : المسكوت يحمل على المنطوق .

ومنهم من قال ما ذكر في الباب الطويل جواب القياس ، وما ذكر في الباب القصير جواب الاستحسان ، وظاهر السكوت يدل على أنه لا خيار لهما .

وجه القياس في ذلك : أن كل واحد منهما أثبت على صاحبه أنه باع منه جميع الدار ، ولم يسلم له إلا النصف ، فيخير كما لو ادعى رجلان شراء عين من واحد ولم يؤرخا ، وليس لأحدهما قبض ، فإنه يقضى بينهما نصفان ، ويكون لكل واحد منهما الخيار لما بينا كذا ههنا .

---

(١) في (هـ) : أو إحدى .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (م) : المشتري .

وجه الاستحسان : أن كل واحد أثبت على صاحبه البيع في جميع الدار إلا أن النصف من ذلك إنما استحق على كل واحد منهما ببيعه من صاحبه ، فإن الأكبر صار بائعاً نصف الدار من الأصغر ، والأصغر كذلك ، وفي مثل هذا لا يثبت الخيار والله أعلم .

نوع آخر من هذا الفصل : [في الرجلين يدعيان الملك بسببين مختلفين في عين واحد][1] .

[فمن جملة صوره][2] : إذا ادعى أحدهما الهبة مع القبض ، وادعى الآخر الشراء ، فإنه على وجهين : إن ادعيا ذلك من جهة اثنين ، والعين في يد ثالث أو في أيديهما ، والجواب فيما إذا ادعيا ملكاً مطلقاً سواء ؛ لأن كل واحد منهما يثبت الملك لمملكه مطلقاً ، ثم يثبت الانتقال إلى نفسه ، كان بمنزلة ما لو حضر المملكان وادعيا لأنفسهما ملكاً مطلقاً وأقاما[3] البينة ، ففي كل موضع ذكرنا في دعوى الملك المطلق أنه يقضي بينهما نصفان ، فههنا يقضي بينهما نصفان أيضاً .

قال شيخ الإسلام : إنما يقضى بينهما نصفان إذا كان المدعى به شيئاً لا يحتمل القسمة كالعبد[4] والدابة وأشباهها ، [أما إذا كان المدعى به شيئاً يحتمل القسمة][5] ، يقضى بالكل لمدعي الشراء ؛ لأن مدعي الهبة أثبت هبة[6] فاسدة[7] ؛ لأنه أثبت الهبة في الكل واستحق الآخر النصف عليه بالهبة واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة ، يوجب فساد الهبة ، فلا يقبل بينة الهبة ، فصار كأن مدعي الشراء تفرد بإقامة البينة ، والصحيح أن المشاع الذي يحتمل القسمة [والذي لا يحتمل القسمة][8] في ذلك على السواء ؛

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) و (ك) : وأقام .

(٤) في (م) : « الدار » ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ك) ، والمثبت من (ب) و (هـ) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (ك) : واحدة .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

لأن مدعي الهبة أثبت الهبة في الكل، إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض، وهذه المزاحمة بعض القبض، وكأن شيوعاً طارئاً، وأنه لا يبطل الهبة.

وإن ادعيا ذلك من جهة واحدٍ، والعين في يد ثالث، ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء، فالشراء أولى؛ لأن الشراء يوجب الملك بعوض، والهبة يوجب الملك بغير عوض، فإذا احتجنا إلى نقض أحدهما كان نقض ما يوجب الملك بغير عوض، وفيه تقليل النقض أولى من نقض ما يوجب الملك بعوض، وفيه تكثير النقض.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فالمؤرخ أولى أيهما كان، أما إذا كان المؤرخ مدعي الشراء فظاهر؛ لأنه من غير تاريخ الشراء هو أولى[1]، فمن تاريخ الشراء أولى أن يكون أولى، وأما إذا كان المؤرخ مدعي الهبة فلأن الشراء متأخر معنى؛ لأن الشراء حادث، والأصل أن يحال حدوثه على أقرب الأوقات [إذا لم يتضمن إحالته على أقرب الأوقات][2] نقض ما هو ثابت بنفسه من حيث العيان، والحكم بإحالة الشراء على أقرب الأوقات ههنا لا يتضمن ذلك، فجعلنا الشراء المطلق حادثاً للحال، وهو معنى قولنا الشراء متأخر معنى، فيعتبر بما لو كان متأخراً حقيقة، وهناك يقضي لمدعي الهبة، كذا ههنا.

ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى، وإن كان العين في يد أحدهما فهو أولى، إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذٍ يقضى للخارج.

فإن كان العين في أيديهما، فهو بينهما إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فحينئذٍ لا[3] يقضى لأسبقهما تاريخاً، والجواب في الصدقة والقبض مع الشراء إذا اجتمعا كالجواب في الهبة والقبض مع الشراء؛ لأن الصدقة لا تفيد الملك قبل القبض، وتفيد الملك بغير عوض كالهبة.

---

(١) في (هـ) : فمع.

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك).

(٣) سقط من (هـ).

وإذا اجتمعت الهبتان مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان .

وإذا اجتمعت الهبة مع القبض ، والصدقة مع القبض ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمعت الشراءان ، وستأتي هذه المسألة في آخر الباب إن شاء الله[1] .

وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى ؛ لأن الصدقة توجب ملكاً لازماً ، والهبة توجب ملكاً غير لازم ، ونقض ما ليس بلازم وفيه تقليل النقض أولى .

والجواب : أن الهبة إن كانت من ذي رحم محرم ، فهي لازمة كالصدقة ، وإن كانت من أجنبي إن لم تكن لازمة ففيها عوض مشروط عرفاً ، ولهذا يثبت للواهب حق الرجوع ما لم يعوض عنها ، ففي نقض الصدقة إن كان نقض اللزوم ، ففي نقض الهبة نقض العوض من وجه فاستويا .

وإذا اجتمع الشراء [والرهن فالشراء أولى ؛ لأن الشراء أقوى ؛ لأنه يفيد الملك بنفسه ، والرهن لا يفيد الملك في الحال ، وإذا اجتمع الرهن][2] والهبة والصدقة فالرهن أولى استحساناً ؛ لأن الرهن يتعلق به الضمان فكان قبضه مضموناً ، وقبض الهبة والصدقة ليس بمضمون .

وإذا اجتمع النكاح والهبة والرهن أو الصدقة فالنكاح أولى ؛ لأن النكاح عقد معاوضة يفيد الملك بنفسه كالشراء ، ولو اجتمع الشراء مع كل واحد من هذه الأشياء كان الشراء أولى فهاهنا كذلك .

وإذا اجتمع الشراء والنكاح فعلى قول محمد : الشراء أولى إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء ؛ [لأن الشراء مبادلة مال بمال يوجب الضمان في العوضين ، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال لا يوجب الضمان في المنكوحة فكان الشراء أقوى من هذا الوجه .

---

(١) في (هـ) و (ك) : تعالى .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

وعلى قول أبي يوسف : إذا لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما على السواء][1] يقضي بينهما نصفان ، وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان ، لأن الشراء مع النكاح يستويان من حيث إن كل واحد منهما يفيد الملك بنفسه ، وللنكاح قوة من وجه من حيث إن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكداً حتى لا يبطل بالهلاك [قبل التسليم[2]][3] .

قيل : ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض ، بخلاف الشراء فإن لم يترجح جانب النكاح لا أقل من أن تثبت المساواة .

وإن ادعى رجل هبة مقبوضة في دار أو عبد ، وادعى آخر صدقة مقبوضة ، وأقام[4] البينة ، فإن وقت بينة أحدهما فصاحب الوقت أولى ، وإن لم تؤقت بينة أحدهما أو وقت بينة كل واحد منهما ، ووقتهما على السواء ففيما لا يحتمل [القسمة يقضى بينهما نصفان بالاتفاق ، وفيما يحتمل القسمة][5] نحو الدار وأشباهها تبطل البينتان جميعاً ، لأنا لو عملنا بهما قضينا لكل واحد بالنصف ، والهبة والصدقة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز قبل هذا قول أبي حنيفة ، فأما على قول أبي يوسف ومحمد ينبغي أن يقضي لكل واحد بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين .

قيل : ينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف بالإجماع ؛ لأن كل واحد منهما أثبت الهبة في الكل ، ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى : الأصح عندي أن ما ذكر في «الكتاب» قول الكل لأنا لو قضينا لكل واحد بالنصف فإنما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده ، وإن[6] اختلاف العقد من[7] هبة الدار من رجلين لا يجوز .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٢) قوله : « التسليم » غير موجود في (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٤) في (هـ) : وأقاما .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٦) في (هـ) : وعند .

(٧) في (ب) : العقدين .

في « المنتقى » : دار في يدي رجل أقام الرجل بينة أني كنت ادعيت هذه الدار ، وأن صاحب اليد صالحني منهما[١] على مائة درهم ، وأقام الذي في يديه الدار أنه أبرأه من حقه من دعواه في هذه الدار ، فبينة الصلح أقوى ؛ لأنها أكثر إثباتًا .

نوع آخر من هذا الفصل في الخارجين يدعيان الشراء من واحد ، وادعى[٢] أحدهما مع الشراء إعتاقًا ، ويدخل فيه إذا ادعى رجل الشراء على من في يده الرقيق ، وادعى الرقيق الإعتاق ، أو التدبير على صاحب [العبد ، وادعى الرقيق الإعتاق أو التدبير أو الكتابة أو الاستيلاء .

رجل ادعى أمة في يدي[٣] رجل أنه اشتراها من صاحب][٤] اليد بألف درهم ، [وأنه أعتقها وأقام على ذلك بينة ، وأقام الحر[٥] بينة أنه اشتراها من صاحب اليد بألف درهم[٦]][٧] ولم يذكر الإعتاق ، فصاحب العتق أولى ، هكذا ذكر المسألة في أول الكتاب الدعوى ؛ وهذا لأن الإعتاق قبض حكماً لما تبين ، فقد ادعيا تلقي الملك من جهة واحد ، ولأحدهما قبض مشهود به وهو مدعي العتق وكان أولى ، ويتيقن[٨] شرح هذا الكلام في في المسألة التي تلي هذه المسألة إن شاء الله تعالى ، ولم يذكر ثمة ما إذا كان مدعي الشراء قبض العبد فلو كان قبض العبد كان هو أولى بدليل المسألة التي تليها .

وصورتها : رجل له عبد ، أقام العبد بينة أن المولى أعتقه ، وأقام رجل آخر بينة أن المولى باع العبد منه بألف درهم ، فإن لم يكن المشتري قبض العبد فبينة العبد أولى ؛ لأنهما يدعيان تلقي الملك من جهة ثالث ولأحدهما قبض مشهود به وهو العبد ولا قبض للآخر .

---

(١) في (ب) : منها .

(٢) في (هـ) : يدعي .

(٣) من قوله : « يدعيان الشراء » إلى عنا سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) : آخر .

(٦) سقط من (هـ) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٨) في (هـ) : وسنبين .

بيانه : أن العبد ادعى تلقي الملك في نفسه من جهة مولاه بالإعتاق والآخر ادعى تلقي الملك في العبد من جهة مولاه أيضاً بالشراء غير أن العبد بالإعتاق يصير قابضاً نفسه ؛ لأنه يقع في يد نفسه ، فالشهادة على العتق تكون شهادة على الملك والقبض جميعاً ، والمشتري بنفس الشراء لا يصير قابضاً فالشهادة على الشراء لا تكون شهادة على القبض ، فهو معنى قولنا : ادعيا تلقي الملك من جهة الثالث ولأحدهما قبض مشهود به ، فيقضى لدى قبض مشهود به كما في دعوى الشراء من ثالث إذا كان لأحد المدعيين قبض مشهود به ، بأن شهد شهود أحد المدعيين بالشراء والقبض ، وشهد شهود الآخر بالشراء دون القبض .

قال : فإن كان المشتري قبض العبد فبينة المشتري أولى ؛ لأن المشتري له قبض معاين ، والعبد[1] له قبض مشهود به ، وليس له قبض معاين ، وهذا لأن العبد إنما يصير قابضاً نفسه بالإعتاق ، والإعتاق مشهود به ، وكان قبض العبد مشهوداً به للقبض المعاين رجحان على القبض المشهود به ، ألا ترى أن في دعوى الشراء من ثالث إذا كان في أحد المتداعيين قبضاً معايناً وللآخر قبضاً مشهوداً به يترجح من له القبض المعاين كذا ههنا .

والمعنى في ذلك : أن الذي له قبض معاين قبضه ثابت حقيقة ، وما يدعيه الآخر إن كان مقدماً يجب نقض هذه الحقيقة ، وإن كان متأخراً لا يجب نقضها ، ولا يجب نقضها بالشك والاحتمال ، والجواب فيما إذا كان العبد ادعى التدبير نظير الجواب فيما ادعى العتق إن لم يكن المشتري قبض العبد ، فبينة العبد أولى ، وإن كان قبض العبد فبينته أولى .

ولو ادعت امرأة[2] أنها ولدت من مولاها وأقامت على ذلك بينة ، وأقام رجل آخر بينة أنه اشتراها من مولاها ، فبينة الأمة أولى سواء كانت في قبض المشتري أو لم تكن في قبضه ، أما إذا لم تكن في قبض المشتري ؛ فلأن دعوة الاستيلاد ودعوة التدبير سواء ، وبينة التدبير أولى إذا لم يكن للمشتري قبض معاين ، فكذا بينة الاستيلاد ، وإما إذا كان

---

(١) في (ب) : والقبض .

(٢) في (هـ) : أمة .

في قبض المشتري فكذلك ، وكان ينبغي أن تكون بينة المشتري أولى ؛ لأن له قبض معاين وقع الشك في نقضه إن كان علوق هذا الولد قبل الشراء بأن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء يجب نقض قبضه ، [وإن كان علوق هذا الولد بعد الشراء بأن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لا يجب نقضه][(١)] ، فلا يجب نقضه بالشك ، فصار كما في دعوى التدبير .

والجواب عن هذا أن يقال : بأن دعوى العتق والتدبير إنما لا ينقض قبض المشتري لأن قبضه ثابت حقيقة ، وقع الشك في نقضه إذا لم يعرف التاريخ ؛ [لأنه إذا لم يعرف التاريخ][(٢)] يحتمل أن العتق والتدبير لاحقان ، وعلى هذا التقدير لا ينقض قبض المشتري ، فلا ينقض قبضه بالشك .

وفي دعوى الاستيلاد لو نقضنا قبض المشتري نقضناه بيقين لا بالشك .

بيانه : أن دعوة البائع قد ثبتت بالبينة إلا أن يحتمل أن تكون دعوته قبل البيع وعلى هذا التقدير[(٣)] يجب نقض قبض المشتري ؛ لأنه صار بائعاً أم ولده .

وإن كان دعوته بعد البيع ، [وقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع][(٤)] ؛ فكذلك يجب نقض المشتري ، وإن جاءت لستة أشهر فكذلك يجب نقض قبض المشتري أيضاً ؛ لأن موضوع المسألة أن المدعي ادعى شراء الجارية ، ولم يدع الولد ، فيبقى الولد على ملك البائع .

وصار مسألتنا رجل له جارية ولدت ولداً ، فباع المولى الجارية ، ثم ادعى نسب الولد لستة أشهر وهناك تصح دعوته ، وإذا صحت دعوة البائع على كل حال ، وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء أو ستة أشهر ، وجب نقض قبض المشتري على كل حال ، فقد تيقنا بنقض قبضه والقبض المعاين يجوز أن ينقض .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (ب) و (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : القدر .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ألا ترى أن في دعوى الشراء من ثالث إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق وللآخر[1] قبض معاين يقضى للخارج وينقض قبض الآخر كذا ههنا .

ولو وقتت بينة المشتري وقتاً قبل الحبل بثلاث سنين كانت بينة المشتري أولى اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة ، [وكذا الجواب في العتق والتدبير إذا أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق ، يقضى لأسبقهما تاريخاً اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة][2] .

وإذا أقام عبد البينة أن مولاه أعتقه وهو ينكر ذلك أو يقر ، وأقام الآخر بينة أنه عبده قضى للذي أقام البينة أنه عبده ، لأن شهود العتق شهدوا بعتق باطل ؛ لأنهم لم يقولوا في شهادتهم : وفلان يملكه ، والملك لفلان لا يثبت من غير شهادة ، والعتق بلا ملك عتق باطل ، فصار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة ، ولو عدم هذه البينة لكان يقضى للذي أقام البينة أنه عبده كذا ههنا ، وكذلك لو شهدوا أن فلاناً أعتقه وهو في يده يقضى للذي أقام البنية أنه عبده ، كذا ههنا ؛ لأن نفوذ العتق يعتمد الملك دون اليد والشهود لم يشهدوا له بالملك ، وإن شهد شهود العبد أن فلاناً أعتقه ، وهو يملكه ، وشهد شهود الآخر أنه عبده قضي ببينة العتق ؛ لأن إثبات العبد الملك لمعتقه كإثبات المعتق الملك لنفسه بنفسه .

ولو أن المولى أقام بينة أنه عبده أعتقه ، وأقام رجل آخر بينة أنه عبده قضي ببينة العتق ؛ لأن البينتين استويا في إثبات الملك ، وفي أحدهما يقضي للذي أقام البينة أنه عبده ، كذا ههنا .

[وكذلك لو أقام العبد أن فلاناً دبره وهو يملكه ، وأقام رجل أخر بينة أنه عبده قضى ببينة التدبير ، كما لو أقام المولى بنفسه بينة أنه عبده دبره ، وأقام الآخر بينة أنه عبده يقضي ببينة المولى .

---

(١) في (م) و (ب) : الآخر .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ولو أقام العبد بينة أن فلاناً كاتبه وهو يملكه ، وأقام الآخر بينة أنه عبده يقضي للذي أقام البينة أنه عبده ، ألا ترى أنه لو أقام الذي في يديه بينة أنه ملكه كاتبه ، وأقام الآخر بينة أنه عبده قضى للذي أقام البينة أنه عبده كذا ههنا[1]][2] .

فقد فرق بينهما إذا ادعى صاحب اليد لنفسه الملك مع الكتابة ، وادعى الخارج لنفسه ملكاً مطلقاً ، وبينما إذا ادعى صاحب اليد لنفسه الملك مع الإعتاق أو التدبير ، وادعى الخارج ملكاً مطلقاً .

والفرق أن دعوى التدبير من ذي اليد بمنزلة دعوى النتاج من حيث المعنى لأنه يوجب الولاء ، والولاء كالنسب ، والنسب في معنى النتاج .

ولو ادعى صاحب اليد النتاج حقيقة ، وادعى الخارج ملكاً مطلقاً ، وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ، أما دعوى الكتابة من ذي اليد فليس بمنزلة دعوى النتاج لا من حيث الحقيقة ولا من حيث المعنى ؛ لأن الكتابة ليست سبباً للولاء في الحال ، ولهذا يقبل الفسخ فيكون بمنزلة دعوى البيع والإجارة ، وبدعوى صاحب اليد الإجارة أو البيع لا تترجح بينته على بينة الخارج في دعوى الملك كذا ههنا .

وما يتصل بمسائل العتق : عبد في يدي رجل أقام رجل البينة أنه له أعتقه ، وأقام آخر البينة أنه حرّ الأصل وأنه والاه وعاقده ، فصاحب الموالاة أولى ذكره في دعاوى «المنتقى» .

وفيه أيضاً : عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه له أعتقه وهو يملكه ، وأقام آخر بينة أنه أعتقه وهو يملكه ، فإن ادعى العبد عتق أحدهما فبينته أولى ، وإن كذبهما جعلت ولاءه بينهما نصفين ، ولو أقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه على ألف درهم وهو يملكه ، لم يلتفت إلى تصديق العبد وتكذيبه ، وقضيت بولائه بينهما ولكل واحد منهما عليه ألف درهم ، فإن ذكر أحد البينتين مالاً ولم يذكر الآخر مالاً فالبينة بينة المال وولاؤه له ، ولا أبالي أصدقه العبد أو كذبه .

---

(١) من قوله : « كذا ههنا » إلى هنا سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

وفيه أيضاً : شاهدان شهدا على رجل أنه غصب هذا عبداً ، وأن مولاه أعتقه ، وقال المشهود عليه بالغصب : ما أغصبه عبداً ولا أعتقه ، والعبد حي ، فإني أقضي بعتق العبد ، وأبرئ الغائب عن الضمان وإن لم يدع الغاصب ذلك ، علل فقال : لأن العتق حق العبد يدعيه ويقوم به ، فأعتقه بالشهادة .

وفي «نوادر ابن سماعة»[١] عن محمد : رجل في يديه عبد ادعى ابن له ، وأقام البينة أن أباه تصدق به عليه وهو صغير في عياله ، وأقام العبد بينة أن العبد[٢] أعتقه ، قال : أقبل بينة العتق .

ولو شهدوا أنه تصدق أو وهبه لابنه الكبير هذا وقبضه ، وعاينوا قبضه إياه ، وشهد شهود العبد أنه أعتقه ولم يوقتوا أجزت الصدقة وأبطلت العتق .

وفي «المنتقى» : رجل شهد على رجل أنه أعتق غلام[٣] وهو مريض ، وقال الوارث : كان يهذي حين دخل عليه الشهود ، ولم يقر الوارث بالإعتاق .

قال : القول قول الوارث حتى يشهد الشهود أنه كان صحيح العقل ، ولو أقر الوارث بالعتق إلا أنه ادعى أنه كان يهذي فالقول قول الغلام ، وهو حر حتى يقيم الوارث البينة أنه كان يهذي .

ومما يتصل بمسائل العتق إذا وقع الاختلاف بين المعتِق والمعتَق :

بشر عن أبي يوسف : رجل أعتق أمة ثم ادعى المولى ولدها وقال : أعتقها بعدما ولدت هذا الولد والولد عبدي ، وقالت الأمة : بل أعتقني [قبل أن ألده][٤] ، فالقول

---

(١) هو كتاب للإمام محمد بن الحسن ، من غير كتب ظاهر الرواية المشهورة ، رواه عنه محمد بن سماعة التميمي ، فأضيف إليه .

انظر « تاج التراجم » ص ٢٣٨ و ٢٤١ .

(٢) في (ب) : الأب قد أعتقه .

(٣) في (هـ) و (ك) : غلامه .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

قول من كان الولد في يده ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقد مرت[١] المسألة في باب العتاق ، وإن كان في أيديهما جميعاً فهو حر .

وكذا إذا اختلفا في متاع في يدها فالقول قولهما ، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الأمة في المسألتين جميعاً .

وفي كتاب «الأقضية» : رجل قدم بلدة ومعه رجال ونساء وصبيان يخدمونه ، وهم في يده ، فادعى أنهم رقيقه وادعوا أنهم أحرار ، فالقول قولهم ما لم يقروا له بالملك بكلام أو بيع ، أو تقوم بينة عليهم ، [قالوا][٢] : وإن كانوا من السند أو الترك أو الهند أو الديلم[٣] ، لأنهم في دار الإسلام وقت الخصومة ، ودار الإسلام دار الأحرار فمن ادعى الحرية فيه فقد تمسك بالأصل ، وكان القول قوله . وإن كان من جنسه أرقاء ، فلهذا كان القول قولهم إلا إذا باعهم فقد انقادوا البيع والتسليم ؛ لأن ذلك بينهم بمنزلة الإقرار بالرق ، أو تقوم البينة عليهم بالرق فلا يقبل قولهم في الحرية بعد ذلك ، هكذا ذكر تأويله إذا جاء بهم غير مقهورين ، أما إذا مقهورين من جهته فلا يقبل قولهم .

ادعى رجل حرية الأصل ولم يذكر اسم أمه واسم أبيه[٤] يجوز ؛ لأنه يجوز أن يعلق الإنسان حر الأصل وأمه تكون رقيقة ألا ترى أن من استولد جارية نفسه فالولد يعلق حر الأصل ، والأم رقيقة ، وولد المغرور حر الأصل والأم رقيقة .

مات الرجل وعليه ديون ولم يترك إلا جارية وفي حجرها ولد ، فادعت أنها أم ولد الميت ، وأن هذا من الميت لا يقبل قولها من غير بينة تقوم على إقرار المولى في حياته أنها أم ولد .

فيه نوع إشكال ، ينبغي أن تقبل بينتها إذا كان معها ولد ما ، على أن الأمة تنتصب خصماً عن أبيه في إثبات النسب من الأب على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

---

(١) في (م) و (ب) : جرت .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : بناء .

وإذا انتصب خصماً عنه صار إقامتها البينة على نسب الغلام كإقامة الغلام لو كان بالغاً ، ولو كان الابن بالغاً وأقام البينة أنه ابن هذا الرجل الميت أليس أنه يثبت نسبه منه؟ فكذا هنا .

فإذا ثبت نسب الغلام ثبت حقها بطريق التبعية ، بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد ؛ لأن هناك لو قبلنا بينتها قبلنا على إثبات حقها مقصوداً ، وحقها في هذا الباب ليس بمقصود .

ولو شهدت الورثة أنها أم ولد الميت قبلت شهادتهم ، ولا سبيل للغرماء عليها ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

الفصل الخامس
في دعوى البيع والشراء

إذا كانت الدار في يدي رجل ، وادعى[١] أنه اشترى هذه الدار من زيد ، وأقام على ذلك بينة ، وذو اليد أقام البينة أنه اشتراها من زيد ، والمدعي هو الأول أي : تاريخ الخارج أول ، فإنه يُقْضَى بها للخارج .

وقد مرت المسألة من قبل[٢] ، فقد قَبِلَ[٣] البينة من الخارج .

وإن قامت[٤] على البائع ، والبائع غائب فإنَّا نقبلها ؛ لأنها قامت على خصم حاضر ؛ لأن الذي في يديه الدار يدعي الملك لنفسه[٥] ، ومن ادعى شراءً على غائب والعين في يد الحاضر والحاضر يدعي الملك لنفسه ، ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، عُرف ذلك في مواضع كثيرة .

وإذا قضينا بالشراء للخارج هل للخارج أن يقبض الدار من صاحب اليد؟ فالمسألة على ثلاثة أوجه :

١ - إما أن يثبت نقدهما الثمن عند القاضي ، أو يثبت نقد أحدهما الثمن دون الآخر ، فإن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي بإقرار البائع أو بمعاينة القاضي ؛ فإنه يسلم الدار إلى الخارج ؛ لأن الشراء ذخره .

ثبت ببينة الخارج لما ذكرنا ، ونقده الثمن ثبت عند القاضي ، فيمكنه القاضي من قبض الدار ، ولا يكون لذي اليد أن يحبس الدار حتى يستوفي ما نقد للبائع .

---

(١) في (ب) : وادعى رجل .

(٢) في أول الفصل الثالث ص ٤٧ .

(٣) كذا في (ب) وفي (ك) و (هـ) : قيل . وكأن الصواب ما أثبته ، وكأن الصواب فيه أيضاً : قُبلت .

(٤) أي : البينة .

(٥) في (ب) زيادة : ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب .

وإن ثبت نقده الثمن عند القاضي [١] ؛ لأن ما نقد ذو اليد للبائع صار ديناً له على البائع عند الاستحقاق ، وما في يده من الدار ملك غير المديون ، ولو كان ملك المديون لم يكن له أن يحبسها لحقه ، فههنا أولى .

٢- فإن لم يثبت نقدُ واحد منهما الثمن بإقرار البائع أو بالمعاينة ، فإن القاضي لا يُسَلِّم الدار إلى الخارج حتى يستوفى الثمن منه ؛ وذلك لأن القاضي نُصِّب ناظراً للمسلمين ، وكما نظر للخارج وسمع بينته على الشراء ، يجب أن ينظر للغائب ويستوفي منه الثمن ، ثم يأمره بقبض الدار .

٣- وإن ثبت نقدُ أحدِهما عند القاضي ؛ إما بإقرار البائع أو بالمعاينة ، إن ثبت نقد الخارج فإنه يسلم الدار إليه لأنه ثبت الشراء بالبينة ونقده الثمن بإقرار البائع أو بالمعاينة فتسلم الدار إليه ، ولا يكون لذي اليد شيء ؛ لأنه لم يثبت[٢] نقده الثمن للبائع عند القاضي ، والمشتري لا يجب له على البائع شيء عند الاستحقاق إذا لم يكن نقد الثمن ، فأما إذا ثبت نقد ذي اليد بإقرار أو بمعاينة القاضي ، ولم يثبت نقد الخارج ، فإن القاضي لا يسلم الدار

---

(١) اضطرب النص في المخطوطات الثلاث هنا ، وقد أثبتُّ نصاً ملفقاً ارتأيت أنه الصواب ، وهاك نصوص الأصول الثلاثة :

١- جاء في (هـ) : إما أن يثبت نقدهما الثمن عند القاضي بإقرار البائع أو بمعاينة القاضي ، أو لم يثبت نقدهما ، أو يثبت نقد أحدهما الثمن دون الآخر . فإن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي فإنه يُسَلّم الدار إلى الخارج ؛ لأن الشراء أثبتته بينة الخارج لما ذكرنا ، ونقده الثمن ثبت للقاضي بإقرار البائع أو بالمعاينة ، فيمكنه القاضي من قبض الدار ، ولا يكون لذي اليد أن يحبس الدار حتى يستوفي ما نقد البائع ، وإن ثبت نقد الثمن عند القاضي ...

٢- وجاء في (ب) : إما أن يثبت نقدهما الثمن عند القاضي ، أو يثبت نقد أحدهما الثمن دون الآخر ، فإن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي ، فإنه يسلم الدار إلى الخارج ؛ لأن الشراء بإقرار البائع أو بمعاينة القاضي ذخره (؟) أو لم يثبت نقدهما أثبتته بينة الخارج لما ذكرنا ، ونقده الثمن ثبت عند القاضي بإقرار البائع أو بالمعاينة ، فيمكنه القاضي من قبض الدار ، ولا يكون لذي اليد أن يحبس الدار حتى يستوفي ما نقد للبائع ، وإلا نقده الثمن عند القاضي ...

٣- وجاء في (ك) : إما أن يثبت نقدهما الثمن عند القاضي ، أو يثبت نقد أحدهما الثمن دون الآخر ، فإن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي فإنه يُسَلِّم الدار إلى الخارج ؛ لأن الشراء ثبت ببينة الخارج لما ذكرنا ، ونقده الثمن ثبت عند القاضي ...

(٢) قوله : « لم يثبت » سقط من (ك) .

إليه حتى يستوفي منه الثمن ؛ لأنه وإن ثبت الشراء عند القاضي لم يثبت نقد الثمن ، والمبيع لا يُسَلَّم للمشتري إلا بعد نقد الثمن ، فيستوفي الثمن منه .

ثم هل يُعطى ذا اليد مما قبض من الثمن من الخارج ما وجب لذي اليد على البائع من الدين عند الاستحقاق؟

إن كان[١] الثمنان من جنسين مختلفين فإنه لا يُعطى شيئاً ؛ وذلك لأن البائع إن كان حاضراً لم يكن له أن يأخذ ذلك بغير رضا البائع ، فكذا إذا كان غائباً لا يكون للقاضي أن يعطيه .

فأما إذا كانا من جنس واحد فإنه يعطيه مما قبض تمام حقه ، ثم إن فضل شيء أمسكه على البائع .

[وإن بقي من دين ذي اليد شيء أتبع البائع إذا حضر ؛ وذلك لأن القاضي علم بوجوب دين ذي اليد على البائع][٢] ، وما قبض جنس حقه فكان له أن يعطيه ذلك بغير رضا البائع ، ألا ترى أنه لو كان البائع حاضراً كان له أن يأخذ بغير رضاه؟ فكذلك ههنا .

هذا إذا ثبت نقد ذي اليد بإقرار البائع عند القاضي أو بالمعاينة .

فأما إذا أراد ذو اليد أن يقيم البينة على نقده الثمن للبائع فإنه لا يسمع بينته ؛ لأنه يقيم البينة على غائب بإثبات دين عليه وليس عن[٣] الغائب خصم حاضر ، فلا يسمع بينته ؛ لأن القضاء على الغائب بالبينة باطل ، وكان بمنزلة رجل قال : [أنا][٤] أقيم البينة على غائب أن لي عليه دين حتى آخذه من وديعة له عند فلان ، أو قالت المرأة : أنا أقيم البينة على أنها امرأة فلان الغائب لأخذ النفقة من مال له وديعة عند فلان ؛ فإنه لا تسمع بينتها ؛ لأنها بينة قامت على الغائب ، وليس عند خصم حاضر فلا يسمع ، فكذلك هذا .

---

(١) في (ب) : فأما إذا كان .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (هـ) : على .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

ولو كانت الدار في يدي ذي اليد هبة[١] ، أو صدقة ، أو بيع لم ينقد الثمن ، فأقام هذا بينة أنه اشتراها من زيد قبله دفعتها إليه ، وأخذت[٢] منه الثمن للبائع ؛ لأنه ثبت شراء الخارج للبائع أولاً ، ولم يثبت نقد الثمن ، فكان للقاضي أن يستوفي الثمن منه نظرًا للغائب[٣] ، ولا يعطي ذا اليد من ذلك شيئًا ؛ لأن ذا اليد موهوب له ، أو متصدق عليه ، أو مشتر لم ينقد الثمن ، ولا يثبت لواحد من هؤلاء حق الرجوع على المالك عند الاستحقاق .

قال : وإذ باع الرجل جارية من رجل ، ثم غاب المشتري ، ولا يُدرى أين هو ، فرفع البائع الأمر إلى القاضي وطلب منه أن يبيع الجارية ويوفي ثمنه ، فإن القاضي لا يجيبه إلى ذلك قبل إقامة البينة ؛ فإنه[٤] يدعي حقاً على الغائب ، وليس عنه خصم حاضر ؛ ولأنه يجوز أن يكون غاصباً لهذه الجارية احتال بهذه الحيلة ليبرئ نفسه عن ضمانها ويسقط النفقة ، فلا يتعرض القاضي لما قاله البائع من غير بينة ، ولأنه يدعي إيجاب حفظ على القاضي في هذا المال ؛ لأنه يزعم أنه مال الغائب وأنه مما يخشى عليه التلف ، وعلى القاضي حفظ مال الغائب إذا كان يخشى عليه التلف ، فكان على القاضي أن لا يلتزم الحفظ إلا ببينته .

وهو نظير رجل جاء بدابة إلى القاضي ، وقال : هذه لقطة فبعها ، فإن القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على ذلك ؛ لأنه يدعي إيجاب حفظ على القاضي ، فكان للقاضي (أن) لا يصدقه إلا ببينته ، كذا ههنا .

قال : فإن أقام البينة على ذلك ذُكر أن القاضي يبيع الجارية على المشتري ، وينقد الثمن على البائع ، واستوثق من البائع بكفيل ثقة وهذا الذي ذُكر جواب الاستحسان .

---

(١) في (هـ) : بهبة .

(٢) عبر المؤلف هنا بضمير المتكلم عوضاً عن الغائب أو المبني للمجهول .

(٣) في (هـ) و (ك) : أن يستوفي الثمن البائع .

(٤) في (هـ) : لأنه .

والقياس أن لا يسمع هذه البينة ، ولا يبيع الجارية على المشتري ، نص على هذا القياس والاستحسان في «الجامع الكبير» في كتاب الإجارات في باب[١] الاختلاف بين اثنين في نظير هذه المسألة[٢] .

وجه القياس في ذلك ظاهر أن هذا بينة قامت على إثبات حق على الغائب وليس عن الغائب خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فوجب أن لا يقبل قياساً على ما إذا كان يعرف مكان المشتري ، وقياساً على من أقام بينة على إثبات حق على الغائب لا يعرف مكانه لينزع شيئاً مما في يد الغائب ، فإن في هاتين الصورتين لا يقبل هذه البينة وإنما يقبل هذه البينة لما قلنا .

وجه الاستحسان : أن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن من جهة المشتري إذا كان لا يعرف مكانه ، وعجز عن الانتفاع بالمبيع ؛ لأنه مال غيره ، واحتاج إلى أن ينفق عليه ما لم يحضر المشتري ؛ [لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يسلم المبيع إلى المشتري][٣] ، وربما يأتي النفقة على الثمن وزيادة متى انتظر القاضي حضور المشتري فمتى لم يسمع هذه البينة [من البائع أدى إلى إبطال حقه ، والقاضي نصب ناظراً لإحياء حقوق الناس ، فكان للقاضي أن يسمع هذه البينة][٤] ليدفع الضرر والبلية التي ابتلي بها البائع ؛ لأن على القاضي دفع البلية عن الناس ما أمكنه ، بخلاف ما إذا كان يعرف مكان البائع ؛ لأنه كان يمكنه دفع الضرر والبلية عن البائع ، بأن يأمره بالذهاب إلى حيث كان المشتري وإقامة البينة عليه ، وبخلاف ما إذا ادعى حقاً على غائب لا يعرف مكانه وأراد أن يقيم البينة على ذلك لينزع شيئاً من مال الغائب ، فإن القاضي لا يسمع ذلك منه ؛ وذلك لأن القياس في مسألة البيع أن لا يسمع البينة على الغائب ؛ لأنه ليس عنه خصم[٥] حاضر ، إلا أنَّا[٦] تركنا

(١) في (ب) : كتاب .

(٢) لم أجدها في المطبوع من « الجامع الكبير » لكنها في « المبسوط » للسرخسي بنحوها ١٦ : ١٨٠ .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (ب) : لأنه ليس بخصم حاضر .

(٦) في (ب) : إذا .

القياس فيها بإجماع العلماء على ذلك ، فإنا والشافعي أجمعنا أن في هذه المسألة يسمع بينة البائع إذا كان لا يعرف مكان المشتري ، وما ثبت بالإجماع بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره ، والإجماع المنعقد في هذه المسألة لتندفع البلية التي ابتلي بها البائع ، وليس في قبولها إزالة يد الغائب عما في يده ؛ لأن حق الغائب إنما يستوفى من الجارية التي في يده لو ادعى أنها له كان القول قوله لا يكون إجماعاً إذا قامت البينة على انتزاع مال في يد الغائب ، وفي ذلك إزالة ملك الغائب ويده حتى لو ادعى المدعي ذلك لنفسه لا يصدق في ذلك ؛ لأنه ليس في يده ؛ فرد هذا إلى ما يقتضيه القياس ، فإنما استحسنوا إذا كان المدعي لا يدعي انتزاع شيء مما في يد [الغائب وإنما يدعي إيفاء حقه من المال الذي في يده][1] .

أما إذا باع القاضي الجارية ذكر أنه يوفي البائع ثمنه ، وليس طريق الإيفاء أنه ثبت بما أقام البائع من البينة الدين على المشتري ، ولكن طريقه أن في الإيفاء[2] حفظ الثمن على الغائب ؛ لأنه يصير مضموناً على القابض بالمثل ، فيكون بمعنى القرض ، وللقاضي أن يقرض مال الغائب لما فيه من زيادة حفظ ليس في الإيداع فكذا هذا .

والدليل على أن البيع وإيفاء الثمن كان على سبيل الحفظ من القاضي لا على سبيل القضاء أنه لو فعل ذلك من غير بينة أقامها الحاضر بأن يعرف ذلك من الناس كان له ذلك ؛ وكذا لو فعل القاضي ذلك بعد إقامة البينة ، ثم جاء الغائب وجحد الشراء ، وقال : الجارية جاريتي من الأصل يحتاج البائع إلى إقامة البينة ثانياً ، ولو فعل القاضي ذلك على وجه القضاء صار الغائب مقضياً عليه بالشراء ، ولو صار مقضياً عليه بالشراء لكان لا يلتفت إلى إنكاره بعد ذلك مع هذا صح إنكاره ، عرف أن ما فعله القاضي على سبيل الحفظ لا على سبيل القضاء ، وللقاضي ولاية الحفظ في مال الغائب .

ثم إذا باع القاضي الجارية وأوفى البائع حقه ، فإنه يأخذ منه كفيلاً ثقة لجواز أنه أخذ الثمن من المشتري مرة ، فمتى حضر المشتري احتاج إلى أن يرجع إلى البائع بالثمن وربما

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : إيفاء .

لا يجد البائع فيأخذ كفيلاً نظراً للمشتري ، حتى إن تعذر عليه اتباع البائع اتبع الكفيل فيستوفي من الكفيل .

ثم إن كان فيه وضيعة فعلى المشتري ، وإن كان فيه فضل فللمشتري ؛ لأن بيع القاضي - وله ولاية البيع على المشتري من الوجه الذي ذكرنا - كبيع المشتري .

ولو أن المشتري باع الجارية بنفسه إن كان فيه وضيعة يكون على المشتري ؛ لأن الدين على المشتري ، [وقد أدى البعض ولم يؤد البعض ، فإن لم يؤد يكون دينًا على المشتري][1] ، فكذا إذا باعه القاضي .

وإن كان فيه فضل فله ؛ لأنه بذل ماله فيكون له ، ثم وضع المسألة في الجارية ولم يضع في الدار ، ويجب أن يقال بأنه في الدار لا يتعرض القاضي لذلك ولا يبيع الدار ؛ لأن القياس أن لا يبيع الجارية على المشتري ، وإنما يبيعها استحساناً إما لدفع البلية عن البائع وهو إسقاط النفقة عنه ، وإنما يحتاج إلى النفقة إذا كان حيواناً ، أو للحفظ على الغائب وإنما يحتاج إلى الحفظ إذا كان المبيع شيئاً يخاف[2] عليه[3] التلف كالجارية ونحوها دون العقار ، وأنها محصنة بنفسها .

وإن كان يعرف مكان المشتري فإنه ليس للقاضي أن يبيع الجارية ، وإن أقام البائع البينة على ذلك ، فرق بين هذا وبينما إذا كانت الجارية آبقة فادعى الذي في يده الجارية أنها آبقة وأقام البينة على ذلك وطلب من القاضي بيعها ، أو كانت وديعة أو ضالة كالبعير والبقر ، وطلب من القاضي أن يبيع ذلك ، أو يأمره بالنفقة على حسب ما يرى الأصلح للغائب ، والقاضي[4] يعرف مكانه ، [إن كان يرجو قدومه عن قريب أمر

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : بخلاف .

(٣) في (هـ) و (ب) : فيه .

(٤) في (ك) : وأن القاضي .

بالنفقة حتى لا تزول العين عن ملكه][1] ، وإن كان القاضي لا يرجو قدومه عن قريب وخاف أنه متى أمر الذي في يديه الجارية بالنفقة أنها تأتي على قيمة الجارية[2] يبيع الجارية ؛ وذلك لأن نفقة الآبقة والوديعة على ربها ، فمتى لم يبع أتى النفقة على جميع ماله فيهلك ماله وعلى القاضي أن يدفع الهلاك عن أموال الناس ما أمكنه ، وكان النظر للغائب أن يبيع ، وههنا النظر للغائب في أن لا يبيع حتى لا يزول الدين من ملكه ؛ لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يحضر المشتري فيقبض ، وإذا هلكت كانت مضمونة عليه ، فالنظر للغائب أن لا يبيع إذا كان يعرف مكانه ، ولكن يأمره بطلب المشتري وهذا إذا جاء المشتري وأقر بذلك ، فأما إذا أنكر الشراء احتاج البائع إلى إقامة البينة على المشتري ثانياً ؛ لأن البيع لم يثبت بما أقام من البينة ؛ لأنه لم يكن عنه خصم حاضر .

قال أبو حنيفة : إذا كانت الدار في أيدي ورثة وأحدهم غائب ، فادعى أحدهم أنه اشترى نصيب الغائب هل تقبل هذه البينة على بقية[3] الورثة الذين في أيديهم الدار؟ فهذا على وجهين :

إما أن يكون بقية الورثة الذين في أيديهم الدار مقرين[4] بنصيب الغائب ، أو كانوا منكرين نصيب[5] الغائب ، فإن كانوا مقرين بنصيب الغائب ؛ فإنه لا تقبل بينته ؛ لأنها قامت على إثبات الشراء على الغائب ، وليس عنه خصم حاضر ، وإنما قلنا : ليس عن الغائب خصم حاضر ؛ لأن أحد الورثة إنما ينتصب خصماً [فيما يستحق للميت ويستحق عليه ، فأما فيما يستحق على أحدهم لا ينتصب البعض خصمًا][6] عن البعض على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) قوله : « تأتي على قيمة الجارية » غير واضح في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) : هذه .

(٤) قوله : « فهذا على وجهين ... مقرين » تكرر في (ك) .

(٥) في (ب) : بنصيب ، وفي (ك) : نصيب .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وإن كانوا منكرين تسمع هذه البينة، ويثبت الشراء على الغائب حتى لو حضر لا يكلف المدعي إعادة البينة ؛ لأنه أقام البينة على الغائب في إثبات الشراء وعنه خصم حاضر جاحد ، فتسمع هذه البينة كما لو كان الغائب وكله بالخصومة ، وإنما قلنا ذلك ، وذلك لأنه ادعى حقاً على الحاضر بسبب على الغائب ، وقد جحد الحاضر ما ادعى المدعي وصح جحوده ؛ لأن اليد له فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب .

كعبد قطع يد رجل ، وادعى المقطوع يده أن مولاه أعتقه ، وأنكر العبد ذلك انتصب العبد خصماً عن المولى في إثبات العتق عليه ؛ لأن المقطوع يده ادعى حقاً على الحاضر وهو العبد بسبب على الغائب وهو المولى فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب فكذلك هذا .

قال محمد في «الزيادات» : رجل في يديه دار اشتراها رجل من غير ذي اليد بعبد وسلم العبد إليه ، ثم خاصم المشتري صاحب اليد في الدار فأخذها منه بهبة أو صدقة أو شراء أو وديعة أو غصب أو ما أشبه ذلك ، فليس له على العبد سبيل ؛ لأن في زعمه أن القبض مستحق له بجهة الشراء والمستحق بجهة يقع عن جهة المستحق ، وإن أوقعه الموقع لجهة أخرى ، فوقع هذا القبض بجهة الشراء وسلم الدار للمشتري بجهة الشراء ، ولا يكون له على العبد سبيل ، أورد هذه المسألة لتبين أن المشتري إذا وصل إلى المشترى يعتبر وصوله بجهة الشراء وصل إليه من جهة البائع أو من جهة غيره ، فإن صاحب اليد لو استرد[1] الدار من يد المشتري ، فإن كان في يد المشتري بسبب الغصب أو بسبب الوديعة فالمشتري يرجع على البائع بالعبد .

فإن قيل : المستحق بالشراء أصل القبض لإدامته ، وبالاسترداد يتقدم إدامة القبض لا أصله .

قلنا : بلى إلا أن قبض المشتري نقض بسبب سابق على عقده فارتفع قبضه من الأصل ، وصار كأن لم يكن ، ولو انعدم القبض من الأصل رجع المشتري على البائع بالعبد فههنا كذلك .

---

(١) في (ك) : فإن جاء صاحب اليد واسترد .

قالوا : ولو كان[١] مكان الدار جارية اشتراها بالعبد فوصلت إلى يد المشتري بالأسباب التي ذكرنا ، ثم هلكت في يده لا يكون له على العبد سبيل ؛ [لأنه قبضها بجهة المستحق ، وتقرر القبض بالهلاك ولا يكون له بعد ذلك على العبد سبيل][٢] إلا في صورة وهو أن الجارية لو كانت غصباً في يد المشتري جاء ذو اليد وضمنه قيمتها بحكم الغصب كان له أن يرجع على البائع بالعبد ؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين لكون القيمة بدلاً عن العين .

ولو كانت الجارية قائمة في يد المشتري وأخذ صاحب اليد عينها أليس أن المشتري يرجع على البائع بالعبدة ؟ فههنا كذلك .

وكذلك لو كانت الجارية غصباً في يدي المشتري فأَبِقَت فجاء صاحب اليد ، وضمَّن المشتري قيمتها رجع المشتري بالعبد على البائع بقيمتها[٣] لما قلنا ، فإن عادت من الإباق عادت إلى[٤] ملك الغاصب وهو المشتري ، عرف ذلك من مذهبنا والعبد سالم للمشتري لا سبيل لبائع الجارية عليه ؛ لأن القاضي نقض البيع بينهما حيث قضى له بالرجوع بالعبد ، فلا يكون لبائع الجارية على العبد سبيل ، يبقى هذا القدر أن الجارية قد سلمت للمشتري ، إلا أنها سلمت له بحكم أداء الضمان لا بحكم المبيع فلا يمنع ذلك سلامة العبد له . انتهى[٥] .

رجل اشترى من آخر داراً بعبد ، والدار في يدي غير البائع ، وصاحب اليد يدعي أنها له ، فخاصم المشتري صاحب اليد ، فلم يُقْضَ له شيء[٦] ، وطلب المشتري من القاضي أن يفسخ العقد بينهما ؛ لعجز البائع عن التسليم ، أجابه إلى ذلك ؛ لما مر قبل هذا ،

---

(١) في (ك) : ول قال كان .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : على .

(٥) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ب) و (ك) .

(٦) في (هـ) : فلم يقض له بشيء .

فإن فسخ العقد بينهما وأمر البائع برد العبد على المشتري ، ثم وصل الدار إلى يد المشتري يوماً من الدهر بسبب من الأسباب فالفسخ ماض حتى لا يؤمر المشتري برد العبد على البائع ، وإنما كان كذلك ؛ لأن القاضي إنما فسخ العقد بينهما باعتبار عجز البائع عن التسليم ، وبوصوله الدار إلى يد المشتري بعد ذلك بسبب من الأسباب لا يتبين[١] أن العجز لم يكن نافذاً وهل يؤمر المشتري بتسليم الدار إلى البائع لإقرار البائع[٢] بالدار حين اشترى الدار منه؟ ينظر ؛ إن كان المشتري صرح بالإقرار[٣] وقت الشراء يؤمر ؛ لأنه أقر بما لم يملك ، ثم ملكه ، فيؤمر بالتسليم إليه ، وإن لم يصرح بالإقرار ، ذكر ههنا أنه لا يؤمر ، فعلى رواية هذا الكتاب لم يجعل الإقدام على الشراء إقراراً بكون المشترى ملكاً[٤] للبائع .

وذكر في «الجامع» أن الإقدام على الشراء إقرار بصحة الشراء ، ولا صحة للشراء إلا بصحة المبيع ، ولا صحة للبيع إلا بملك البائع ، فصار الإقدام على الشراء إقراراً بملك البائع من هذا الوجه .

وجه ما ذكر ههنا أن صحة الشراء لا تعلق [لها][٥] بالملك لا محالة ، فإن الشراء كما يصح من المالك يصح من غير المالك ؛ إما بإنابة المالك كالوكيل والرسول ، أو بإنابة الشرع كالوصي ، فلم يكن الإقدام على الشراء إقراراً بالملك لهذا .

والصحيح ما ذكر في «الجامع» أن الإقدام على الشراء إقرار بالملك[٦] [للبائع على اعتبار الأصل ؛ لأن الأصل تصرف الإنسان لنفسه ، لكن مع أن][٧] الصحيح ما ذكر

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : لإقراره البائع .

(٣) في (ك) : بالإقرار له .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) قوله : « والصحيح ما ذكر في الجامع أن الإقدام على الشراء إقرار بالملك » تكرر في (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

ومن قوله : « لا محالة » إلى قوله : « بالملك لهذا » تكرر في (م) .

في «الجامع» لا يؤمر بتسليم الدار ههنا باتفاق الروايتين ؛ لأن هذا ليس بإقرار مصرح ، بل هو إقرار في ضمن الشراء ، [وقد انتقض الشراء ههنا ، فينتقض ما [ثبت][1] في ضمنه ، وليس كالإقرار المصرح ؛ لأن الإقرار هناك حصل ابتداء لا في ضمن الشراء][2] فانتقاض الشراء لا يوجب انتقاض الإقرار ، فبقي كما كان .

فعلى قول هذا[3] التعليل إذا استام عيناً من آخر [واستباعه فلم يتفق بينهما بيع ، ثم وصل إليه ذلك العين يوماً من الدهر يؤمر بالتسليم إلى الذي استامه][4] وابتاعه ؛ لأن الإقرار هناك وإن حصل في ضمن الاستآم والاستباعة إلا أنه لم يرد عليهما نقض حتى ينتقض الإقرار الثابت في ضمنها فبقي الإقرار كما كان .

رجل اشترى من آخر داراً بعبد ، وتقابضا ، ثم استحق نصف الدار كان مشتري الدار بالخيار ؛ لأنه تفرقت الصفقة[5] عليه ، وهذا التفريق أوجب عيباً في الباقي ؛ إذ الشركة في الأعيان عيب ، فيكون له الخيار إن شاء أخذ بنصف العبد وإن شاء ترك ، فلا يكون لمشتري العبد الخيار ، [وإن تفرقت الصفقة عليه وتعيب الباقي بعيب الشركة لأن هذا العيب][6] إنما كان بسبب تدليس من جهته هو بيع الدار مع علمه أنه لا يملك إلا النصف ، فلا يبقى مستحقاً للنظر ، وعلى هذا إذا استحق نصف العبد كان لمشتريه الخيار ، فإن اختار نصف الدار[7] لا خيار لمشتري الدار لما قلنا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : فبقي فرق هذا التعليل .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٥) في (م) : « الصفة » ، والمثبت من (هـ) و (ب) و (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) في (ب) و (ك) : فإن اختار أخذ نصف العبد نصف الدار .

وإن استحق نصف العبد ونصف الدار ذكر في «الكتاب» : أن كل واحد من المشتريين بالخيار ، إن شاء أخذ وإن شاء ترك لوجود علة الخيار في[١] البدلين في الشركة .

وإن لم يبين قدر المأخوذ وقدر المتروك ؛ من أصحابنا من قال مشتري الدار بالخيار إن شاء أخذ ربع العبد بربع الدار ، وإن شاء ترك .

ووجه ذلك : أنه استحق من كل واحد من البدلين نصفه إلا [أن][٢] النصف المستحق من الدار لا يكون بإزاء النصف المستحق من العبد ، وغير المستحق من الدار بإزاء غير المستحق من العبد ، بل النصف الذي هو المستحق من الدار يقابله نصف العبد شائعاً من المستحق ومن غير المستحق ، ويجعل الدار والعبد كل واحد منهما أرباعاً ، فإذا استحق ربع الدار يقابله من العبد ربع مستحق وربع غير مستحق ، فإذا انفسخ العقد في الربع المستحق من العبد ينفسخ فيما يقاله من الدار وهو ربع الدار ، فانفسخ العقد في ثلاثة أرباع العبد وفي ثلاثة أرباع الدار ، وبقي العقد في ربع العبد وربع الدار ، فلهذا قال : كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ الربع بالربع وإن شاء ترك .

وبعض أصحابنا قالوا : كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ النصف بالنصف وإن شاء ترك ؛ لأن[٣] كل واحد منهما باع ما يملك وما لا يملك ، فيصرف بيع كل واحد منهما إلى ما يملك طلباً للجواز ، كعبد بين اثنين باع أحدهما نصفه ينصرف[٤] ذلك إلى النصف الذي هو ملكه ، وطريقه ما قلنا .

وإن لم يختر واحد منهما شيئاً حتى جاء المستحق لنصف العبد وسلَّم ذلك النصف إلى مشتري العبد بهبة أو صدقة يبطل خيار مشتري العبد ؛ لأنه استحق جميع العبد

---

(١) في (ب) و (ك) : وهو .

(٢) زيادة من (هـ) و (ك) ، وفي (ب) : لأن .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : فيصرف .

بالعقد ، وقد سَلَّم ذلك النصف[١] له جميع العبد بالعقد[٢] نصفه من بائع العبد ونصفه من المستحق ، وقد بينا أن المستحق بجهة إذا وقع يقع عن جهة المستحق سواء [وقع من جهة المستحق] [٣] عليه أو من جهة غيره ، ويكون الخيار لمشتري الدار إذا لم يسلَّم له جميع ما استحق من الدار . والله أعلم[٤] .

❊ ❊ ❊

(١) قوله : « ذلك النصف » سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : بالعبد .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ك) ، وفي (ب) : والله تعالى أعلم بالصواب .

الفصل السادس

في الاستحقاق وما هو في معنى الاستحقاق

وما يجب اعتباره في هذا الفصل وما لا يجب ، واستحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق ، ولا يجب[١] نقضه في « ظاهر الرواية » وقد ذكرنا في كتاب البيوع أن استحقاق المُشْتَرَى [على المشتري][٢] يوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على الشراء لأن البيع معاوضة ، ومبنى[٣] المعاوضة على التساوي والمساواة فيما قلنا ، وإذا كان الاستحقاق بسبب متأخر عن البيع لا يوجب الرجوع بالثمن على البائع ؛ لأن الواجب على البائع إثبات يدي[٤] المشتري على المُشْتَرى لإدامة يده لعجز البائع عن ذلك .

وهذا الفصل يشتمل على أنواع :

الأول[٥] : إذا ادعى المشتري استحقاق المُشْتَرَى ، وأراد الرجوع على البائع بالثمن لابد وأن يفسر الاستحقاق ويبين سببه لما ذكرنا أن الاستحقاق إنما يوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على البيع .

[أما إذا كان الاستحقاق بسبب متأخر عن البيع فلا ؛ لأن الاستحقاق مطلقًا كما تحتمل دعوى الاستحقاق بسبب سابق على البيع][٦] ؛ بأن كان الاستحقاق بالنتاج[٧] وبالملك المطلق يحتمل الاستحقاق بسبب الشراء من المشتري .

---

(١) في (هـ) و (ك) : يوجب .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (م) و (ب) : معنى .

(٤) في (ك) : يد .

(٥) في (ك) : النوع الأول .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (هـ) : أو .

ثم إذا بين سبب الاستحقاق وصح ذلك ، وأنكر البائع البيع منه وأقام المشتري البينة على البيع قبلت بينته ، وكان له الرجوع بالثمن ، ولا يشترط حضرة المشتري لسماع البينة عند بعض المشايخ[١] ، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني[٢] رحمه الله ، بل إذا ذكر شبه[٣] العبد وصفاته وذكر مقدار الثمن كفاه ؛ لأن العبد غير مقصود في هذه الدعوى وفي هذه الشهادة ، فلا يشترط حضرته .

وعلى هذا العبد إذا تداولته الأيدي وادعى حريته على المشتري الآخر ، ورجع البعض على البعض لا يشترط حضرة العبد عند الرجوع بالثمن ويكفي أن يقول المشهود : إن العبد الذي أقام البينة على حريته باعه هذا من هذا .

وعند بعضهم يشترط حضرته ، ثم إذا قبل بينة المشتري ورجع المشتري على البائع بالثمن بقضاء القاضي ، وأراد البائع أن يرجع على بائعه بالثمن كان له ذلك ، وإن زعم أنه ليس له حق الرجوع لما أنكر البيع إلا أن القاضي لما قضى عليه بالبيع بالبينة فقد رد زعمه والتحق بالعدم .

ولو أبرأ البائع المشتري عن الثمن أو وهبه منه ، ثم استحق المبيع من يد[٤] المشتري لا يرجع على بائعه بشيء ؛ لأنه لا شيء له على بائعه ، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض[٥] .

وإذا استحق المبيع من يد المشتري وهو لم يؤد الثمن أو أدى بعضه يجبر على أداء الثمن[٦] في الفصل الأول ، وعلى أداء الباقي في الفصل الثاني ، بخلاف ما إذا طعن المشتري بعيب حيث لا يجبر على أداء الثمن ؛ لأن في فصل العبد لو دفع يسترد ثانياً لا محالة .

---

(١) في (ب) زيادة : رحمهم الله تعالى أجمعين .

(٢) تقدمت ترجمته ص ٣٧ .

(٣) في (هـ) : عليه .

(٤) في (م) : يدي . والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) في (هـ) و (ب) : البعض .

(٦) في (ب) : البعض .

[وفي فصل الاستحقاق لا يسترد ثانياً لا محالة][(١)] لجواز أن القاضي عسى لا يقضي ببينة المستحق أو يجيز المستحق البيع ، [وإذا استحق المبيع][(٢)] من يدي المشتري ، وأراد المشتري الرجوع بالثمن على بائعه ، وأراه السجل [فأقر بالاستحقاق ، وقبل السجل][(٣)] ووعد أن يدفعه الثمن ثم أبى ذلك ، فالقاضي يجبره على دفع الثمن .

ولو لم يقر بالاستحقاق ولكن وعد له دفع الثمن لا يجبر عليه ؛ فمجرد الوعد لا يلزمه شيئاً .

وإذا رجع المشتري على بائعه ، وصالحه البائع على شيء قليل كان للبائع أن يرجع على بائعه بجميع الثمن . انتهى[(٤)] .

نوع آخر : اشترى من آخر عبداً وباعه[(٥)] من غيره ، ثم إن المشتري الأول اشتراه ثانياً ، ثم استحقت الدار من يده ورجع هو على البائع الأول ، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله .

هذا الجواب إنما يستقيم على الرواية التي تقول فيها : إن القضاء بالملك[(٦)] للمستحق يوجب انفساخ البياعات ، فخرج بيع المشتري الأول وشراؤه ثانياً [من البين ، فصار كأنه لم يبع من غيره ، وأما على ظاهر الرواية القضاء بالملك للمستحق لا يوجب انفساخ البياعات فيبقى بيع المشتري الأول وشراؤه ثانياً][(٧)] على حاله ، فلا يكون له الرجوع على البائع الأول فنسمي المشتري الأول زيداً ،

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) في (ب) : أو عبده .

(٦) في (ك) : لمالك .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ونسمي المشترى منه جعفراً ، فيرجع المشتري الأول وهو زيد على بائعه وهو جعفر ؛ لأن جعفر بائعه في الكرة الثانية ، ثم يرجع جعفر على زيد ؛ لأن زيداً بائعه في الكرة الأولى ، ثم يرجع زيد على البائع الأول .

وقيل : يجب أن يكون الجواب بالرد في العيب[١] نظير الجواب في الاستحقاق ، حتى أن في مسألتنا لو وجد المشتري الأول وهو زيد [بالدار عيباً قديماً بعدما باعه من جعفر ، ثم اشتراه ثانياً من جعفر كان لزيد أن يرده على جعفر ثم يرده جعفر على زيد][٢] ، ثم يرده زيد على البائع الأول ؛ وهذا لأن حق الرد بالعيب - وإن كان ينقطع بالبيع - إلا أن القاضي بالرد على البائع الآخر يفسخ العقد الذي جرى بين المشتري الآخر والبائع الآخر ، فصار كأن لم يكن حتى لو كان الرد من المشتري الآخر بغير قضاء لا يكون لبائعه أن يرده على بائعه .

وفي شرح وكالة « الجامع » من تعليقي في باب قبل باب ما يكون[٣] وكالة في الطلاق على سبيل الاستشهاد : وقبضه رجل اشترى من رجل عبدًا وقبضه وباعه من غيره ، وقبضه ذلك الغير ، ثم اشتراه ذلك[٤] الغير ثانياً ، ثم اطلع على عيب به قد كان عند البائع الأول لم يرده على الذي اشتراه منه لأنه لا يفيد ؛ لأنه لو رده عليه كان للمردود عليه أن يرده عليه في الحال ، فلا يفيد الرجوع ، ولا يرده على البائع الأول ؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جهة البائع الأول ، فعلى قياس هذه المسألة يجب أن يقال في فصل الاستحقاق : إن زيداً لا يرجع على جعفر لأنه لا يفيد . انتهى .

---

(١) في (هـ) و (ك) : بالعيب .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) : كان .

(٤) في (ك) : من ذلك .

اشترى من آخر داراً وقبضها واستحقت من يده فقال المستحق للمشتري : خذ الثمن الذي دفعت[١] إلى البائع مني فأخذ ، ثم أراد المستحق أن يسترد ما دفع إلى المشتري هل له ذلك؟

فقد قيل : يجب أن لا يكون له ذلك على رواية يقول فيها : إن بقضاء القاضي بالملك للمستحق[٢] ينفسخ البياعات المتقدمة ؛ لأنه أدى[٣] دين البائع متبرعاً ؛ لأن البيع السابق لما انفسخ بالاستحقاق وجب على البائع رد الثمن على المشتري ، ومن أدى دين غيره متبرعاً لا يكون للمؤدي أن يرجع فيما أدى ، وعلى ظاهر الرواية له أن يسترد ذلك ؛ لأن على ظاهر الرواية[٤] لا ينفسخ البيع السابق بمجرد القضاء للمستحق ، فلا يجب الثمن على البائع ، فلا يصير مؤدياً دين البائع [فلو أن المشتري رجع بالثمن[٥] على البائع][٦] وطالبه بالثمن ، فقال المستحق للمشتري : خذ الثمن مني[٧] فأخذ ، ثم أراد المستحق أن يسترد منه ليس له ذلك باتفاق الروايات ، [لأن برجوع المشتري على البائع بالثمن انفسخ البيع الذي جرى بين البائع وبين المشتري][٨] ووجب الثمن على البائع ، فيصير المستحق قاضياً دين البائع على وجه التبرع[٩] ، فلا يكون له أن يسترد منه .

---

(١) في (هـ) : دفعته . وفي (ك) : دفعتها .

(٢) في (ب) : للمستحق بالملك .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : الروايات .

(٥) سقط من (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) قوله : « فقال المستحق للمشتري : خذ الثمن » تكرر في (ك) .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٩) في (ك) : الشرع .

قال محمد في « الزيادات » : رجل اشترى من رجل عبداً ، وقبضه ، وضمن رجل للمشتري ما أدركه من أدرك [في العبد ، ثم باعه المشتري من][(١)] آخر وسلمه إليه ، [ثم باعه المشتري الثاني من رجل آخر وسلمه إليه][(٢)] ، ثم استحقه مستحق من يد المشتري الآخر بالبينة[(٣)] ، وقضى القاضي بذلك يكون ذلك قضاء على المشتري الآخر وعلى البياعات جميعاً ، حتى لو أقام المشتري أو واحد من الباعة بينة على المستحق بالملك المطلق ، لا تقبل بينته ، وكان لكل واحد من المشتريين أن يرجع على بائعه بالثمن من غير أن يحتاج إلى إعادة البينة ، وإنما كان كذلك ؛ لأنه ثبت تلقي البعض عن البعض ، والقضاء بالملك المطلق على ذي اليد بالبينة قضاء عليه وعلى من تلقى ذو اليد الملك من جهته ؛ لأن القضاء بالملك قضاء بالملك من الأصل ، ولهذا يقضى للمستحق بالزوائد[(٤)] المتصلة[(٥)] والمنفصلة جميعاً ، فالقضاء بالملك من الأصل على ذي اليد بالبينة قضاء عليه وعلى من تلقى ذو اليد الملك من جهته ضرورة[(٦)] أنه لو لم يجعل كذلك كان الملك باقياً في حق البائع [عدماً في حق المشتري ، ويستحيل أن يكون الملك من الأصل عدماً في حق المشتري ويكون باقياً في حق البائع][(٧)] ، فصار كل واحد من الباعة مقضياً عليه ومستحقاً عليه ، فلا يقبل بينة واحد منهم على المستحق بالملك المطلق ، وكان لكل واحد منهم حق الرجوع على بائعه بالثمن لهذا ، ولكن إنما يرجع كل مشتر على بائعه إذا رجع عليه مشتريه[(٨)] حتى لا يكون للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الآخر ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : الزائد .

(٥) في (م) : المفضلة . وقد سقطت من (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٦) في (هـ) : منه ضرورة .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٨) في (ب) : مشتريه عليه .

ولا يكون للمشتري الأول أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأوسط[١] ، وإنما كان كذلك ؛ لأن يدي[٢] المستحق مملوك عندنا ، [فإن العقد] [٣] على المستحق عندنا منعقد لكونه موقوف على الإجازة ، فلو رجع على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد ، وأنه لا يجوز ، وكذلك لا يكون للمشتري الأول أن يضمن الكفيل بالدرك ما لم يرجع عليه ؛ إذ ليس له ولاية تضمين الأصل قبل أن يرجع عليه مشتريه ، وما [لم يجب على الأصل][٤] لم يجب على الكفيل .

وهل يحتاج كل مشترٍ إلى إقامة البينة على الرجوع عليه إذا أراد الرجوع على بائعه؟ ينظر ؛ إن لم يعلم القاضي بالرجوع عليه ؛ بأن كان الرجوع على قاضي آخر يحتاج ، وإن علم [القاضي بذلك ؛ بأن كان الرجوع على بائعه عند هذا القاضي لا يحتاج ، ولو أن العبد لم يستحق ، ولكن أقام البينة على المشتري الآخر على حرية الأصل ، وقضى][٥] القاضي بها رجع كل واحد منهم على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه ؛ [لأن القضاء بالحرية يوجب انفساخ البياعات ، وبدل الحر غير مملوك ، ولو رجع على بائعه قبل أن يرجع عليه مشتريه][٦] لا يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد ، وكذلك المشتري الأول يرجع على الكفيل قبل أن يرجع عليه ؛ لأنه التزم ما على الأصل ، وقد تقرر الوجوب على الأصل وثبت للمشتري الأول حق الرجوع عليه [قبل أن يرجع عليه][٧] فكذلك على الكفيل .

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : يد . وفي (ك) : بدل .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ولو لم يقم العبد البينة على حرية الأصل ولكن أقام البينة أنه كان عبداً لفلان منذ سنة أعتقه[١] ، وقضى القاضي بذلك ، وكان تاريخ العتق قبل تاريخ البياعات كلها ، يرجع كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه ؛ لأن القضاء بالعتق سابقًا على البياعات يوجب بطلان البياعات ، وبدل العتق ليس بمملوك ، فلو رجع كل بائع على بائعه قبل أن يرجع عليه[٢] لا يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد ، وكذلك إذا لم يعرف التاريخ ؛ لأنه إذا لم يعرف التاريخ يجعل العتق مقارناً للشراء لأنهما حادثان ، والحادثان إذا لم يعرف بينهما تاريخ جعلا متقاربين على ما عرف ، واقتران العتق بالشراء يوجب بطلان الشراء .

[ولو أن العبد لم يستحق ، ولكن أقام البينة على المشتري الآخر على حرية الأصل ، وقضى القاضي بها ، رجع كل واحد منهم على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه ، لا يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد ، وكذلك المشتري الأول يرجع على الكفيل قبل أن يرجع عليه ؛ لأنه التزم ما على الأصل ، وقد تقرر الوجوب على الأصيل ، وثبت للمشتري الأول حق الرجوع عليه ؛ قبل أن يرجع عليه ، فكذلك على الكفيل .

ولو لم يقم العبد البينة على حرية الأصل ، ولكن أقام بينة أنه كان عبدًا لفلان منذ سنة ، أعتقه ، وقضى القاضي بذلك ، وكان تاريخ العتق قبل تاريخ البياعات كلها ، يرجع كل مشتر على بائعه قبل أن يرجع عليه ؛ لأن القضاء بالعتق سابقًا على البياعات ، يوجب بطلان البياعات ، وبدل العتق ليس بمملوك ، فلو رجع كل بائع على بائعه قبل أن يرجع عليه ، لا يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد ، وكذلك إذا لم يعرف التاريخ ؛ لأنه إذا لم يعرف التاريخ يجعل العتق مقارنًا للشراء ؛ لأنهما حادثان ، والحادثان إذا لم يعرف بينهما تاريخ جعل المتقارنين على ما عرف ، واقتران العتق بالشراء يوجب بطلان الشراء][٣] .

---

(١) في (ك) زيادة : أو أقام رجل بينة أن العبد كان له منذ سنة أعتقه .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر بطوله في (م) .

وكذلك لو أقام العبد البينة أنه كان عبداً لفلان منذ سنة دبره، أو أقام رجل بينة على ذلك ، [أو كانت جارية قامت بينة أنها كانت لفلان منذ سنة استولدها ، وأقام رجل بينة على ذلك][1] ، وكان تاريخ هذه الأسباب قبل تاريخ البياعات كلها، أو لم يعرف التاريخ أصلاً، وقضى القاضي بذلك، فهذا ومالو أقامت[2] البينة على حرية الأصل أو على العتق سواء ، يرجع كل واحد على مشتريه قبل أن يرجع عليه ؛ لأنه ثبت لهما حق الحرية بمنزلة حقيقة الحرية .

طعن أبو خازم القاضي[3] رحمه الله في فصل التدبير والاستيلاد وقال : يجب أن يكون الجواب فيهما كالجواب في استحقاق الملك المطلق لا يرجع كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه ؛ لأن العقد على المدبر وأم الولد منعقد ، ولهذا نفذ البيع في المدبر بقضاء[4] القاضي رواية واحدة ، وفي أم الولد على إحدى الروايتين ، وبدلهما مملوك ، ألا ترى أن المدبر يضمن بالغصب عند الكل وكذا أم الولد عندهما .

والجواب أن العقد لا ينعقد عليهما مع التدبير والاستيلاد ، ولا ينفذ[5] البيع بقضاء القاضي مع التدبير والاستيلاد ولكن قضاء القاضي بجواز بيع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : أقام .

(٣) القاضي أبو خازم ، عبد الحميد بن عبد العزيز ، الإمام العالم العامل الورع ، أصله من البصرة ، وأخذ الفقه عن محمد بن أبان ، والبكر العمي ، وتفقه عليه أبو جعفر الطحاوي ، وأبو طاهر الدباس ، ولي قضاء الشام والكوفة والكرخ من بغداد ، وله كتاب « المحاضر والسجلات » و « أدب القاضي » و « الفرائض » وكان ورعا ، عالما بمذهب أبي حنيفة ، وبالفرائض والحساب والزرع والقسمة والجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات .
قال عبيد الله بن سليمان بن وهب : « ما رأيت رجلاً أعقل من الموفق ، وأبي خازم القاضي » .
وله مواقف عجيبة في القضاء والشدة على الأمراء ، مات سنة ٢٩٢ » .
« تاريخ بغداد » ١١ : ٦٢ ، « الجواهر المضية » ٢ : ٣٦٦ ، « تاج التراجم » ص ١٨٢ ، « الطبقات السنية » ٤ : ٢٦٧ ، « الفوائد البهية » ص ٨٦ .

(٤) في (ب) : لقضاء .

(٥) في (ب) : ولا ينعقد .

المدبر يتضمن فسخ التدبير أولاً ، ثم البيع يلاقيه وهو قِنٌّ[١] ، وكذلك في أم الولد قضاء القاضي في القِنِّ، فأما مع التدبير والاستيلاد العقد لا ينعقد ولا ينفذ القضاء[٢] والبدل الذي شرط بالعقد في مقابلتهما لا يملك[٣] ، فصار فصل التدبير والاستيلاد نظير الحرية والعتق من هذا الوجه .

وإن قامت البينة على العتق والتدبير والاستيلاد بتاريخ بعد تاريخ البياعات كلها بعد أن أقام العبد[٤] والجارية بينة على المشتري الآخر أنه عبد فلان أو جارية فلان أعتقه أو استولدها بعد شراء المشتري الآخر ، وأقام رجل بينة على ذلك وقضى القاضي بذلك ، كان هذا والقضاء بالملك المطلق سواء ؛ لأن كل عقد جرى كان منفذاً[٥] ، والبدل الذي ذكر فيه كان مملوكاً بالقبض ؛ لأن العتق المتأخر لا ينافي الملك المتقدم ، ولو كان تاريخ العبد بين البياعات حتى وقع بعضها قبل العتق وبعضها بعد العتق ، فما كان قبل العتق لا يرجع فيه كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه ، وما كان بعد العتق يرجع فيه كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه اعتباراً للبعض بالكل[٦] .

نوع آخر : قال محمد في «الزيادات» : رجل اشترى من آخر جارية وقبضها ، ثم جاء مستحق واستحقها من يدي المشتري وقضى القاضي بذلك فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يستحقها [ببينة][٧] وفي هذا الوجه يرجع المشتري بالثمن على البائع ؛ لأن المبيع استحق على المشتري بما هو حجة في حق الناس كافة ، فيظهر الاستحقاق في حق البائع كما يظهر في حق المشتري .

---

(١) القن : هو العبد الذي كان أبوه مملوكاً لمواليه . « المعجم الوسيط » ٢ : ٧٩٨ .

(٢) في (ب) و (هـ) : بالقضاء .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (هـ) و (ك) : كلها بأن أقام العبد .

(٥) في (ب) و (هـ) : منعقدًا .

(٦) في (ب) : والله تعالى أعلم .

(٧) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

الوجه الثاني : أن يستحقها بإقرار المشتري ، وفي هذا الوجه لا يرجع المشتري بالثمن على البائع لما عرف أن الإقرار ليس حجة في حق البائع ، فلا يثبت له حق الرجوع على البائع .

الوجه الثالث : أن يستحقها بنكول المشتري وفي هذا الوجه لا يرجع المشتري بالثمن على البائع ، واعتبر نكوله بإقراره ، وفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا رد عليه المبيع بالعيب بنكوله ، فإنه يلزم الموكل واعتبر الرد عليه بنكوله بمنزلة الرد عليه بالبينة .

والفرق : وهو أن المشتري مختار في النكول إذا سبق منه ما يطلق له الثمن بكونها مملوكة له ، وهو الشراء فإن الشراء من أسباب الملك ، ولا ضرورة مع قيام الدليل ، فلم يكن مضطراً في النكول بل كان مختار فيه ، فاعتبر نكوله بإقراره لهذا .

أما في فصل الوكالة الوكيل مضطر في النكول إذا لم يسبق منه ما يطلق له اليمن بانتفاء العيب ؛ لأن الذي سبق منه قبول الوكالة بالبيع ، والإنسان كما يقبل [الوكالة في السليم[١] يقبل][٢] في المعيب ، وكما يبيع السليم يبيع المعيب ، وقد يبيع الإنسان مال نفسه ولا يعلم قيام العيب به فكيف يعلم الوكيل ، فكان مضطراً في النكول [فاعتبر النكول][٣] منه بمنزلة البينة ، حتى لو أقر بالعيب فرد عليه بإقراره لا يلزم الموكل ؛ لأنه مختار في الإقرار ؛ لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين فينكل فيقضي عليه بنكوله .

فإن قال المشتري بعدما أقر أو[٤] نكل : أنا أقيم البينة على [أن][٥] الجارية ملك المستحق يريد به الرجوع بالثمن على البائع لا تسمع بينته وإنما لم[٦] تسمع بينته لوجوه ثلاثة :

---

(١) في (م) : السلم . وفي (ب) : الثمن .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : أن .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) و (هـ) ، والمثبت من (ك) .

(٦) في (هـ) و (ك) : لا .

أحدها : أن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة ، والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض ؛ لأنه جعل مقراً أن الملك للبائع مقتضى إقدامه على الشراء ولم يصر مكذباً فيما أقر ، فيصير بدعواه أنها ملك المستحق متناقضاً[١] .

والثاني : أن هذه البينة قامت على إثبات ما هو ثابت ، وهو ملك المستحق ، [فإن ملك المستحق ثابت][٢] بإقراره أو بنكوله ، وإثبات الثابت لغو .

والثالث : أنها قامت من غير خصم ؛ لأن المشتري ليس بخصم عن المستحق في إثبات الملك له ؛ لأن المستحق لا يصلح في ذلك خصماً[٣] بنفسه .

وذكر في البيوع من « الإملاء » عن أبي يوسف : أن بينة المشتري للمستحق إنما لا تقبل حال غيبته ؛ لأنه ليس بوكيل عنه .

حتى[٤] ولو حضر المستحق وصدَّقه المشتري يقبل بينة المشتري ويرجع بالثمن على البائع ؛ لأن البينة قامت على إثبات الملك في حق البائع من المستحق ؛ لأن بينة المشتري صارت بينة المستحق ، وملك المستحق في حق البائع لم يكن ثابتاً ؛ والبينة إذا قامت على إثبات ما ليس بثابت وجب قبولها .

ولو أقام المشتري البينة على إقرار البائع أنها ملك المستحق قبلت بينته ، أما على المعنى الأول : لأنه لم يسبق[٥] منه ما يجعله متناقضاً في دعوى إقرار[٦] البائع أنها ملك المستحق ، وأما على المعنى الثاني : فلأنه بهذه البينة يثبت إقراره ليرجع عليه بالثمن وهو خصم في ذلك ، هكذا ذكر المسألة ههنا .

---

(١) في (م) : مناقضًا ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) : لا يصلح خصمًا في ذلك .

(٤) في (م) و (ب) : خفي .

(٥) في (ك) : يستحق .

(٦) سقط من (ك) .

قالوا وذكر في « الجامع الصغير »[١] : أن بينة المشتري على إقرار البائع أنها ملك المستحق لا تقبل ، وليس في المسألة اختلاف الروايتين وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع .

موضوع ما ذكر في «الجامع الصغير» : أنه أقام البينة على إقرار البائع بذلك قبل المبيع ، ولو كان هكذا لا تقبل بينته ؛ لأن إقدامه على الشراء ينفي إقرار البائع قبل البيع أنها ملك المستحق[٢] ، فيصير متناقضاً ، والمتناقض لا تسمع[٣] دعواه ولا تسمع بينته .

---

(١) لم أجده في «الجامع الصغير» الذي بين أيدينا .

و«الجامع الصغير» في الفروع للإمام : محمد بن الحسن الشيباني ، وهو كتاب قديم مبارك ، مشتمل على : ١٥٣٢ مسألة كما قال البزدوي ، وذكر الاختلاف في ١٧٠ مسألة ولم يذكر : القياس والاستحسان إلا في مسألتين ، والمشايخ يعظمونه حتى قالوا : لا يصلح المرء للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسائله .

قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في شرح « الجامع الصغير» : «كان سبب تأليف محمد : أنه لما فرغ من تصنيف الكتب ، طلب منه أبو يوسف أن يؤلف كتابا يجمع فيه ما حُفظ عنه مما رواه له عن أبي حنيفة ، فجمع ، ثم عرضه عليه فقال : نعما حفظ عني أبو عبد الله ، إلا أنه أخطأ في ثلاث مسائل ، فقال محمد : أنا ما أخطأت ولكنك نسيت الرواية » .

وذكر علي القمي : أن أبا يوسف مع جلالة قدره كان لا يفارق هذا الكتاب في حضر ولا سفر .

وكان علي الرازي يقول : من فهم هذا الكتاب فهو أفهم أصحابنا ، ومن حفظه كان أحفظ أصحابنا ، وإن المتقدمين من مشايخنا كانوا لا يقلدون أحدًا القضاء حتى يمتحنوه فإن حفظه قلدوه القضاء وإلا أمروه بالحفظ

وكان شيخنا يقول : إن أكثر مسائله مذكورة في المبسوط وهذا لأن مسائل هذا الكتاب تنقسم ثلاثة أقسام :

قسم لا يوجد لها رواية إلا هاهنا .

وقسم يوجد ذكرها في الكتب ولكن لم ينص فيها أن الجواب قول أبي حنيفة أم غيره وقد نص هاهنا في جواب كل فصل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

وقسم ذكرها أعادها هنا بلفظ آخر واستفيد من تغيير اللفظ فائدة لم تكن مستفادة باللفظ المذكور في الكتب قال : ومراده بالقسم الثالث ما ذكره الفقيه : أبو جعفر الهندواني في مصنف سماه : (كشف الغوامض) . انتهى

وله شروح كثيرة منها :

شرح الطحاوي ، وأبي بكر الجصاص ، وأبي عمرو الطبري ، وأبي بكر الظهير البلخي .

كما له منظومات منها : نظم شمس الدين العقيلي ، ونجم الدين أبي حفص النسفي ، ونظم محمد بن محمد القباوي ، وعلى بعضها شروح أيضاً . « كشف الظنون » ١ : ٥٦١ .

(٢) في (هـ) و (ك) : أنها للمستحق .

(٣) في (هـ) و (ب) : لا تصح .

وموضوع ما ذكر في «الزيادات» أنه أقام البينة على إقرار البائع بعد البيع ، وإذا كان هكذا تقبل بينته ؛ لأن إقدامه على الشراء ليس ينفي إقرار البائع بعد البيع أنها للمستحق ، فلا يصير متناقضاً فتقبل بينته .

ولو لم تكن للمشتري بينة تغني على إقرار البائع أن الجارية ملك المستحق ، فقال القاضي : سل البائع عن الجارية أهي ملك المستحق أم لا؟ يسأله القاضي ، وهذا لأن المشتري يزعم أنه مظلوم من جهة البائع ، وأن له حق الرجوع بالثمن عليه بإقراره ، فيسأله القاضي إزالة للظلم عنه ، فإن أقر لزمه الثمن لإقراره بحق الرجوع عليه ، وإن أنكر فطلب من القاضي أن يحلفه[1] أجابه إلى ذلك ؛ لأن الاستحلاف ههنا يفيد ، فإنه لو استحلف ربما ينكل فيصير مقراً .

ولو لم يستحق الجارية أحد ، ولكن ادعت أنها حرة الأصل ، [فأقر المشتري بذلك ، أو أبى اليمين ، وقضى القاضي بحريتها لا يرجع بالثمن على البائع ، أما إذا أقر فلأنه حجة قاصرة ، وأما إذا نكل فلأن نكوله بمنزلة الإقرار .

من مشايخنا من قال : قوله : « وأبى اليمين » ، غلط من الكاتب ؛ لأن أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف في الرق ، والدعوى ههنا دعوى الرق ؛ لأنها تزعم أنها حرة الأصل][2] وهما وإن كانا يريان الاستحلاف في دعوى الرق لكن في هذه الدعوى اليمين عليها لأنها منكرة[3] للرق ، فلا معنى لقوله في «الكتاب» : وأبى المشتري اليمين .

ومنهم من قال : بل ما ذكر صحيح ؛ لأنه تقدم منها ما هو نظير الإقرار بالرق ، فإن موضوع المسألة فيما إذا بيعت وسلمت وانقادت لذلك فلا يقبل قولها في دعوى الحرية بعد ذلك ، فإن قبول قولها باعتبار شهادة الظاهر ،

---

(١) في (ك) : يختلف .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) و (ك) : منكر للرق . وفي (ب) : تنكر للرق . والمثبت من (هـ) .

وفي هذه الصورة الظاهر لا يشهد لها ، وكان دعواها الحرية ههنا بمنزلة دعوى العتاق العارضي .

ولو ادعت عتقاً عارضاً على المشتري أليس إنه يحلف عندهما؟ فههنا كذلك .

فإن حضر البائع وأنكر ما قاله المشتري ، فقال المشتري : أنا أقيم البينة على البائع أنها حرة الأصل قبلت بينته .

فرق بين هذا وبين ما إذا أقام المشتري البينة على ملك المستحق حيث لا تقبل بينته .

والفرق إما على المعنى الأول ، فلأن المشتري وإن صار متناقضاً في هذه الدعوى ، ولكن التناقض لا يمنع قبول البينة على الحرية والعتق على ما عرف .

وأما على المعنى الثاني : فلأنه بهذه البينة يثبت ما ليس بثابت وهو غصب البائع الثمن لأن الحرة لا تدخل تحت العقد أصلاً ، ولا يجب في مقابلتها الثمن فهو بهذه البينة يثبت أنه قبض ماله بغير حق ، وقبض مال الغير بغير حق غصب .

أما في الاستحقاق فالمشتري ببينته [لا يثبت أنه غصب البائع الثمن ؛ لأنه لا يثبت أن ما][1] أخذه البائع أخذه بغير حق ؛ لأن بدل المستحق مملوك ، ولكن يثبت الملك للمستحق ليثبت لنفسه حق فسخ هذا العقد ، وفيما يرجع إلى الملك البينة قامت على إثبات ما هو ثابت .

وأما على المعنى الثالث : فلأنه يثبت ما هو سبب حقه وهو خصم فيه .

ولو ادعى المستحق على المشتري أنها جاريته وأنه أعتقها أو دبرها أو استولدها ، أو أقر المشتري بذلك أو نكل لا يرجع المشتري بالثمن على البائع ، لما ذكرنا .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

فإن أقام المشتري بينة على البائع بذلك [ليرجع بالثمن على البائع][(١)]، ينظر إن شهدت بينته بعتق مطلق[(٢)] أو بعتق مؤرخ بتاريخ قبل الشراء قبلت ، ويرجع بالثمن لما قلنا : إن التناقض في هذا الباب لا يمنع سماع البينة ؛ ولأنها قامت على إثبات ما ليس بثابت وهو غصب البائع الثمن على نحو ما بينا قبلت .

وأما إذا شهدوا بعتق مؤرخ بتاريخ [بعد الشراء لا تقبل بينته ؛ لأن هذه البينة لا تثبت غصب البائع الثمن ؛ إذ لا يثبت[(٣)] بطلان][(٤)] الشراء لو قبلت بينته لقبلت على الملك ، والملك ثابت للمستحق بإقرار المشتري أو بنكوله ، فقامت البينة على إثبات ما هو ثابت فلا تقبل[(٥)] .

نوع آخر : قال محمد رحمه الله في «الزيادات» [أيضاً][(٦)] : أمة في يد رجل يقال له عبد الله ، فقال رجل يقال له إبراهيم لرجل يقال له محمد[(٧)] : يا محمد الأمة[(٨)] التي في يد عبد الله كانت أمتي بعتها منك بألف درهم ، وسلمتها إليك ولم تنقد الثمن ، إلا أن عبد الله غلب عليك وغصبها منك . وصدقه محمد في ذلك كله ، وعبد الله ينكر ذلك كله ، ويقول : الجارية جاريتي ، فالقول في الجارية قول عبد الله لكونه صاحب يد ، ويقضى بالثمن لإبراهيم على محمد ؛ لأنهما تصادقا على البيع والتسليم ، وعلى أن عبد الله غصبها بعد البيع والتسليم ، والثابت بتصادقهما [لأن القول في الجارية قول عبد الله لكونه

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) و (ب) .

(٢) في (م) : مطلقًا .

(٣) في (هـ) : لا يثبت به .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (ب) : والله أعلم .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٧) سقط من (هـ) .

(٨) في (ب) : هذه الأمة .

صاحب يد][1] ويقضى بالثمن لإبراهيم على محمد[2] ؛ لأن الواجب على البائع إثبات يد المشتري على المبيع ، لاستدامة يده ، فكذلك ههنا .

فلو استحق رجل الأمة من يد عبد الله بعدما أخذ إبراهيم الثمن من محمد ، فأراد محمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم ، وقال : الجارية التي بعتها مني ورد عليه الاستحقاق لا يلتفت إلى ذلك ؛ لأن القضاء بالاستحقاق على عبد الله اقتصر على عبد الله ، ولم يتعد إلى محمد ؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد إنما يتعدى إلى غائب يتعدى[3] تلقي الملك من جهة[4] ، وذو اليد - وهو عبد الله - لا يدعي تلقي الملك من جهة محمد ، فلم يصر محمد مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله ، ولهذا لو أقام محمد البينة على المستحق أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم وهو يملكها قبلت بينته [وقضى بالجارية له ، ولو صار مقضياً عليه لما قبلت بينته][5] وما لم يصر محمد مقضياً عليه لا يرجع بالثمن على إبراهيم .

وكذلك لو كان الذي استحقها ، استحقها بالنتاج ؛ بأن أقام البينة على أنها جاريته ولدت في ملكه ، وقضى القاضي بها للمستحق لم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ، وإن ظهر بينة المستحق أن إبراهيم باع جارية الغير ؛ لأن القضاء بالاستحقاق اقتصر على عبد الله ، ولم يتعد إلى محمد فلم يصر محمد مقضياً عليه .

بيانه : هو أن دعوى النتاج ههنا غير محتاج إليه ؛ لأن المستحق خارج ، ألا ترى أنه لو أقام المستحق البينة على الملك المطلق قبلت بينته ، فسقط اعتبار

---

(١) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (هـ) و (ك) : « في حقهما كالثابت عيانًا ، ولو عاين القاضي بذلك أليس » .

(٢) في (ك) : لأنهما تصادقا على البيع لأن الواجب .

(٣) في (هـ) و (ك) : يدعي .

(٤) في (هـ) : جهته .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

دعوى بينة[١] النتاج وبقي دعوى الملك المطلق ، وفي دعوى الملك لا يصير محمد مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله [فكذا ههنا .

قال في «الكتاب» : ألا ترى أن محمداً لو أقام البينة على المستحق أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم ، وهو يملكها بكذا أنه يقضي [بها][٢] لمحمد ، ولو صار محمد مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله][٣] لما قضى له .

فرع على هذه المسألة الاستشهادية فقال : لو أعاد المستحق[٤] البينة على محمد أنها أمته ولدت في ملكه قضي بها للمستحق ، [ولم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم][٥] وترجحت بينته على بينة محمد ، لأن بينة النتاج لا يعارضها بينة الملك المطلق ، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم في هذه الصورة ؛ لأن محمداً صار مقضياً عليه بهذا القضاء ، ولو لم يستحق الجارية أحد ولكن أقامت الجارية البينة على عبد الله أنها حرة الأصل ، وقضى القاضي بحريتها رجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأن القضاء بالحرية ربما ألحق بها قضاء على الناس كافة ، فصار محمد مقضياً عليه بذلك ، ويثبت الاستحقاق عليه ، ولهذا لو أقام محمد البينة على الملك والشراء من إبراهيم لا تقبل بينته ولا يقضى له ، ولو لم يثبت الاستحقاق عليه لقبلت بينته ، واستحقاق المبيع على المشتري بسبب سابق على الشراء يوجب الرجوع على البائع بالثمن .

وكذلك لو أقامت[٦] البينة على عبد الله أنها كانت أمته أعتقها وقضى القاضي بذلك رجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ [لأن القضاء بالحرية ربما

---

(١) في (م) : البينة .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (ك) : لو أد والمستحق .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) .

(٦) في (م) و (ب) : قامت .

ألحق بها قضاء][1] لأن[2] دعوى الملك ههنا ليس بمقصود ، وإنما المقصود دعوى العتق ودعوى الملك لكونه وسيلة إلى العتق ، ولما كان المقصود دعوى العتق ، وليس بعض الأوقات للقضاء فيه بالعتق بأولى من البعض ، لما أنها لم يعين وقتاً في الدعوى كان هذا والقضاء بحرية الأصل سواء .

وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته دبرها أو استولدها ، كان الجواب كما قلنا ، لأن الثابت بالتدبير والاستيلاد [حق العتق ، فيكون ملحقاً بحقيقة العتق ، ولهذا لا يحتمل النقض والفسخ ، فصار دعوى الاستيلاد والتدبير كدعوى حقيقة العتق .

وهذا إذا قامت البينة على الإعتاق والتدبير والاستيلاد][3] من غير تاريخ .

فأما إذا أرخت ؛ بأن أقامت البينة على أن عبد الله ملكها منذ سنة ، وأعتقها أو دبرها أو استولدها وقضى القاضي بذلك ، فإنه ينظر إلى تاريخ العقد الذي كان بين إبراهيم ومحمد ، فإن كان منذ سنة أو أقل من ذلك يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأن ملك عبد الله صار مؤكداً بالعتق أو بما ألحق بالعتق ، والملك المؤكد بالعتق أو بما ألحق بالعتق مع الملك الخالي عن العتق أو بما[4] ألحق بالعتق [إذا اقترنا[5] ، كان الملك للمؤكد[6] أولى بالإثبات ؛ لقوة فيه ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) .

(٢) من قوله : لأن القضاء بالحرية ربما ألحق بها قضاء الناس كافة إلى هنا تكرر في (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) في (هـ) : عما .

(٥) في (ب) : أقرت .

(٦) في (ب) و (ك) : المؤكد .

فإذا استويا في التاريخ وصار المؤكد بالعتق][1] أولى كان من ضرورته بطلان شراء محمد من إبراهيم ، هو كذلك إذا كان تاريخ العقد[2] الذي جرى بين محمد وبين إبراهيم أقل من سنة من طريق الأولى ، أو نقول : بأن العتق الموقع ينفي ملكاً مقارناً[3] متأخراً عنه ؛ لأن العتق إبطال الملك ، ولا يتصور اقتران الملك بما يبطله ولا يتصور بعده أيضاً .

وإن كان تاريخ العقد[4] الذي جرى بين محمد وإبراهيم منذ سنين لا يرجع [محمد][5] بالثمن على إبراهيم ؛ إذ ليس من ضرورة ملك عبد الله ، وإن صار مؤكداً بالعتق بطلان شراء محمد من إبراهيم ، [قبله ؛ لجواز أن محمدًا اشتراها من إبراهيم منذ سنتين ، ثم انتقلت إلى ملك عبد الله منذ سنة وأعتقها ، ولأن العتق الموقع لا ينفي ملكًا نفاه ، فلا يظهر بطلان شراء محمد من إبراهيم ،][6] فلا نثبت له حق الرجوع على إبراهيم .

ولو أن الجارية أقامت البينة على عبد الله أنه كاتبها ، وقضى القاضي بذلك لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأن عقد الكتابة حق العبد ، وأنه معاوضة كسائر المعاوضات ، ولهذا يحتمل النقض والفسخ من جهة المتعاقدين فأشبه البيع .

ولو أقامت البينة على البيع من عبد الله ، وقضى بها للمستحق لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم كذا ههنا .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (ب) : العتق .

(٣) في (ب) زيادة : وملكًا مؤخرًا ،

(٤) في (ك) : العبد .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

قال في «الكتاب» : إلا إذا أدت بدل الكتابة وعتقت فحينئذ يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأن القضاء بالكتابة عند الأداء قضاء بالعتق ، فينفذ على الناس كافة ، فصار محمد مقضياً عليه ، فرجع بالثمن على إبراهيم ، ولهذا لو أقام[١] محمد بينة أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم ، إن كان قبل أداء بدل الكتابة تقبل ، وإن كان بعد أداء بدل الكتابة لا تقبل .

وإن أقر عبد الله [أنه اشتراها][٢] من محمد بمئة دينار وقبضها ونقده الثمن ، وصدقه محمد في ذلك ، فهذا على وجوه ثلاثة :

الوجه الأول : أن يتصادقا عليه ثم استحقت الجارية من يد عبد الله .

الوجه الثاني : أن يتصادقا عليه بعدما استحقت الجارية من يد عبد الله .

الوجه الثالث : أن يقرّ عبد الله بالشراء من محمد ، ومحمد كان غائباً أو حاضرًا ، فلم يصدقه ولم يكذبه حتى استحقت الجارية من يد عبد الله ، ثم صدقه محمد فيما قال .

ففي الوجه الأول يرجع عبد الله بالثمن على محمد ، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأن عبد الله مع محمد تصادقا على الشراء في زمان يملكان استئناف الشراء فانتفت التهمة فيصح التصادق ، وصار البيع ثابتًا به حسب ثبوته بالمعاينة ، ولو ثبت البيع بينهما عياناً ثم استحقت رجع عبد الله على محمد ورجع محمد على إبراهيم ، وصار القضاء على عبد الله قضاء على محمد ؛ لأن عبد الله يدعي تلقي الملك من جهة محمد ، وإذا صار محمد مقضياً عليه يرجع بالثمن على إبراهيم ضرورة ، بخلاف مسألة البيوع[٣] ؛ لأن هناك

---

(١) في (م) و (ب) : قام . والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) : بخلاف مسألة أول هذا النوع . وفي (ك) : بخلاف مسألة هذا النوع .

عبد الله لم يتلقَّ[١] الملك[٢] من جهة محمد ، فلا يصير محمد مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله لما مر ، أما ههنا بخلافه .

وفي الوجه[٣] الثاني : يرجع عبد الله بالثمن على محمد ، ولا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأن التصادق وجد في حال لا يملكان استئناف الشراء ؛ لأن المانع من الاستئناف قد تحقق ، فكان هذا تصادقاً في موضع التهمة فيصح عليهما حتى كان لعبد الله أن يرجع بالثمن على محمد ، ولم يصح على غيرهما حتى لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم .

[وكذلك الجواب على في الوجه الثالث : يرجع عبد الله بالثمن على محمد ، ولا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم][٤] ، فلم يعتبر التصادق ههنا مستنداً[٥] إلى وقت الإقرار ؛ إذ لو اعتبر لظهر أن التصادق كان قبل الاستحقاق ، وكان ينبغي أن يكون نظير الوجه الأول[٦] .

واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة ، بعضهم قالوا : التصديق إنما يستند إلى وقت الإقرار ، إذا بقي الإقرار ، أما إذا بطل فلا ، وههنا قد بطل ذلك الإقرار .

بيانه هو : أن الاستحقاق بالبينة على عبد الله يفتقر إلى قضاء القاضي ، وقضاء القاضي بالملك للمستحق يوجب تكذيب عبد الله في إقراره ، فكيف يستند التصديق إليه وقد بطل في نفسه؟ إلا أنه بعد الاستحقاق ثابت على إقراره ، فيستند التصديق إلى هذا الإقرار القائم للحال ، فصار كأنهما تصادقا بعد الاستحقاق ، فكان نظير الوجه الثاني لهذا .

---

(١) في (ك) : لم يبق .

(٢) في (م) : والملك .

(٣) في (ب) : والوجه .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (م) : مسند . وفي (هـ) : مستند . والمثبت من (ك) و (ب) .

(٦) سقط من (ب) .

وبعضهم قالوا : بأن محمداً متّهم في التصديق بعد الاستحقاق ؛ لأنه قصد به إثبات حق الرجوع لنفسه على إبراهيم ، فلا يصح تصديقه فيما يرجع إلى الإسناد ، وصار في حق الإسناد كان التصديق منه لم يوجد ، ولو لم يوجد منه التصديق أصلاً لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ؛ لأنه لا يصير مقضياً عليه ، ألا ترى أنه لو لم يصدق وأقام البينة على أنها أمته اشتراها من إبراهيم قُضِيَ له بها على المستحق ، فدلَّ أنه لا يصير مقضياً عليه[١] [قبل التصديق ؛ فكذا إذا تقدم[٢] التصديق ما لم يصر مقضياً عليه][٣] لم[٤] يرجع بالثمن على إبراهيم ، [ثم إذا لم يصدقا][٥] على إبراهيم في الوجه الثاني والثالث حين لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم ، فقال محمد[٦] : أنا أقيم البينة على إبراهيم ، [أن عبد الله اشتراها مني ، يريد به الرجوع بالثمن على إبراهيم][٧] قبلت بينته ؛ لأن هذه بينة قامت من خصم على خصم ؛ لأن بيع محمد من عبد الله سبب لثبوت حق الرجوع لمحمد على إبراهيم ، فصار محمد خصماً في إثبات هذا البيع ، وصار إبراهيم خصماً في إنكاره ودفعه ، فقبلت بينته .

وإذا قبلت البينة صار الثابت لها كالثابت عياناً ، ولو عاينا بيع محمد من عبد الله ، والباقي[٨] بحاله كان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم كذا ههنا .

وكذلك لو أقام محمد بينة أنه صدق عبد الله في دعواه الشراء منه قبل استحقاق الجارية من عبد الله قبلت بينته ، ورجع محمد بالثمن على إبراهيم اعتباراً للتصادق الثابت بالبينة بالثابت عياناً .

---

(١) قوله : « ألا ترى أنه ... مقضيًا عليه » تكرر في (ب) .

(٢) في (هـ) و (ك) : انعدم .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (هـ) و (ك) : لا .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) سقط من (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٨) في (م) : فالباقي .

ولو تصادق محمد وعبد الله على أن محمداً وهب الجارية من عبد الله ، وسلمها إليه فهي على وجوه ثلاثة : على نحو ما ذكرنا في الشراء ، ففي الوجه الثاني والثالث : لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ، وفي الوجه الأول : يرجع ، وكان ينبغي أن لا يرجع ؛ لأن في فصل الشراء لا يرجع [محمد][1] بالثمن على إبراهيم ما لم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم[2] [وههنا لا يرجع عبد الله على محمد أصلاً ، فكيف يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؟][3] ولكن الوجه في ذلك أن يقال : بأن في فصل الشراء رجوع عبد الله بالثمن على محمد ما شرط ليصير محمد مقضياً عليه ؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء عليه ، وعلى من تلقى الملك من جهته وقد ثبت تلقي عبد الله الملك من جهة محمد[4] ، فصار محمد مقضياً عليه ولكن إنما شرط باعتبار أن بدل المستحق مملوك العاقد ، فلو رجع محمد بالثمن على إبراهيم قبل أن يرجع عبد الله على محمد بالثمن يجتمع الثمنان في ملك محمد بدلاً عن ثمن واحد ، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه ، وهذا المعنى معدوم في الهبة والصدقة ، وكان لمحمد أن يرجع بالثمن [على إبراهيم ، وإن لم يكن لعبد لله أن يرجع بالثمن على محمد][5] .

رجل اشترى [من آخر كرماً ، أو اشترى][6] الأرض والنخيل جميعاً وقبضها ، ثم استحقت العَرْصَةُ وحدها كان للمشتري أن يرد الأشجار على البائع ، ويرجع عليه بجميع الثمن .

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) و (ك) : ما لم يرجع عبد الله بالثمن على محمد .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وبمثله لو اشترى حماراً مع بردعتها أو اشترى الحمار والبردعة جميعاً وقبضهما ، ثم استحق الحمار دون البردعة ليس للمشتري أن يرد البردعة ، ويرجع على البائع بجميع الثمن ، بل يمسك البردعة بحصتها من الثمن .

والفرق : أن في فصل الكرم اشترى الأشجار النامية والمثمرة ، وبعد استحقاق العَرْصَةُ[١] يؤمر المشتري بقلع الأشجار ، وبالقلع يخرج عن الثمن[٢] ويصير حطباً ، وهذا عيب فاحش فيثبت للمشتري حق الرد .

هذا المعنى لا يتأتى في فصل البردعة ؛ لأن باستحقاق الحمار لا يصير البردعة شيئاً آخر ، فلا يخرج عن الانتفاع الذي اشتراها لأجله فلهذا افترق .

أحال البائع[٣] بالثمن على المشتري بالثمن ، وأدَّى المشتري الثمن إلى المحتال له ، ثم استحقت الدار من يدي المشتري ، فالمشتري على من يرجع بالثمن؟ ذكر في «مجموع النوازل»[٤] عن الشيخ الإمام شيخ الإسلام السُّغْدي[٥] : أن المشتري يرجع[٦] على البائع .

---

(١) هي البقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها .
« المعجم الوسيط » ٢: ٦٢٢ .

(٢) في (هـ) و (ك) : عن حد الثمر .

(٣) في (ب) : أحال البائع رجلاً .

(٤) في (ك) : ذكر محمد في النوازل .
و « مجموع النوازل والحوادث والواقعات » : وهو : كتاب لطيف في فروع الحنفية ، للشيخ الإمام : أحمد بن موسى بن عيسى بن مأمون الكشي المتوفى في حدود ٥٥٠ .
وظن ابن نجيم أنه : لعلي الكشي وليس كذلك كما نبه عليه تقي الدين ، ذكر أنه : جمع من فتاوى منها : « فتاوى أبي الليث السمرقندي » و « فتاوى أبي بكر فضل » و « فتاوى أبي حفص الكبير » وغير ذلك .
وانتظمت هذه الفصول عن : خمسة عشر من الأصول .
« كشف الظنون » ٢ : ١٦٠٦ . وقد ذكر له في « المعجم الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط » قسم الفقه وأصوله ٩ : ١١٩ ثمان نسخ ، أغلبها في تركيا ، فانظرها إن شئت .

(٥) ركن الإسلام أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُغْدي ، نسبته إلى سُغْد ناحية من نواحي سمرقند ، كان إماماً فاضلاً فقهياً مناظراً ، سكن بخارى ، وتصدر للإفتاء ، وولي القضاء ، انتهت إليه رياسة الحنفية ، ورُحل إليه في النوازل والواقعات ، أخذ الفقه عن شمس الأئمة السرخسي ، وروى عنه « شرح السير الكبير » .
صنف « النتف في الفتاوى » و « شرح الجامع الكبير » .
توفي ببخارى سنة ٤٦١ .
« الجواهر المضية » ٢ : ٥٦٧ « تاج التراجم » ص ٢٠٩ « الفوائد البهية » ١٢١ .

(٦) في (ب) : رجع .

قيل له : فإن لم يظفر المشتري بالبائع هل يرجع على المحتال ؟[١] قال : لا .

وإذا اشترى شيئاً من الوكيل فاستحق المشتري من يد المشتري ، فعند الاستحقاق يرجع المشتري بالثمن على الوكيل إن كان المشتري كان دفع الثمن إلى الوكيل ، وإن كان دفع الثمن إلى الموكل يقال للوكيل : طالب الموكل بالثمن وحده وادفعه إلى المشتري ، وتفاوت بين الصورتين ، أنه في الصورة الأولى يطالب الوكيل بنقد الثمن من مال نفسه[٢] ، ولا ينتظر أخذه من الموكل ، وفي الصورة الثانية ينتظر أخذه من الموكل .

وفي «الجامع» أن المشتري بالخيار إن شاء رجع على القابض ، وإن شاء رجع على[٣] الآمر .

اشترى شيئاً وقبضه واستحق من يده ، ثم وصل إلى المشتري يوماً ، لايؤمر بالتسليم إلى البائع ؛ لأنه وإن حصل مقراً بالملك للبائع لكن مقتضى الشراء ، وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار ، لا جرم لو [اشترى عبدًا قد][٤] أقر نصاً أنه ملك البائع ثم وصل إليه يوماً ، يؤمر بالتسليم إلى[٥] بائعه ؛ لأن إقراره بالملك لم يبطل .

في «شرح قسمة شيخ الإسلام» رحمه الله ، في باب الميت عليه دين ، [وفي الباب الرابع عشر بعد المئة من «الزيادات» ،][٦] وفي الباب الرابع عشر[٧] من دعوى «الجامع» لشيخ الإسلام رحمه الله : اشترى عبداً أقر أنه ملك البائع وتقابضا ،

(١) في (هـ) و (ب) زيادة : له .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : إلى .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (ك) : على .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) سقط من (ك) .

ثم استحق من يده بالبينة يرجع على البائع بالثمن ، وليس للبائع أن يقول للمشتري : إنك أقررت أنه ملكي ، [وأن الثمن صار ملكًا لي][(١)] ومن زعمك أن المستحق غاصب ، فلا يرجع علي كما لو غصب منك حقيقة ؛ لأن المشتري يقول : إنما أقررت لك بالثمن بشرط أن أملك المبيع ظاهراً وباطناً ، وقد نفذ علي القضاء ظاهراً ، وإذا صار العبد ملكاً للمستحق ظاهراً لا يبقى الثمن لك ملكاً[(٢)] ظاهراً ، وإن بقي لك ملكاً باطناً حتى يستوي قضية العقد[(٣)] الموجب للتساوي بخلاف الغصب ؛ لأن الغصب لا يزيل ملك المغصوب[(٤)] ظاهراً ، كما يزيله[(٥)] من حيث الباطن .

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : إذا استحق المشتري من يد المشتري ، وأراد المشتري أن يرجع بالثمن ، فقال البائع للمشتري : قد علمت أن الشهود شهدوا بزور فإن المبيع لي ، فقال المشتري : أنا أشهد لك أن المبيع لك وأن الشهود شهدوا بزور ، فللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن مع هذا الإقرار . قال : لأن المبيع لم يسلم له ، فلا يحل للبائع أخذ الثمن ، وقد استحق المبيع من يد المشتري[(٦)] .

وفي «نوادر» ابن سماعة عن محمد : رجل اشترى من رجل جارية وقبضها ، ثم جاء رجل وادعاها ، وأقر المشتري أنها لهذا المدعي ، فأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن ، فقال البائع للمشتري : إنما كانت هي للمدعي ؛ لأنك وهبتها له فالقول قوله ، ولا يرجع المشتري عليه بالثمن . انتهى .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : مطلقًا .

(٣) في (ب) و (ك) : قصته للعقد .

(٤) في (هـ) : المغصوب منه .

(٥) في (ب) و (ك) : كما لا يزيله .

(٦) « تكملة حاشية ابن عابدين » ٧ : ٤٥٦ .

استُحق حمار من يدي رجل ببخارى وقبض المستحق عليه ، ووجد بائعه بسمرقند فقدمه إلى القاضي بمصر سمرقند فأراد الرجوع عليه بالثمن ، وأظهر سجل قاضي بخارى ، [فأقر البائع بالبيع ، ولكن أنكر الاستحقاق ، وكون السجل ، سجل[١] قاضي بخارى][٢] ، فأقام المستحق عليه بينة أن هذا سجل قاضي بخارى لا يجوز لقاضي سمرقند أن يعمل به ، ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود أن قاضي بخارى قضى على المستحق عليه بالحمار الذي اشتراه من هذا البائع وأخرجه من يد المستحق عليه ، وهذا لأن الخط يشبه الخط ، فلا يجوز الاعتماد على نفس السجل بل يشترط أن يشهدوا على قضاء القاضي ، وعلى قصر يد المستحق عليه .

في شهادات «المنتقى» : استحق حماراً بشهادة شاهدين عدلين عدلها المشهود عليه ، قال : أسأل عن الشاهدين ؛ إن زكيا رجع المشهود عليه على البائع بالثمن ، وإن لم يزكيا قضى على المشهود عليه بالثمن ، ولا يرجع هو على البائع بالثمن بمنزلة الإقرار . انتهى[٣] .

نوع آخر : في استحقاق المبيع ، وقد كفل بالثمن كفيل[٤] بأمر [المشتري أو بأمر غيره ، أو أمر المشتري رجلاً حتى نقد الثمن على المشتري رجل بغير أمره][٥] .

مسائل هذا الفصل مبنية على معرفة الكفالة بحق عن الغير ، وعلى معرفة قضاء الدين عن الغير ، فنقول : الكفيل بعد الكفالة يضم ذمته إلى ذمة الأصيل ليحمل ما على الأصيل ؛ لأن الكفالة مشتقة من الضم ، ثم قضاء الكفيل بعد ذلك لإسقاط ما تحمل الكفيل ، والقاضي للدين عن الغير[٦] يقيم ماله

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) في (هـ) و (ب) : كفيل .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) في (ك) : الغريم .

مقام الأصيل في إسقاط ما على الأصل من الدين ، فمتى كانت الكفالة والقضاء بأمر الأصيل صار كل واحد منهما - أعني الكفيل والقاضي - مقرضاً ما يلاقيه لصرفه[١] ممن عليه ، فالقاضي للدين يصير مقرضاً[٢] ماله الذي أدى به دين من عليه ؛ لأن المديون لما أمر بقضاء الدين عنه فقد جعله ثابتاً عن نفسه في القضاء بما يؤدي إلى صاحب الحق ، وإنما يصير نائباً إذا صار المؤدى ملكاً للآمر بالإقراض ، وهو معنى قولنا : إن المأمور بقضاء الدين يصير مقرضاً ما وقع به القضاء من الأمر ، والكفيل يصير مقرضاً ذمته من الأمر في التزام ما[٣] عليه ؛ لأن الأمر بالكفالة أمر بالتزام ما في الذمة في حق الكفيل مقام المال في حق المأمور بقضاء الدين ، وهذا لأن ذمة الكفيل تصير مشغولة[٤] بما على الأصيل ، وإنما تصير مشغولة بذلك إذا صارت ذمة [الكفيل كذمة][٥] الأصيل حكمًا [أو[٦] إنما تصير ذمته كذمة الأصيل][٧] بالإقراض ، وكان في معنى الإقراض من هذا الوجه ، ومتى كانت الكفالة وقضاء الدين بغير أمر من عليه صار الكفيل والقاضي متبرعاً ، فيعتبر في حق الأصيل كأن صاحب الدين أبرأه بغير قبض ، ويعتبر في حق الكفيل والقاضي .

هذا إذا كان[٨] المال التزامه بمقابلة إسقاط المال [من الغير ، والتزام المال][٩] وأداؤه بمقابلة إسقاط المال عن غيره صحيح ، كالفضولي يصالح صاحب

---

(١) في (هـ) و (ك) : بصرفه .

(٢) في (م) : مقرضًا عليه ماله .

(٣) في (ك) : في الالتزام بما عليه .

(٤) في (ب) : مشغولاً .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٦) في (هـ) و (ب) : « و » .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) في (هـ) : أداء المال والتزامه . وفي (ب) : هذا إذا المال .

(٩) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

المال على مال نفسه ، يعتبر ذلك في حق صاحب المال كأنه أبرأه من غير قبض ، ويعتبر في حق المصالح التزام المال وأداؤه بمقابلة إسقاط المال عن الغير[١] .

جئنا إلى المسائل ، قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»[٢] : رجل اشترى من آخر عبداً بألف درهم ، وكفل عن المشتري بالثمن كفيل بأمر المشتري ، ونقد الكفيل للبائع الثمن ، ثم غاب الكفيل واستحق[٣] العبد من يد المشتري ، أو وجد حراً أو مكاتباً أو مدبراً ، أو وجد[٤] جارية فوجدها أم ولد[٥] ، فأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن . قال : ينظر ؛ إن كان الكفيل قد رجع على المشتري بما نقده للبائع كان للمشتري أن يرجع على البائع ؛ لأن المشتري في هذا الوجه قام مقام الكفيل[٦] ؛ وقد كان للمكفول أن يرجع على البائع بما نقد له من الثمن ، فكذا لمن قام مقامه .

أو نقول : الكفيل لما رجع على المشتري وأخذ منه مثل ما نقد صار المنقود ملكاً للمشتري ، وكان للمشتري أن يرجع على البائع بذلك عند عدم سلامة المبيع له .

وإن كان الكفيل لم يرجع على المشتري بما نقد للبائع لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن ؛ لأن في هذه الصورة المشتري ما قام[٧] مقام الكفيل ، ولم يملك المنقود لو رجع[٨] بحكم أن نقد الكفيل جعل كنقد المشتري .

---

(١) وقع في الفقرة السابقة تقديم وتأخير أخل بالمعنى في (م) و (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٢) « الجامع الكبير » لمحمد بن الحسن ، ص ٢٧٣ .

(٣) في (م) و (ب) : استحق .

(٤) في (هـ) و (ك) : كانت .

(٥) في (هـ) : الولد .

(٦) سقط من (ك) .

(٧) في (هـ) : فأقام .

(٨) في (هـ) و (ك) : لو رجع رجع بحكم .

وبظهور هذه الأسباب يتبين أن نقد الكفيل لم يجعل كنقد المشتري ؛ إذ تبين أن الثمن لم يكن واجباً على المشتري ، وأن الكفالة له[١] وقعت باطلة ، ولأن في هذا الرجوع قطع[٢] خيار الكفيل إذا حضر ، فإن الكفيل إذا حضر يتخير بين أن يرجع على المشتري بما نقد وبين أن يرجع على البائع ، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى[٣] .

وبعدما رجع المشتري على البائع بالثمن لا يبقى للكفيل هذا الخيار ، وليس للمشتري أن يقطع على الكفيل خياره[٤] ، ثم إذا حضر الكفيل فإن شاء رجع على البائع بما نقد ، وإن شاء رجع على[٥] المشتري ؛ لأنه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب الضمان في حق الكفيل ، أما البائع فلأنه قبض مال الكفيل بحكم الكفالة الباطلة ؛ لأن بظهور هذه الأسباب يتبين أن الثمن[٦] لم يكن واجباً على الأصيل ، والكفيل متحمل[٧] عنه أو نقول الكفيل قضى ديناً على ظن أنه عليه ، وتبين أنه ليس عليه ، وكان له أن يرجع بما قضى على القابض .

وأما المشتري فلأن المشتري لما أمره بالكفالة عنه بالثمن فقد أمره بأن يقضي دينه بشرط الضمان [فالأمر بالقضاء لم[٨] يصح ؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن واجباً ، بقي الأمر بالدفع بشرط الضمان][٩] ، كأنه قال : أدفع إلى فلان

---

(١) غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٢) في (م) : قلع .

(٣) قوله : « إن شاء الله تعالى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) في (ب) : خيارًا .

(٥) في (هـ) : رجع على البائع المشتري .

(٦) في (هـ) و (م) و (ب) : السبب .

(٧) في (ك) : فيحمل .

(٨) في (ك) : إن لم .

(٩) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

ألف درهم على أني ضامن ذلك[١] ، أو نقول : لما أمره بالكفالة فقد ضمن له تسليم[٢] ما يؤدي من ملك نفسه لمنفعة له في ذلك ، هو براءة ذمته ، فثبت له حق الرجوع لما ضمن له كالمغرور يرجع على البائع بقيمة الأولاد ؛ لأن البائع ضمن للمشتري سلامة الأولاد بما شرط عليه لنفسه من الثمن ، فإذا أخذ من البائع لم يرجع البائع على المشتري ، وهذا ظاهر ؛ لأنه ظهر أن المشتري لم يملك المبيع ، فلا يملك البائع الثمن عليه .

وإن أخذ منه المشتري رجع المشتري على البائع بما نقد الكفيل ؛ لأن الكفيل لما رجع على المشتري صار المنقود[٣] ملكاً للمشتري ، أو قام المشتري مقام البائع على ما ذكرنا .

وإن أراد المشتري بعدما حضر الكفيل اتباع البائع ، وذلك قبل أن يختار الكفيل اتباع المشتري ليس له ذلك ، [وكان ينبغي أن يكون له ذلك][٤] ؛ لأن الكفالة إن بطلت من استحقاق لما بينا بقي[٥] الأمر بدفع مطلق إلى البائع صحيحاً ، وإذا بقي الأمر بالدفع صحيحًا صار دفع الكفيل كدفع المشتري بنفسه ، وهناك الجواب كما قلنا ، فهنا كذلك .

والجواب اختلفت عبارة المشايخ فيه . قال بعضهم : إنما لم يكن للمشتري ؛ لأنه ثبت للكفيل الخيار على ما بينا[٦] ، ولو ثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بطل خيار الكفيل ؛ لأنه لا يمكن الكفيل بعد ذلك أن يبيع البائع

---

(١) في (ك) : لك .

(٢) في (ب) : تسلم .

(٣) في (ك) : المعقود .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) (هـ) : في بدل : بقي .

(٦) في (ب) : على ما سيأتي .

و[يأخذ منه][١] ما دفع إليه ؛ لأنه يتضرر[٢] به البائع ، لأنه بسبب قبض ألف درهم وأخذ ألفان[٣] ، إلا أن هذا العذر مشكل[٤] بالغاصب الأول ، فإن له ولاية اتباع الثاني ، يأخذ منه عين ما أخذ الثاني منه إن كان قائماً ، وقيمته إن كان هالكاً ، ولم أجد[٥] بأن في تضمين الغاصب الأول للثاني إبطال ما ثبت للمالك من الخيار[٦] بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني .

وبعضهم قالوا : إنما لا يرجع المشتري على البائع ؛ لأنه لو رجع ؛ إما أن يرجع بحكم أن البائع أزال يد المشتري عن المال الذي قبضه عن الكفيل بغير حق ، أو لأن المعقود صار[٧] ملكاً للمشتري ، لا وجه إلى الأول[٨] ؛ لأن البائع مازال في[٩] يد [المشتري عما قبضه عن الكفيل ؛ لأن ذلك لم يكن في يد المشتري ، ولا وجه إلى][١٠] الثاني ؛ لأنه بالاستحقاق بطلت الكفالة ، وبقي الأمر بمجرد الدفع إلى البائع بشرط الضمان ، إلا أن في الأمر بالدفع بشرط الضمان ما لم يرجع المأمور على الأمر بالضمان لا يصير المدفوع ملكاً للآمر ، ولو لم يكن كفالة كان أمراً لقضاء الثمن ، وباقي المسألة بحالها كان هذا بمنزلة الكفالة في جميع ما وصفنا ؛ لأن بظهور هذه الأسباب يتبين أن الثمن لم يكن واجباً ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : يضرر .

(٣) كذا في الأصول (ك) و (هـ) و (ب) ، والصواب : وأخذ ألفين . وفي (م) : بسبب قبض الدراهم وأنه مأمور .

(٤) في (هـ) و (ك) : يشكل .

(٥) في (ب) : أخذ .

(٦) في (م) : بالخيار .

(٧) سقط من (ك) .

(٨) في (ب) : للأول .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

[وأن الكفالة لم تكن صحيحة ، وكان ما قبض البائع من الكفيل مقبوض][1] فتبين أن الأمر بقضاء الثمن لم يصح ، وكان هذا وفصل الكتابة سواء .

قال : ولو لم يكن شيء مما ذكرنا من الأسباب في فصل الكفالة ، لكن مات العبد قبل القبض ، [وكان الكفيل قد نقد الثمن وغاب ، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن سواء رجع الكفيل على المشتري بما نقد أو لم يرجع ، ففرق بين الهلاك وبين الاستحقاق فيما إذا لم يرجع الكفيل على المشتري بما نقد ، فإن في فصل الاستحقاق المشتري لا يرجع على البائع ، وفي فصل الموت يرجع .

والفرق أن بهلاك العبد لا يتبين أن الثمن لم يكن واجباً ، وأن الكفالة لم تكن صحيحة ؛ لأن بهلاك العبد قبل القبض][2] لا يفسد البيع من الأصل فحين أدى الكفيل الثمن إلى البائع أداه بحكم كفالة صحيحة ، فلا يبقى له على الثمن سبيل ، ويكون السبيل للمشتري ؛ لأن الكفيل إنما نقد الثمن على المشتري بحكم[3] أمر صحيح ، فصار كأن المشتري نقد بنفسه ، وهناك الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

أما في فصل الاستحقاق تبين أن الثمن لم يكن واجبًا ، وأن الكفالة لم تكن صحيحة[4] ، وكان ما قبض البائع من الكفيل مقبوض بحكم كفالة فاسدة ، فكان للكفيل أن يرجع على البائع[5] ، وكان له أن يرجع على المشتري لما ذكرنا ، ولأن في فصل الاستحقاق إنما لا يكون للمشتري الرجوع على البائع حال غيبة الكفيل ؛ لأنه يوجب قطع خيار الكفيل ، وهذا المعنى لا يتأتى في فصل الهلاك ؛ لأنه لا خيار للكفيل ههنا على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) من قوله : « لأن بهلاك العبد ... » إلى هنا تكرر في (ب) .

(٥) في (ب) : المبايع .

فإن حضر الكفيل في فصل موت العبد ، أو كان الكفيل حاضراً لم يكن للكفيل أن يرجع على البائع بالثمن .

فرق بين هذا وبين فصل الاستحقاق ، [والفرق ما ذكرنا : أن بالاستحقاق][1] يظهر بطلان الكفالة ولا يظهر[2] أن البائع قبض ما قبض من الكفيل بغير حق ، فيكون للكفيل حق استرداد ما قبضه البائع ، أما بعد هلاك[3] العبد قبل القبض لا يظهر بطلان الكفالة ، ولا يظهر أن البائع قبض من الكفيل ما قبض بغير حق ، فلا يكون للكفيل حق استرداد ما دفع إليه ، ولكن المشتري يرجع على البائع لما ذكرنا .

ولو لم يمت العبد ، ولكن انفسخ البيع فيما بينهما بسبب من الأسباب ، فإن كان الانفساخ بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بالعيب بعد القبض بقضاء ، أو قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أو الرد بخيار الرؤية أو بخيار الشرط كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا مات العبد قبل القبض ؛ لأن بهذه الأسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجباً ، فلا يتبين أن الكفالة لم تكن صحيحة كما في هلاك العبد قبل القبض .

وكذلك لو كان المشتري أمر غيره أن ينقد الثمن عنه فنقد ، ثم مات العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري ، فإن المشتري هو الذي يرجع على البائع بالثمن في الأحوال كلها لما ذكرنا .

وإن كانت الكفالة بغير أمر المشتري ثم انفسخ البيع فيما بينهما من كل وجه كان للكفيل أن يرجع على البائع بالثمن ، وليس للكفيل على المشتري سبيل ؛ لأن هذا في حق المشتري أبرأ بغير عوض وفي حق الكفيل والبائع هذا أبرأ بعوض ، إنما يسلم للبائع ما قبض من الكفيل إذا حصلت البراءة

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) و (ك) : فيظهر .

(٣) في (هـ) و (ب) : أما بهلاك العبد .

للمشتري بمقابلة العوض ، وإذا انفسخ البيع بينهما لم تكن البراءة حاصلة للمشتري بمقابلة العوض ، وهو[١] الثمن الذي قبضه البائع ، بل كان انفساخ[٢] السبب ، وكان للكفيل أن يرجع على[٣] البائع بما أدى إليه .

وإن انفسخ البيع بينهما بسبب هو فسخ فيما بين المتعاقدين ، وعقد جديد في حق الثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء ونحو الإقالة لا يكون[٤] للكفيل أن يرجع على البائع بشيء ؛ لأن الكفيل ثالث[٥] المتعاقدين فيجعل في حق الكفيل كأن المشتري باعه بيعاً جديداً من البائع ، ولما كان هذا بيعاً جديداً في حق الكفيل لا يتبين أن براءة المشتري [عن الثمن لم تكن بمقابلة العوض ، فلهذا لا يرجع الكفيل على البائع بذلك ؛ لأن المأتي به فسخ فيما بينهما ، فكانت براءة المشتري][٦] في حقهما حاصلة بانفساخ السبب لا حكماً للعوض ، فيجب على البائع رد ما قبض ، وسبب وجوب رد ما قبض انفسخ ، والمشتري هو الذي باشر الفسخ ، فيكون حق القبض للمشتري لمباشرته السبب ، ويكون المقبوض للكفيل دون المشتري ؛ لأن الكفيل إنما أدى ذلك لتحصل البراءة للمشتري بمقابلة هذا المؤدى ، فإن كان المأتي به فسخاً في حق البائع والمشتري كان في زعمهما أن البراءة إنما حصلت للمشتري لا بمقابلة المؤدى ، فيبقى[٧] المؤدى حقاً للكفيل بزعمهما ، فيعتبر في حقهما ، فلهذا كان المؤدى للكفيل ولكن حق القبض للمشتري على ما مرّ .

---

(١) في (ب) : وسواء .

(٢) في (هـ) و (ك) : الانفساخ .

(٣) في (ب) : إلى .

(٤) في (م) و (ب) : لا يكره .

(٥) في (م) : قال . وفي (ب) : أقالت . والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (ب) : فبقي .

ولو لم يكن كفالة ، ولكن نقد رجل الثمن عن المشتري بغير أمر كان الجواب فيه في جميع ما وصفنا نظير الجواب في الكفالة إذا كانت بغير أمر المشتري .

قال : ولو كانت الكفالة بأمر المشتري، فصالح الكفيل البائع عن الثمن على خمسين ديناراً ، كان للكفيل أن يرجع على المشتري بالدراهم دون الدنانير ؛ لأن المقابلة بين الكفيل وبين المشتري في إقراض الذمة لالتزام[١] الألف قد تقدمت[٢] ؛ لكن شرط رجوع الكفيل على المشتري انقطاع حق البائع عن الثمن[٣] المشتري ، وقد حصل ذلك بهذا القدر، ألا ترى أن الكفيل لو أدى للبائع زيوفاً بمقابلة العوض والثمن جياد وتجوز البائع بالزيوف كان للكفيل أن يرجع على المشتري بالدراهم الجياد؟ فكذا ههنا يجب أن يرجع الكفيل على المشتري بالدراهم أيضاً.

فإن استحق الكفيل والعبد غائب[٤] ، ثم حضر كان له اتباع البائع بالدنانير ، ولا سبيل للكفيل على المشتري، وفيما تقدم قال : للكفيل الخيار إن شاء طالب البائع، وإن شاء طالب المشتري .

والفرق أن في ضمن الأمر بالالتزام بالكفالة أمر بالأداء وبالاستحقاق أن يطلب الكفالة من الوجهين إلا أن في الوجه الأول لم يبطل الأمر بالأداء ، بقي الأداء بأمر المشتري ، فكان له حق الرجوع على المشتري بحكم الأداء ، أما ههنا الأداء لم يكن بأمر المشتري؛ لأنه أدى غير ما أمر به فتعذر الرجوع بحكم الأمر، كما تعذر الرجوع بحكم الكفالة ، فلهذا قال: لا يرجع الكفيل على المشتري، ولكن يرجع الكفيل على البائع ؛ لأنه إنما أعطاه الدنانير بحكم

---

(١) في (ك) : لإلزام .

(٢) في (هـ) و (ك) : تمت .

(٣) سقط من (هـ) و (ك) .

(٤) في (هـ) : فإن استحق العبد والكفيل غائب .

الصلح ، وبالاستحقاق ظهر بطلان الصلح ، ويستوي في هذا أن يكون الاستحقاق في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس، المعنى لا يتفاوت.

وكذلك لو أن البائع باع الكفيل الدراهم التي كفل بها عن المشتري بالدنانير ، ثم استحق العبد بطل البيع ، وأراد محمد رحمه الله بهذه التسوية بين البيع والصلح التسوية بينهما بعد الافتراق عن المجلس ، لأن ما جرى بينهما من البيع كان صرفاً[١] ، وبالافتراق عن المجلس قبل قبض بدل الصرف بطل الصرف .

فأما إذا استحق العبد وهما في المجلس بعد، يبطل العيب، أما لا يبطل الصلح، [والفرق بين الصلح والبيع أن مبنى الصلح][٢] على التجوز بدون الحق ، وذلك إنما يكون باستيفاء بعض الحق وترك البعض ، والدراهم والدنانير يتعينان في الاستيفاء فيتعينان في الصلح أيضاً ؛ ولهذا لو صالح من الدراهم على ثوب بعينه ، ثم تصادقا أنه لا دراهم عليه يبطل الصلح ، فأما البيع يتعلق بعين الدراهم المشار إليها وإنما يتعلق بمطلق الدراهم ، وما دام المجلس فإنه يمكن دفع ألف درهم إلى صاحبها ، فلا يبطل البيع ، ولهذا لو باع من آخر دراهم في الذمة بثوب بعينه ، ثم تصادقا على أن لا دراهم في الذمة لا يبطل البيع .

قال : ولو لم يستحق العبد ولكنه مات في يد البائع [وقد باع الكفيل من البائع بالدراهم خمسين دينارًا أو قبضها من البائع][٣] فإن للمشتري أن يرجع على البائع بألف ، ولا سبيل للكفيل على البائع ؛ لأنه بالموت لا يظهر أن الثمن لم يكن واجباً ، فصار الكفيل بهذا البيع موفياً للبائع ألف درهم بطريق المقاصة ؛ [لأنه وجب للكفيل على البائع ألف درهم مثل ما كفل به ؛ لأن عقد الصرف لا يتعلق بعين ذلك الدين ، فصار للكفيل على البائع ألف درهم بعقد الصرف ،

---

(١) في (ك) : عرفًا .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وللبائع عليه مثله بحكم الكفالة ، فوقعت المقاصة][1] ، والإيفاء بالمقاصة كالإيفاء بالاستيفاء حقيقة ، وهنا لا يكون للكفيل على البائع سبيل في هذا الوجه ، وإنما السبيل للكفيل على المشتري وللمشتري على البائع كذلك ههنا .

وكذلك لو كان الكفيل صالح البائع[2] على خمسين ديناراً ؛ لأن[3] الكفيل صار موفياً ألف درهم بالصلح ، فصار الجواب فيه والجواب في البيع سواء لأن الفرق بين الصلح والبيع : أن في الصلح للبائع الخيار إن شاء رد خمسين ديناراً وإن شاء رد ألف درهم ، وفي البيع يرد ألف درهم من غير خيار ، والفرق ما ذكرنا : أن مبنى الصلح على التجوز بدون الحق ، والبائع إنما رضي بدون حقه ليصل إلى حقه من الدين لا ليلزمه الدراهم ، فإذا آل الأمر إلى أن يلزمه الدراهم كان له الخيار إن شاء أمضى الصلح وأعطى الثمن وذلك ألف درهم ، وإن شاء أبطل الصلح ، ورد ما قبض من الدنانير بخلاف البيع ؛ لأن مبناه على المماكنة والاستيفاء ، فصار البائع مستوفياً حقه ، فلهذا لا يتخير في البيع بل يرد على المشتري هو الدراهم ، أما في الصلح بخلافه على ما مرّ .

ثم في الصلح إن اختار البائع رد الدراهم فالمشتري هو الذي يستوفيه ؛ لأنه لما اختار رد الدراهم فقد أمضى الصلح وتعذر استيفاء الثمن ، فعند انفساخ العقد بموت العبد قبل القبض يكون حق القبض للمشتري ، كما لو استوفى البائع الثمن من الكفيل حقيقة .

وإن اختار رد الدنانير ، فالكفيل هو الذي يقبض ذلك ؛ لأن رد الدنانير إنما يكون بطريق فسخ الصلح ، والكفيل هو الذي باشر الصلح معه فعند انفساخ الصلح يكون حق القبض للكفيل ، ولا سبيل للكفيل على المشتري ؛

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : البيع .

(٣) في (ب) : إلا لأن .

لأنه ما أمره[١] برد الدنانير ، وعند انفساخ[٢] الصلح حقه في الدنانير ، فلهذا لم يكن له رجوع على المشتري .

ولو كان المشتري أمر رجلاً أن يقضي البائع عنه الثمن من غير كفالة ، فباع المأمور من البائع خمسين ديناراً [بالثمن يجوز ، كذلك لو صالح المأمور والبائع من الثمن على خمسين ديناراً ،][٣] وهذا لا يشكل في الصلح ؛ لأن الدين وإن لم يكن واجباً عليه ، حتى لو امتنع عن القضاء يترك ذلك إلا أن المأمور بقضاء الدين[٤] لو صالح بماله عن دين على غيره يجوز ، وإنما يشكل في البيع ، فإن الفضولي لو باع ماله بدين على غيره لا يجوز ، فكذا المأمور بقضاء الدين لو باع ماله بالثمن الذي ليس عليه لا يجوز وهذا الفقه ، أن الثمن لم يكن واجباً على المأمور بقضاء الدين صار هو مملكاً الدنانير بالدراهم التي على غيره ، وصار مشتري الدنانير مملكاً الدراهم التي هي ثمن على مشتري العبد من غيره ، وهو بائع الدنانير ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز .

والجواب[٥] وهو الفرق بين الفضولي وبين المأمور بقضاء الدين : أن عقد الدين لا يتعلق بذلك الدين في الأحوال كلها ، إلا أن البائع إذا كان فضولياً كان في هذا شرط تسليم الثمن على غير العاقد في هذا العقد وهو المشتري في العقد الأول ، فإنه لو صح هذا العقد يجب على المشتري في العبد الأول تسليم الثمن الذي عليه إلى الفضولي .

قلنا : وشرط تسليم الثمن[٦] الذي عليه إلى الفضولي شرط تسليم الثمن على غير العاقد فيفسد العقد ، فأما المأمور بقضاء الدين فلا يبيع ماله من البائع

---

(١) في (م) : استرده ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (ك) : وهذا الصلح .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) في (هـ) زيادة : لو صالح بماله عن دين على غيره يجوز .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) سقط من (ب) .

لاستيفاء الثمن عن المشتري ، وإنما يبيع حتى يجب على البائع الأول مثل ما كان له على المشتري الأول ، ثم يحصل له قصاصاً بما عليه ، فينعدم الشرط الفاسد فيجوز .

وإذا صح البيع وصلح الصلح من المأمور صار المأمور بمنزلة الكفيل في جميع ما وصفنا .

أو نقول : المأمور بقضاء الدين بمنزلة الفضولي من وجه من حيث إنه يجب للطالب عليه دين وبمنزلة المطلوب من حيث إنه قضى يجبر الطالب على القبول ، فمن حيث إنه فضولي ، إن كان لا يجوز هذا البيع فمن حيث إنه مطلوب يجوز [فرجحنا][1] ما يوجب الجواز احتياطاً للجواز بقدر الممكن .

ولو كان الكفيل كفل[2] عن المشتري بالثمن بغير أمره ، ثم إن الكفيل صالح مع[3] البائع على خمسين ديناراً من الثمن ، أو باع منه خمسين ديناراً بالثمن ، ثم مات السيد[4] قبل القبض ، أو استحق فلا سبيل للمشتري على البائع ؛ لأن المشتري لم ينقد الثمن بنفسه ولا نقد بنائبه ؛ لأن الكفالة كانت بغير أمر المشتري ، ولكن الكفيل يرجع على البائع ، ويتخير البائع في الصلح بين إعطاء الدراهم وبين إعطاء الدنانير ؛ وفي البيع لا يتخير ، والفرق قد مرّ قبل هذا .

ولو لم يكن كفالة ولا أمر بقضاء الدين ولكن جاء متبرعًا وباع دنانير من[5] بائع العبد بالثمن الذي له على المشتري أو صالح معه من الثمن على دنانيره[6] فالبيع باطل على كل حال ؛ لما فيه من شرط تسليم الثمن على غير العاقد ، وإنه مفسد للبيع .

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) في (ك) : الكفيل .

(٣) في (ك) : بيع .

(٤) في (هـ) و (ك) : العبد .

(٥) في (ب) : ومن .

(٦) في (ب) : دنانير .

وأما الصلح فإن كان شرط أن يكون الثمن الذي على المشتري للمتبرع يكون باطلاً ؛ لأنه يصير بمعنى البيع ، والصلح يحتمل معنى البيع فيصير هذا الصلح بحكم هذا الشرط والبيع سواء .

وإن كان الصلح بشرط براءة المشتري عن الثمن كان الصلح جائزاً ، ويكون هذا تمليك العين بمقابلة الفراغ الذي يحصل ، لا لمن وجد منه التمليك ، وإنه جائز كما في الخلع .

وإن أطلق الصلح إطلاقاً ولم يصرح بالإبراء ولا بالتمليك يجوز ؛ لأن الصلح يحتمل معنى الإبراء والإسقاط ويحتمل معنى التمليك ، فعند الإطلاق يحمل على الإبراء والإسقاط تحرياً للجواز وطلباً للصحة ، فإن [استحق][(١)] العبد كان على البائع رد الدنانير على المصالح .

وإن مات العبد كان للبائع الخيار إن شاء رد الدنانير على الكفيل ، وإن رد الدراهم لما مرّ .

رجل اشترى من رجل عبداً [بألف درهم جياد][(٢)] ، وكفل رجل عن المشتري بالثمن بأمر المشتري ، ثم إن الكفيل أدى البائع الزيوف ، [وتجوز به البائع][(٣)] ، فالكفيل يرجع على المشتري بالجياد ؛ لأن رجوع الكفيل على المشتري بحكم الالتزام بعقد[(٤)] الكفالة ، فيرجع بالملتزم وهو الجياد ، فإن لم يرجع الكفيل على المشتري حتى استحق العبد لا سبيل للمشتري على البائع ؛ لأن الكفيل لو أدى مثل الملتزم ، وقد ذكرنا أن المشتري [لا يرجع على البائع ، وللكفيل الخيار][(٥)] ، إن شاء رجع على البائع ، وإن شاء رجع على المشتري وعلى أيهما رجع لا يرجع إلا بالزيوف .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (م) : « بحكم » ، والمثبت من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

أما إذا رجع على البائع فلأن رجوع الكفيل على البائع أن بالاستحقاق يظهر أن البائع قبض ما قبض بغير حق ، فيرجع بالمقبوض .

وأما إذا رجع على المشتري فلأن رجوع الكفيل على المشتري بعلة أن المشتري أمره بالأداء وضمن له سلامة المؤدى [فيرجع بمثل المؤدى] [١] ، هذا إذا أدى الكفيل أنقص مما التزم ، [وأما إذا أدى خيراً مما التزم][٢] لا يرجع الكفيل على المشتري إلا بالملتزم ؛ لأنه متبرع على المشتري بزيادة الجودة فيعتبر بما لو تبرع بزيادة العدد ، وهناك لا يرجع على المشتري إلا بالملتزم ، فهذا كذلك .

فإن استحق العبد من يد المشتري في هذا الوجه فالكفيل بالخيار إن شاء رجع على البائع وإن شاء رجع على المشتري ، [فإن رجع على البائع رجع بالمؤدى ؛ لأنه ظهر أن البائع قصد ذلك بغير حق ، وإن رجع على المشتري][٣] رجع الملتزم لما مرّ أن رجوع الكفيل على المشتري باعتبار ما لحق الكفيل من الضمان بأمر المشتري ، وضمان المشتري السلامة له ، وذلك بقدر الملتزم .

[وإذا رجع على المشتري بالملتزم][٤] رجع المشتري على البائع بما أداه الكفيل من الجياد ؛ لأن [الكفيل لما أدى الجياد][٥] فإنما يشرع بالجودة على المكفول عنه دون الطالب ؛ لأن الطالب في حق الأصيل يقبض حقه ، فلا يكون الكفالة تبرعاً في حق الطالب ، وإنما يكون تبرعاً في حق المكفول فكذا بالزيادة يكون تبرعاً على المطلوب ، ولأن المكفول[٦] لما رجع على المشتري ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) في (هـ) و (ك) : الكفيل .

فقد قام المشتري مقام الكفيل في ملك المؤدى فيقوم مقامه في حق الرجوع على البائع بالجياد .

ولو لم يستحق العبد ولكن مات في يد البائع قبل القبض ، وقد كان الكفيل [أدى أنقص مما التزم فلا سبيل للكفيل][1] على البائع ؛ لأن بموت العبد لا يتبين أن البائع قبض ما قبض من الكفيل بغير حق ، ولكن يرجع على المشتري بألف درهم نبهرجة[2] .

فرق بين هذا وبينما إذا سلم العبد للمشتري وقد أدى الكفيل[3] أنقص مما التزم[4] ، فإن هناك الكفيل يرجع على المشتري بالملتزم ، وهو أن البائع لما تجوز بالزيوف صار صفة الجودة كأنها وهبت للكفيل ، [فيعتبر ذلك بما لو وهب للكفيل كل][5] الدين ، وهناك عند سلامة العبد للمشتري [يرجع الكفيل على المشتري][6] بذلك ، وعند انتقاض البيع لا يرجع ، فكذا إذا وهب له صفة السلامة .

والفرق الفقهي بين الفصلين : أن البيع لما انتقض فقد برئ الأصيل عن الثمن وبراءة الأصيل عن الثمن يوجب براءة الكفيل ، وبعدما وقعت البراءة للكفيل لا يتصور ملك ما في ذمته فيعتبر المؤدى بخلاف ما إذا تم البيع .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) النبهرج : بفتح النون ، وفتح الباء ، وسكون الهاء ، وفتح الراء . والنبهرجة : الزيف الرديء من النقود ، وما يردُّ منها . كما في « قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية » لمحمد عمارة ، ص ٥٨٥ .
وهي كلمة فارسية بمعنى العملة المزيفة ، جاء في « المعجم الذهبي » لمحمد ألتونجي ، ص ٥٦٤ : نَبَهْرَه : غش ، غير صحيح ، عملة مزيفة .

(٣) في (ك) : وقد أدى الكفيل القبض أنقص .

(٤) قوله : « مما التزم » سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ولو كان الكفيل أدى أجود ما التزم [ثم مات العبد في يد البائع لم يكن للكفيل على البائع سبيل ، ولكن يرجع الكفيل][(١)] على المشتري بما كفل عنه ، ويرجع المشتري على البائع بمثل الدراهم التي أعطي الكفيل البائع وهو الجياد .

قال محمد رحمه الله في «الكتاب» : ألا ترى أن رجلاً لو أمر رجلاً أن يعطي رجلاً عشرة دراهم غلة على أن يكون قرضاً على القابض للآمر ، ويكون قرضاً للمعطي على الآمر أن ذلك جائز ؛ فإن أعطاه المأمور دراهم أجود من الدراهم التي أمره بها الآمر لم يكن للمعطي على الآمر [إلا دراهم مثل الدراهم التي أمره بإعطائها ، ويرجع الآمر][(٢)] على القابض بمثل ما أعطاه المأمور ، فكذا فيما تقدم .

ولو كان المشتري أمر رجلاً أن ينقد عنه الثمن من غير كفالة ، فنقد المأمور أفضل ما أمره به لم يرجع [على الآمر إلا بمثل ما أمره به ، وإن نقده أردأ مما أمره يرجع][(٣)] بمثل المؤدى ؛ لأن ههنا الرجوع بحكم الأمر بالأداء ، فلا بد من اعتبار الأمر في الأداء ؛ ففي الوجه الأول : الأمر في حق الزيادة لم يوجد ، وفي الوجه الثاني : الأمر إن وجد ، فالأداء لم يوجد بخلاف الكفيل ؛ فإنه إذا أدى أردأ من الملتزم وتجوز به البائع يرجع على المشتري بالملتزم ؛ لأن ثمة الرجوع بحكم إقراض الذمة ، فالالتزام [أو[(٤)] إقراض الذمة][(٥)] لالتزام الجيد قد تم أما ههنا بخلافه .

فإن استحق العبد يخير المأمور بين اتباع البائع وبين اتباع المشتري على ما مر في الكفيل .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : « و » .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

فإن رجع [على البائع رجع][(١)] بمثل المقبوض ؛ لأنه بالاستحقاق ، وتبين أنه قبض بغير حق .

وإن رجع على المشتري يرجع بالمؤدى إن كان المؤدى أردأ مما أمر به ، وإن كان أجود رجع مما أمر به ، ثم المشتري يرجع على البائع بمثل ما أخذ من المأمور ؛ لأن المأمور إنما تبرع بالجودة على المشتري لا على البائع ، وقام المشتري مقام المأمور في ذلك ، وقد ذكرنا نظير هذا فيما تقدم .

ولو لم يستحق العبد ولكنه مات قبل القبض ، فلا سبيل للمأمور على البائع ، ولكن يرجع المشتري على البائع بما أدى إن كان المؤدى أردأ مما أمره به ، وإن كان أجود يرجع بما أمره به ، وشبه محمد رحمه الله هذا بفصل الإجارة .

ولو استأجر رجل من آخر داراً بمائة دينار ، فلم يسكنها حتى أمره رب الدار أن يعطي رجلاً عشرة دراهم من أجرة الدار على أن يكون قرضاً لرب الدار على القابض ، ثم انتقضت الإجارة بينهما بموت أحدهما لا سبيل للمستأجر على المستقرض ؛ لأن رب الدار يصير كالمستعجل[(٢)] لهذا القدر من الأجر ، فعند انتقاض الإجارة يكون رجوعه على رب الدار لا على المستقرض ، فبعد ذلك إن كان المستأجر نقد المستقرض أردأ من أجرة الدار رجع الآجر بما أعطى ، وإن نقد أفضل لم يرجع على الآجر إلا[(٣)] بمثل ما أمره به ، ويرجع الآجر[(٤)] على المستقرض[(٥)] بمثل ما قبض من المستأجر ، فكذا فيما تقدم والله أعلم[(٦)] .

* * *

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : كالمتعجل .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) قوله : « والله أعلم » غير موجود في (هـ) و (ك) .

الفصل السابع
في تكافئ[١] الدعوى والبينات عليها

زوجان في دار ، أقامت المرأة[٢] البينة أن الدار دارها غصبها منها زوجها ، وأقام الزوج بينة أن الدار داره اشتراها منها قضي بالدار للمرأة ، [لأن المرأة والدار][٣] في يد الزوج ، فكانت المرأة خارجة فيقضى بينهما ، كذا أجاب أبو نصر الدبوسي[٤] .

وقال أبو بكر العياضي[٥] : يقضى بالدار للزوج ، يجعل[٦] كأن الزوج غصبها أولاً ثم اشتراها منها بعد ذلك .

وفي «المنتقى» : رجل في يديه عبد ، أقام الرجل بينة أنه تصدق به علي منذ شهر ، وقبضته[٧] منه ثم أودعته إياه ، وأقام رجل آخر بينة أنه تصدق به[٨] منذ شهرين

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) في (ب) : امرأة .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) أبو نصر الدبوسي ، له ذكر مقتضب في كتب تراجم الحنفية ، وهو : إمام كبير من أئمة الشروط ، نسبته إلى دبوسية قرية بسمرقند .

« الجواهر المضية » ٤: ٩٤ ، « الفوائد البهية » ص ٢٢١ .

(٥) أبو بكر محمد بن أحمد بن العباس الأنصاري العياضي ، أخو أبي أحمد بن أبي نصر ، من أهل سمرقند ، والدهما أبو نصر أحمد بن العباس الإمام .

فقيه فاضل مناظر ، روى عن أبي علي محمد بن الحارث ، وروى عنه محمد بن صالح الحبال ، إليه انتهى علم الحساب ، وعلم الزيج ، وعمل الأشكال من كتاب إقليدس مع حفظه للمذهب ، وعلمه بالكتب .

توفي سنة ٣٦١ .

« الجواهر المضية » ٣: ٣٦ ، « الفوائد البهية » ص ١٥٦ .

(٦) في (ك) : فجعل .

(٧) في (ك) : وقبضها .

(٨) في (ك) : بها عليه .

وقبضته[١] ، ثم أودعته[٢] منه ، والذي في يديه العبد ينكر دعواهما ، فإني أقضي بالعبد للذي أقام البينة على شهرين ، وأبطلت دعوى الآخر ، فإن رجع شاهد الذي قضيت له بالعبد ضمنتهما[٣] قيمة العبد للذي ادعى الصدقة منذ شهر ولا أكلفه إعادة البينة من قبل أن شهوده شهدوا بمحضر من صاحب الشهرين ، وأثبتهما عندي ، ولو كنت أبطلتها يومئذ ما قبلتها إذا هو أعادها ؛ لأني إذا أبطلتها مرة قبلتها ثانياً ، ألا ترى أن صاحب الشهرين لو غاب بعدما شهد شهوده ولم يحضر لا يقضي على الذي في يديه الغلام لصاحب الشهر [لأن صاحب الشهر خصم ، وكذلك صاحب الشهر إذا غاب لم أقض لصاحب الشهرين][٤] حتى يحضر صاحب الشهر لأني جعلته خصماً .

روى عمرو بن أبي عمرو[٥] عن محمد عن أبي يوسف رحمهما الله: في رجل أقام بينة على رجل أنه قتل أباه عمداً في شهر ربيع الأول ولا وارث له غيره ، وأقام المدعى عليه بينة أنهم رأوا أباه حياً بعد ذلك الوقت في شهر ربيع الآخر ، فالبينة بينة المدعي ويقضي بالقود[٦] .

ولو أقامت امرأة بينة أن زوجها طلقها ثلاثاً في يوم النحر بعرفة ، وأقام عبده بينة أن مولاه أعتقه في ذلك اليوم بمنى فالشهادة باطلة ، فإن صَدَّقَ[٧] إحدى البينتين قضى بإقراره فيما أقر به ، وقضيت[٨] في الأخرى بالبينة .

---

(١) في (ك) : قبضها .

(٢) في (ك) : أودعتها .

(٣) في (ك) : ضمنها .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) جد أبي عروبة الحراني ، ومن أصحاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، كما في « أخبار أبي حنيفة وأصحابه » للصيمري ص ١٥٧ .

(٦) في (ك) : بالعقود .

(٧) أي : الزوج والسيد .

(٨) كذا في الأصول ، ولعل الصواب : وقضى بضمير الغائب .

ولو شهدت إحدى البينتين أنه طلق امرأته ثلاثاً يوم النحر بمنى ، وشهدت الأخرى أنه أعتق عبده[١] بعد ذلك بيوم بالرَّقَّة ، فإن[٢] القاضي يطلق امرأته ؛ لأن وقته أول ويبطل الآخر .

فإذا[٣] شهد الشهود على رجل أنه قتل أبا هذا الرجل عمداً ولا وارث له غيره ، فإن القتل كان في شهر ربيع الأول سنة خمس وثمانين ومائة ، وأقام المدعى عليه بينة أن أباه كان حياً أقرضه في محرم سنة ست وثمانين ومائة مائة[٤] درهم ، وأنها له دين عليه ، فالبينة بينة الابن .

قال: لأنهما أمران لا يستقيم أن يكونا ، فيؤخذ بالوقت الأول ، قال: إلا أن أبا حنيفة رحمه الله استحسن في هذا الباب شيئاً واحداً ، فقال: إذا أقام الابن البينة أن هذا قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة ، وأنه لا وارث له غيره ، وجاءت امرأة وأقامت البينة أنه تزوجها منذ خمسة عشر سنة ، وأن هذا ولده منها ، وأنها وارثة مع ابنه هذا ، قال أبو حنيفة رحمه الله: أستحسن في هذا أن أجيز بينة المرأة ، فأثبت النسب وأبطل بينة الابن على القتل .

ولو أقامت البينة على النكاح ولم تأت[٥] بولد ، فالبينة بينة الابن والميراث للابن دون المرأة ، ويقتل القاتل ، إنما استحسن في النسب خاصة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد[٦] .

ذكر ابن سماعة في «الرقيات»[٧] أنه كتب إلى محمد بن الحسن: أرأيت رجلاً مات وباع رجل من تركته متاعاً ، فخاصمه وارثه بعد ذلك إلى قاض ، وأقام الرجل البينة أن

---

(١) في (هـ) و (ك) : عنده .

(٢) في (ك) : فألزمه .

(٣) في (هـ) : وإذا .

(٤) في (م) و (ك) : سقطت « مائة » الثانية .

(٥) في (ك) : ولو مات .

(٦) « حاشية ابن عابدين » ٨: ١٠٣ .

(٧) الرقيات : هي المسائل التي حَدَّث بها الإمام محمد بن الحسن الشيباني في الرَّقَّة ، وهي من غير كتب ظاهر الرواية .

فلاناً القاضي أجاز جميع ما باع فلان من تركة فلان ، وأقامت الورثة البينة أن ذلك القاضي أبطل جميع ما باع فلان من تركة فلان ونقضه ، والقاضي واحد ولم يؤقت البينتان وقتاً ، أو وقتا وقتاً واحداً .

قال محمد رحمه الله: إذا لم يُعْلَم[١] أيهما أول ، فالنقض[٢] أولى ؛ لأن كل واحد منهما ينقض صاحبه ، فصار كأنه باع ولم يجز ذلك القاضي ولم يرده ، وهو غير وصي ولا جائز الأمر ، وإن وقَّتَا وقتين[٣] أُخذ بالوقت الآخر .

وإن أقاما البينة على النقض والإجازة من قاضيين مختلفين ، فالنقض أولى إذا لم يُدْرَ أيُّ الوقتين أول[٤] ، وإن شهد أحد الفريقين أن ذلك القاضي أبطل إجازة ذلك القاضي الآخر ، وأنه بطل نقضه ، فالقضاء للآخر[٥] الذي شهد الشهود أنه أبطل الأول .

وفي «نوادر المعلى»[٦] عن أبي يوسف : رجل في يديه عبد ، أقام رجل بينة أنه باعه هذا [العبد من هذا][٧] الذي في يديه وهو يملكه بألف درهم ورطل من خمر ،

---

(١) في (ك) : يجعله .

(٢) في (ك) : فالقبض .

(٣) في (م) : وإن وقتا وتبين .

(٤) في (ب) : أولى .

(٥) في (ك) : بالقضاء الآخر .

(٦) أبو يعلى معلى بن منصور الرازي العلامة الحافظ الفقيه ، نزيل بغداد ومفتيها ، ولد في حدود ١٥٠ .
نزل بغداد ، وطلب الحديث ، وكان صاحب حديث ورأي وفقه ، وكان من كبار أصحاب أبي يوسف ، ومحمد ، ومن ثقاتهم في النقل والرواية .
وكان صاحب سنة واتباع ، وكان بريئا من التجهم ، وحديثه في الكتب كلها ، جمع الإمامة في الرأي والحديث . .
قال يحيى بن معين : كان المعلى بن منصور يوما يصلي ، فوقع على رأسه كور الزنابير ، فما التفت ولا انفتل حتى أتم صلاته ، فنظروا فإذا رأسه قد صار هكذا من شدة الانتفاخ ، وكان ثقة نبيلا ، فقيها مأمونا ، صاحب سنة ، طلبوه للقضاء غير مرة فأبى . مات سنة ٢١١ رحمه الله تعالى .
انظر « سير أعلام النبلاء » ١٠: ٣٦٥ ، « تذكرة الحفاظ » ١: ٣٧٧ ، « تاريخ دمشق » لابن عساكر ٥٩: ٣٧٧ ، « معجم المؤلفين » ١٢: ٣٠٩ .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وأقام آخر بينة أنه باع هذا العبد من هذا الذي في يديه وهو يملكه بألف درهم وخنزير ، ادعى كل واحد منهما بيعاً فاسداً ، فالعبد يُرَدُّ عليهما نصفان ، وضمَّنتُ الذي في يديه لكل واحد منهما نصف قيمة العبد ، وإن مات العبد في يد المشتري فعليه قيمتان .

وإن كانت البينتان شهدتا على البيع ومعاينة القبض ، فإن كان العبد قائماً بعينه أخذاه نصفان ، ولا شيء لهما غير ذلك ، وإن كان مستهلكاً أخذا[1] قيمته نصفان ولا شيء لهما غير ذلك .

رجل له ابنتان صغرى وكبرى ، وأقام رجل[2] بينة على هذا الرجل أنه زوج ابنته الكبرى منه ، وأقام الأب بينة أنه زوج ابنته الصغرى من هذا الرجل ، فالبينة بينة الزوج .

عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه اشترى هذا العبد من صاحب اليد بألف درهم ، وأقام صاحب اليد بينة أنه باع هذا العبد من فلان الآخر بألفي درهم ، فالبينة بينة مدعي الشراء بألف درهم .

ولو أقام صاحب اليد بينة على مدعي الشراء بألف درهم أنه كفل بألفين عن المدعى عليه الذي اشتراه بألفين ، كانت بينة صاحب اليد أولى .

دار في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنها داره أجرها من الذي في يديه شهراً بعشرة دراهم ، وأقام على ذلك بينة ، والذي في يديه الدار قد سكنها شهراً وهو جاحد دعواهما ، فإنهما يأخذان الدار بينهما نصفان ، ويأخذان عشرة دراهم ، ويكون بينهما نصفان أيضاً ، والقياس أن يأخذ كل منهما عشرة دراهم ، وأظن أن هذه المسألة [مرت في كتاب الإجارات .

ونظير هذه المسألة][3] في دعوى البيع ، إذا كانت الجارية في يدي رجل ، أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه باعها من صاحب اليد [وهو يملكها بألف على

(١) في (هـ) و (ك) : أخذ .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

أنه بالخيار ، فإن أمضيا البيع لزم صاحب اليد][1] لكل واحد منهما ألف درهم ؛ لأن لا تضايق في الثمن .

وإن أمضى أحدهما دون الآخر ، فللذي أمضى نصف الثمن ؛ لأن منازعة الآخر باقية ، ومع المنازعة حقه كان في نصف الجارية ، فيأخذ بدل ذلك وهو نصف الثمن ، وللذي لم يمض أن يأخذ الجارية كلها ؛ لأنه انقطعت منازعة الآخر وحقه في الجارية[2] كلها لولا منازعة الشريك ؛ لأن البينة قامت له على كلها ، فإذا ارتفعت منازعة الشريك استحق كلها .

وإن لم يمض واحد منهما البيع أخذ الجارية بينهما نصفان ولا شيء على المشتري ؛ لأنه لم يسلم له شيء [من المبيع ، فلا يلزمه شيء][3] من الثمن .

رجل في يديه عبد أقام رجل بينة أنه عبده ، وأقام آخر بينة أنه عبده باعه من الذي في يديه ، وذو اليد يجحد دعواهما جميعاً ، قال: يقضي به للذي أقام البينة أنه عبده ، ويبطل الثمن عن الذي هو في يديه .

استحق الفرس من يدي المشتري في غير بلد البائع ، وجاء[4] المشتري بالسجل إلى بلد البائع ، وكان المكتوب في السجل صفة الفرس المستحق ، دس زنك[5] مع الكي ، فقال البائع[6] : الفرس الذي بعته كنت[7] بلا كي وأقام[8] البينة فالبينة بينة المشتري .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من(ك) .

(٤) في (ب) : وهنا .

(٥) في (هـ) : ديزونك . وفي (ب) و (ك) : دين زيك . وهنا عبارات فارسية لم أستطع ترجمتها .

(٦) في (م) و (ب) : بائع .

(٧) في (هـ) و (ك) : كميت .

(٨) في (هـ) و (ب) : أقاما .

وفي «فتاوى أهل سمرقند»[١] : قلنسوة في يدي ثلاثة نفر يدعي أحدهم قطنها ، ويدعي الآخر بطانتها ، ويدعي الآخر جميعًا ، وأقام كل واحد بينة على ما ادعى ، فإنه يقضي بالقلنسوة لمدعي جميعها [ويضمن لمدعي القطن مثل نصف قطنها ، ولمدعي البطانة قيمة نصف بطانتها .

أما القضاء بالقَلَنْسُوَة[٢] كلها لمدعي جميعها][٣] ؛ لأن بينته في الظهارة خلت عن المعارض ، فيجب العمل بها في حق الظهارة ، ولا يمكن العمل بها في حق الظهارة إلا بالعمل بها في حق الكل ، وأما القطن فهو في أيديهم ، ولا يدعيه مدعي البطانة ، فيكون بين مدعي الكل وبين مدعي القطن نصفين ، وقد صار مدعي الكل مستهلكاً لحصة مدعي القطن من القطن ، والقطن من ذوات الأمثال ، فيضمن مثل نصف القطن لمدعي القطن لهذا .

وأما البطانة فلا يدعيها مدعي القطن ، وإنما يدعيها صاحباه فيكون بينهما ، وقد صار مدعي [الكل مستهلكاً نصيب مدعي][٤] البطانة من البطانة ، والبطانة من ذوات القيم ، فيضمن مدعي الكل نصف قيمة البطانة لمدعيها لهذا .

وهو نظير من غصب من رجل بطانة وغصب من آخر قطناً وظهر[٥] فجعل منهما قلنسوة ، فإنه يضمن لصاحب القطن مثل قطنه ، ويضمن لصاحب البطانة قيمة بطانته ، وطريقه ما قلنا كذا ههنا .

---

(١) هي فتاوى لعلماء سمرقند ، وهذا الفتاوى مذكورة مع كتاب الفتاوى الخاصية لأبي بكر الخاص ، وهو مخطوط موجود بمعهد إحياء المخطوطات العربية بالقاهرة ، ل/ ١٢٤ .

ينظر كشف الظنون : ٢/ ٢١٣ - ٢١٩ .

(٢) لباس للرأس مختلف الأنواع والأشكال .

« المعجم الوسيط » ٢: ٧٨٩ .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (هـ) : والظهارة ملكه .

وكذلك لو لم يدع مدعي الجميع القلنسوة كلها [إنما ادعى ظهارتها ، وباقي المسألة بحالها ، فهي كلها][1] لكن يضمن لمدعي القطن مثل قطنه ، ولمدعي البطانة قيمة بطانته ؛ لأنه يدعي شيئاً من القطن والبطانة فسلم القطن والبطانة لصاحبه .

❊ ❊ ❊

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

الفصل الثامن

في مقاسمة المدعى بطريق المنازعة أو[١] العَوْل

قال محمد رحمه الله: دار في يدي ثلاثة رهط ادعى أحدهم جميع الدار وادعى الآخر ثلثاها ، وادعى الآخر نصفها ، فهذا على وجهين :

إن أقاموا بينة على دعواهم ، أو[٢] لم يقيموا وقد ذكرنا المسألة بتمامها في كتاب الشهادات[٣] ، ولم نذكر ثمة ما إذا كانت الدار في يد غيرهم إنما ذكر هنا ، وقال : إن لم يقم بينة لهم يحلف الذي كان في يديه الدار على دعواهم ، فإن حلف انقطعت دعواهم وبقي الدار في يد صاحب اليد كما كان قبل الدعوى .

وإن قامت لهم بينة فبينة كل واحد[٤] مقبولة على جميع ما ادعى ؛ لأن ما يدعي كل واحد منهم في يد غيره ، فيكون كل واحد منهم خارجاً في جميع ما يدعي لنفسه ، وبينة الخارج مقبولة على جميع ما ادعى ، [وإذا قبلنا بينة][٥] بينة كل واحد منهم على جميع[٦] ما ادعاه يقسم الدار بينهم على طريق المنازعة عند [أبي حنيفة ، فيعطي لمدعي][٧] الجميع سبعة أسهم من اثني عشر سهماً من جميع الدار [ويعطى لمدعي الثلثين ثلاثة أسهم من اثني عشر سهمًا من جميع الدار][٨] ويعطي لصاحب النصف سهمان ،

---

(١) في (هـ) و (ك) : « و » .

والمراد بالعول هنا : أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها ، فيدخل النقص عليهم كلهم .

« معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية » ، لمحمود عبد الرحمن ٢ : ٥٥٧ .

(٢) في (هـ) و (ك) : « و » .

(٣) في (ك) : الشهادة .

(٤) في (ك) : كل واحد منهم .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) سقط من (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

وعندهما يقسم الدار على طريق العول والمضاربة على ثلاثة عشر سهماً ، يعطي لصاحب الجميع ستة أسهم من ذلك ، ويعطى لصاحب الثلثين أربعة أسهم ، ولصاحب النصف ثلاثة أسهم .

وإذا كانت الدار في يدي رجلين ادعى أحدهما كلها والآخر[١] نصفها ولا بينة لهما ، فإن مدعي النصف يحلف لمدعي الجميع ، ومدعي الجميع لا يحلف لمدعي النصف ؛ [لأن مدعي النصف][٢] لا يدعي لنفسه شيئاً مما في يدي مدعي الجميع ، أما مدعي الجميع يدعي لنفسه ما في يد مدعي النصف ، [فإن حلف مدعي النصف][٣] برئ عن[٤] خصومة مدعي الجميع ، وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله ، وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين فكذا بعد الحلف ، وإن نكل قضي لمدعي الجميع بجميع الدار .

[وإن أقاما البينة قضى لمدعي الجميع بجميع الدار][٥] ؛ لأن مدعي النصف ادعى لنفسه نصف الدار وفي يده النصف ، فانصرف دعواه إلى ما في يده ، فلا تقبل بينته عليه ، ومدعي الجميع ادعى جميع الدار ، ونصفها في يد مدعي النصف فتسمع بينته فيه ، ونصفها في يده ولم يسمع بينته ، إلا أن مدعي النصف لم يدع شيئاً من ذلك النصف لنفسه فيترك في يده ، فصار جميع الدار لمدعي الجميع من هذا الوجه .

وإن كانت الدار في يد ثالث ، والباقي بحاله ، فإن لم يكن لهما بينة حلف الثالث على دعوى كل منهما ، فإن حلف برئ عن خصومتهما ، وترك الدار في يده كما كان ، وإن أقام[٦] البينة ، قال أبو حنيفة : يقسم الدار بينهما أرباعاً بطريق المنازعة .

وقال أبو يوسف ومحمد : يقسم أثلاثاً بطريق العول والمضاربة[٧] .

---

(١) في (هـ) و (ك) : وادعى الآخر .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : من .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) في (هـ) و (ك) : أقاما .

(٧) «المبسوط»للسرخسي ١٧ : ٨٧ .

دار [في يدي رجلين][(١)] في يدي رجل منها منزل ، وفي يدي رجل آخر منها منزل آخر ، ادعى أحدهما أن جميع الدار له ، وادعى الآخر أن الدار بينهما نصفان ، ولا بينة لهما ؛ حلف كل منهما على دعوى صاحبه ، فإن حلفا فالمنزل الذي في يد مدعي الجميع يترك في يديه ؛ لأنه برئ عن دعوى مدعي[(٢)] النصف بالحلف ، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الدعوى ، ويقضي بنصف[(٣)] المنزل الذي في يد مدعي النصف ، ويترك نصف المنزل الذي في يد مدعي النصف [في يده على حاله ويقضي بالساحة بينهما ؛ أما القضاء له بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف][(٤)] إقرار بذلك لما قال: الدار بيننا نصفان ، وأما ترك النصف في يد مدعي النصف ؛ لأنه برئ عن دعوى صاحبه في ذلك النصف ، وعاد الأمر في ذلك النصف إلى ما كان قبل الدعوى ، أما القضاء بينهما بالساحة[(٥)] لأن الساحة في أيديهما على الشيوع ، فإنهما يستعملانها ويتصرفان فيهما على السواء .

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا كانت الدار في أيديهما وليس [في يد][(٦)] واحد منهما شيء بعينه ، فقال أحدهما : الدار بيننا نصفان ، وقال الآخر : الدار كلها إلي[(٧)] ، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده ، ولا يقضى لمدعي الجميع بشيء مما في يد المدعي النصف ، وههنا قال : يقضي لمدعي الجميع بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف ؛ لأن في تلك المسألة أمكن تصحيح إقراره من غير إثبات استحقاق شيء عليه ؛ لأنه أقر لصاحبه بنصف آخر[(٨)] شائع من الدار وفي يد صاحبه نصف شائع من الدار ، وفي هذه المسألة لا يمكن تصحيح إقراره باستحقاق نصف المنزل الذي في يده ؛ لأن المنزل الذي

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) غير موجود في (هـ) ، وفي (ب) : ويقضي صاحبه بنصف المنزل .

(٣) في (م) : ويقضي لصاحب بنصف .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٥) في (هـ) و (ك) : بالساحة بينهما .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (هـ) و (ك) : لي .

(٨) غير موجود في (هـ) و (ك) .

في يده من جملة الدار ، وقد أقر له بنصف الدار شائعاً ، فيكون مقراً له بنصف هذا المنزل شائعاً فلهذا افترقا .

عاد إلى أول المسألة فقال: ادعى أحدهما جميع الدار وادعى الآخر نصفها ، ولم يزد على هذا ، يعني قال الآخر: نصف هذه الدار لي ، ولم يقل هذه الدار بيننا نصفان لا يقضي لمدعي الجميع بشيء مما في يد مدعي النصف ، [ولكن مما في يدي مدعي النصف][1] يترك نصفه له ، والنصف الآخر موقوفًا إلى أن يقيم مدعي الجميع البينة . وإنما جاء الفرق ؛ لأنه لما قال: الدار بيننا نصفان فقد أقر لصاحبه بنصف المنزل في يده ، وإقرار الإنسان بما في يده صحيح .

وإذا قال: نصف الدار لي ، فما أقر لصاحبه بشيء من الدار ، إنما ادعى لنفسه النصف[2] لا غير ، وليس من ضرورة أن لا يكون له[3] ما زاد على النصف أن يكون ذلك لمدعي الجميع ، لجواز[4] أن لا يكون ذلك له ، ولا لمدعي الجميع بل يكون لغيرهما .

وإن أقام[5] البينة في هذه الصورة قبل بينة كل واحد منهما على ما في يد صاحبه ، يقضى لمدعي الجميع بجميع المنزل الذي في يد مدعي الجميع .

دار سفلها في يدي رجل [وعلوها في يدي رجل[6]][7] ، وطريق آخر العلو في ساحة السفل ادعى كل واحد منهما أن جميع الدار له ولا بينة لهما ، فإنه يقضي لصاحب [العلو بالعلو][8] وبحق الممر في الساحة ، ويقضي لصاحب السفل بجميع السفل ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : النصف لنفسه .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (ب) : يجوز .

(٥) في (هـ) و (ك) : وأقاما .

(٦) في (هـ) : رجل آخر وطريق العلو .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وبرقبة طريق العلو ويجعل طريق العلو في حق الممر كأنه في يد صاحب العلو ، [وفي حق الرقبة كأنه في يد صاحب السفل][(١)] ، هكذا ذكر[(٢)] المسألة[(٣)] في كتاب الدعوى ، وذكر هذه المسألة في كتاب الصلح وقال: يقضي بالساحة بينهما .

وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضع :

وضع المسألة في كتاب الدعوى أن جميع السفل كان في يد [صاحب السفل ؛ فإنه قال : دار أسفلها[(٤)] في يدي رجل والهاء[(٥)] كناية عن الدار ، فقد جعل جميع السفل في يد][(٦)] صاحب[(٧)] السفل إلا أن صاحب العلو كان يمر في الساحة ، فيقضى لصاحب السفل بجميع السفل إلا في حق المرور . وموضوع ما ذكر في كتاب الصلح أن في يد مدعي السفل منازل السفل ، والساحة في أيديهما [فإنه قال : في دار يسكن فيها رجلان ، وأحدهما في منازل من السفل والآخر في علوها ، فقد أشار إلى أن في يد صاحب السفل منازل السفل ، وكان يد صاحب السفل في[(٨)] الانفراد ثابتة على منازل السفل][(٩)] والساحة في أيديهما ؛ لأنهما يستعملان الساحة استعمالاً على السواء ، فيقضى بالساحة بينهما لهذا . انتهى[(١٠)] .

دار في يدي ثلاثة [(١١)] ، ادعى أحدهم النصف ، وادعى الآخر [الثلث ، وادعى الآخر][(١٢)] السدس ، وجحد بعضهم دعوى البعض ولا بينة لواحد منهم ، فنقول :

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) أي الإمام محمد بن الحسن الشيباني فيما يظهر ؛ لتقدم ذكره آنفًا .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : سفلها .

(٥) في (ب) : والبناء . وفي (م) : وأنها . والمثبت من (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (ك) : نصف .

(٨) في (ب) : على .

(٩) مابين معكوفتين سقط من (ك) .

(١٠) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(١١) هذه المسألة نقلها المؤلف من «المبسوط» للسرخسي رحمه الله ١٧ : ٩٠ ، ولم يشر لذلك رحمه الله .

(١٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

يجعل الدار [في أيديهم][١] أثلاثاً لاستوائهم في اليد ، ويقضي لمدعي النصف ، والثلث لكل واحد [منهم بما في يد كل واحد][٢] منهما وهو الثلث ، أما مدعي الثلث[٣] فلأنه فلأنه يدعي لنفسه ثلث الدار [وفي يده هذا المقدار ، وقوله فيما في يده مقبول][٤] ، وأما مدعي النصف فلأنه ادعى لنفسه نصف الدار وفي يده الثلث ، فكان مدعياً جميع ما في يده ، فزيادة سدس إلى تمام النصف مما في يد صاحبه ، فيقبل قوله فيما في يده ولا يقبل فيما يد صاحبه إلا ببينة ، ويقضى[٥] لصاحب السدس بنصف ما في يده وهو سدس الدار ويوقف السدس لأنه ادعى لنفسه سدس الدار وفي يديه ثلث الدار ، وكان مدعياً لنفسه نصف ما في يده وقوله فيما في يده مقبول ، وأما النصف الآخر الذي في يده لم يقر به لصاحب النصف ، إنما أقر أنه ليس له وليس من ضرورة أن لا يكون له أن يكون لصاحب النصف لجواز أن لا يكون له أيضاً ويكون لغيره ، فيوقف ذلك النصف عنده .

فإن أقام صاحب النصف بينة أن سدس الدار له[٦] ؛ لأنه ادعى لنفسه نصفاً شائعاً ، وقد تم له الثلث فبقي دعواه في سدس الدار ، وذلك في يد صاحبه ؛ إذ ليس أحدهما يصرف دعواه إلى ما في يده أولى من الآخر . انتهى[٧] .

دار في يدي رجلين[٨] ادعى أحدهما كل الدار ، وادعى الآخر نصفها ، وأقاما جميعاً البينة ، فشهد شهود صاحب النصف أن الدار كانت لأبيه ، وأبي الذي ادعى الجميع فصارت ميراثاً بينهما نصفان ، وشهد شهود صاحب الجميع له بالجميع فإن الدار بينهما

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ك) : النصف .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (ك) : ولا يقضي .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٨) انظر المسألة في «بدائع الصنائع» للكاساني ٨: ٤٥٨ مع شيء من التطويل .

تكون أرباعاً ؛ لأنهم لما شهدوا على الميراث ، فقد شهدوا أن له النصف مما في يده ويد صاحبه ؛ لأن الميراث في جميعها ، فقد شهدوا له بنصف ما في يد صاحبه .

ولو شهد شهود صاحب النصف أن الدار بينه وبين صاحب الجميع نصفان اشترياها[١] من فلان بينهما نصفان ، وشهد شهود الآخر على الجميع ، فإن الدار بينهما نصفان .

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : في دارٍ في يدي رجل نصفها ، وادعى آخر نصفها وأقاما[٢] جميعًا[٣] البينة ، [فشهد شهود صاحب النصف][٤] فالدار بينهما نصفان ، ولم يجمع أبو حنيفة في هذه المسألة نصيب كل واحد منهما في نصف الدار ؛ فيجعل بينهما نصفان .

وإن أقام آخر بينة على جميعها فإنه يجمع نصيب صاحب[٥] النصف في نصف الدار ويجعل لصاحب الجميع النصف خالصاً ، ويجعل النصف الآخر بينهم ، فقد ترك قوله في هذا ، وكان ينبغي أن يضرب كل واحد من صاحبي النصف بالنصف في جميع الدار ويضرب الثالث بالجميع ، فيكون نصفها لصاحب الجميع ، ونصفها للآخرين نصفين .

وفي «نوادر هشام» قال : سمعت محمداً يقول في دار في يدي آخرين ادعى أحدهما كل الدار وادعى الآخر أنها ميراث بينهما من أبيهما ، قال : للذي ادعى كلها ثلاثة أرباع الدار النصف الذي في يديه ونصف ما في يد أخيه ، وللآخر ربعها[٦] ، فإن أقاما البينة على ما ادعاه صار النصف الذي في يد مدعي الكل ميراثاً ، فيكون ذلك النصف بينهما نصفان ،

---

(١) في (ب) : اشتراها .

(٢) في (ك) : وأقام .

(٣) سقط من (هـ) و (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ب) و (ك) .

(٥) في (هـ) : صاحبي .

(٦) الذي في «المبسوط» للسرخسي ١٦ : ١٧٤ : أن القسمة هكذا على قول أبي حنيفة ، وعلى قول الصاحبين القسمة على طريق العول ، فتكون الدار بينهما أثلاثاً .

ويصير النصف الذي في يد مدعي الميراث للآخر فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع الدار[١] ، ولمدعي الميراث ربعها ، فإن جاء إنسان آخر وأقام البينة أنها داره فاستحقها ثم وهبها لمدعي الجميع ، فلا شيء لأخيه فيها ، فإن وهبها لمدعي الميراث أخذ الإخوة نصفها . انتهى .

في «نوادر بشر» عن أبي يوسف : رجل أقام بينة على رجل أن له عليه ألف درهم ، وأقام آخر بينة عليه أن تلك الألف بينهما نصفان ، قال: في قول أبي حنيفة رحمه الله ، للذي أقام البينة على الألف ثلاثة أرباع الألف ، وللآخر ربعها[٢] ، وقال أبو يوسف ومحمد : هي بينهما أثلاثاً . انتهى .

وفي «المنتقى» : دار في يد رجل ادعى رجل أنها بينه وبين الذي في يديه نصفان ، وجحد ذلك الذي في يديه ، وادعى أنها[٣] كلها له فسأل القاضي المدعي البينة على ما ادعى ، فأقام البينة على أن هذه كانت لأبيه فلان ، مات وتركها ميراثاً له خاصة لا وارث له غيره .

قال : إن لم يدع المدعي أن النصف خرج إلى الذي الدار في يده بسبب من قِبَلِه فشهادة شهوده باطلة ، وإن قال : قد كنت بعت نصفها بألف درهم ، لم يصدقه القاضي على البيع ولم يجعله مكذباً لشهوده ، وقضى له بنصف الدار ميراثاً عن أبيه ، فإن أحضر بينة على أنه باع النصف من المدعى عليه بألف درهم ، وأنه صالحه من الدار على أن يسلم له النصف منها ، قبلت بينته على ما ادعى من ذلك ، وقضى بالدار كلها ميراثاً عن الولد[٤] ، وقضى بنصفها للمدعي الآخر بيعاً من المدعي ، إن كان ادعى البيع وكان للمدعي على المدعى عليه الثمن .

---

(١) في (ب) : المدعى .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (هـ) و (ب) : أن .

(٤) في (م) : وقضى له بنصف الدار ميراثًا كلها عن الولد . والمثبت من باقي النسخ .

وإن أقام البينة على ما ادعى من الصلح ، أبطلت الصلح ، ورددت الدار كلها إلى المدعي ؛ لأنه لم يأخذ للنصف عوضاً ، فإن قال المدعى عليه في الصلح حين أقام المدعي[١] البينة عليه[٢] بالصلح : إن الصلح الذي ادعى لم يكن جائزاً [لم ألتفت إلى قوله] [٣] ، ولم أملك له من الدار شيئًا[٤] ، وقال : أقرّ أن لي نصف الدار ، فأنا أحق بنصف الدار منه بحكم إقراره ، لم يلتفت إلى قوله ؛ لأن المدعي أقام البينة أن نصف الدار للمدعي من وجه الصلح ، فيجعل إقراره من قبل الصلح .

ألا ترى من باع داراً من رجل بعبد وتقابضا ، ثم قيل لبائع الدار : لمن الدار ؟ فقال : لفلان . يعني المشتري منه ، ثم إن بينته قامت على أن العبد حرّ وأعتقه القاضي بحضرة بائع الدار ، وقال بائع الدار : إنما أقررت لفلان بالدار ، لأني كنت بعت منه الدار بالعبد ، فالقاضي يجعل إقراره من قبل البيع ويرد الدار عليه ، كذا في مسألتنا . انتهى .

* * *

(١) في (م) : المدعى عليه .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين ضرب عليه في (هـ) ، وهو غير موجود في (ك) .

(٤) سقط من (ك) .

الفصل التاسع
في دعوى الميراث

إذا قال في دعواه : هذا العين ملكي[١] ورثته عن أبي ، أو قال : صار ميراثاً لي عن أبي ، أو كان الشهود شهدوا أن هذا العين ملكه ورثه عن أبيه ، أو قالوا : صار هذا العين ميراثاً له عن أبيه ، فالقاضي يسمع دعواه ويقبل شهادتهم .

ولو شهدوا أن هذا العين كان ملك أبيه إلى يوم موته ، مات وترك ميراثاً لهذا المدعي ، ولم يقولوا : وترك هذا العين أو تركه ميراثاً ، فقد قيل : لا تقبل الشهادة ولابد من ذكر قوله : وترك هذا العين ميراثاً له ، أو من ذكر قوله : وتركه ، ولكن هذا ليس بصواب ؛ فإنهم لو شهدوا أن هذا العين [كان ملك أبيه إلى يوم موته][٢] ، ولم يتعرضوا لشيء آخر فالقاضي يقبل شهادتهم ، ويقضي بالدار ميراثاً نص عليه محمد في الشهادات ، والمسألة بتمامها مع فروعها مرت في كتاب الشهادات . انتهى .

دار في يدي رجل [أقام رجل][٣] البينة أن أباه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ، وقد مات ، وصاحب اليد يجحد ذلك . قال : لا أكلفه البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً له[٤] ، ولكن أسأله البينة أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره ، فإن أقامها أمرت صاحب اليد بدفع الدار إليه ، وإنما لم يكلفه إقامة البينة وأن[٥] أباه مات وتركها ميراثاً له ؛ لأنه لما ادعى على ذي اليد بيعه من أبيه ، وكل بائع مقر بالملك للمشتري منه صار دعواه بيع ذي اليد من أبيه بمنزلة دعواه إقرار ذي اليد بالملك لأبيه .

---

(١) في (ب) : ملك لي .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) «المبسوط» للسرخسي ١٦ : ١٧٣ .

(٥) في (هـ) : أن .

ولو ادعى إقرار ذي اليد بالملك لأبيه وأقام على ذلك بينة كفى ذلك حجة للقضاء ، ولا يشترط فيه جر الميراث [كذا ههنا][(١)] ، بخلاف ما لو أقام البينة على نفس الملك للمورث .

[وإن كانت الدار في يد غير المدعى عليه البيع من أبيه ، فالقاضي يسأله البينة على أن أباه مات وتركها ميراثًا له ؛ لأن المدعي على صاحب اليد هنا نفس الملك للمورث][(٢)] لإقراره بالملك للمورث[(٣)] ، وهذا لأن دعوى الإقرار على ذي اليد في المسألة الأولى في ضمن دعوى البيع عليه والمدعي في هذه المسألة لا يدعي البيع على ذي اليد ، وكان هذا في حق ذي اليد دعوى نفس الملك للمورث ، فلابد من جر الميراث[(٤)] . انتهى .

رجل في يديه دار يزعم أنه ورثها من أبيه جاء رجل وادعى أنه اشتراها من أبي ذي اليد في حال حياته ، ولم يقل[(٥)] وهو يملكها وكذلك الشهود في شهادتهم لم يقولوا[(٦)] : وهو يملكها ، فالقاضي يقضي بالدار للمدعي ؛ لأن صاحب اليد مقر بملك الأب حيث ادعى الإرث ، وكذلك لو كان الأب حياً وادعى المدعي الشراء من أب ذي اليد ، وذو اليد يدعي أن أباه وهبها له ، فالقاضي يقضي للمدعي بينته ، وإن لم يقولوا في شهادتهم وهو يملكها ، وإنما يحتاج إلى قول الشهود بل شهادتهم : وهو يملكها إذا لم يكن ذو اليد مقراً بالملك للمدعى عليه الشراء بأن لم يدع التملك من جهته[(٧)] .

قال محمد رحمه الله في «الجامع»[(٨)] : رجل في يديه دار ادعاها رجلان أحدهما ابن أخ الذي الدار في يديه ووارثه لا وارث [له][(٩)] غيره ، وأقام كل واحد من الرجلين

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ك) : الإقرار فالملك للمورث .

(٤) في (هـ) زيادة : أو ما يقوم مقامه .

(٥) في (ك) : يقبل .

(٦) في (م) و (ب) : يقولوا .

(٧) في (م) و (ب) : جهة .

(٨) «الجامع الكبير» للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص ١٢٥ .

(٩) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

شاهدين أن الدار دار أبيه ، مات وتركها ميراثاً له لا نعلم[١] وارثاً غيره ، فيسمع القاضي بينتهما ، فقبل أن تزكيا[٢] مات العم الذي الدار في يديه ، فإن القاضي يسلم الدار إلى ابن الأخ ؛ لأنه وارث الميت فيقوم مقامه فيما كان في يده ، كما يقوم مقامه في أملاكه ، فإن سلم القاضي الدار إلى ابن الأخ ثم زكيت البينتان ، فالقاضي يقضي بالدار بين ابن أخ ذي اليد ، وبين الأجنبي نصفان ، وكان ينبغي أن يقضي بالدار كلها للأجنبي ؛ لأن الأجنبي خارج وقت القضاء ، وابن أخ ذو اليد ، ألا ترى أن ابن الأخ لو أقام البينة على ما ادعى حال حياة العم ، [ولم يقم الأجنبي البينة ولم يقض القاضي ببينة ابن الأخ حتى مات العم ، وسلم القاضي الدار إلى ابن الأخ ، ثم أقام الأجنبي البينة على ما ادعى ، فإنه يقضي ببينة الأجنبي .

وكذلك إذا لم يقيما البينة حال حياة العم][٣] حتى مات العم ، ثم أقاما البينة فإنه يقضي بالدار للأجنبي لهذا إن الأجنبي خارج وقت القضاء حقيقة فهو خارج حكماً .

وقد اختلف عبارة المشايخ في بيان ذلك ؛ فعبارة بعضهم : أن ابن الأخ لم يرث الدار من العم في هذه الصورة ، والقاضي سلم الدار إلى ابن الأخ على وجه الحفظ بطريق النيابة عن العم لا على وجه الميراث .

بيان هذا الكلام : أن الدار صارت مشغولة بحق الأجنبي حال حياة العم ، فإنه ثبت[٤] للأجنبي بإقامة بينة عادلة حق الملك في هذه الدار وبالتزكية ظهر أنها كانت عادلة ، ولهذا لم يجز بيع[٥] المدعى عليه ، وكون التزكية مشغولة بحق الأجنبي يمنع

---

(١) في (هـ) : لا نعلم له .

(٢) في (ك) : تركها ، والصواب ما أثبت كما في «الجامع الكبير» ص ١٢٥ ؛ إذ جاء فيه : فلم تزك البينتان حتى مات المدعى عليه (هو العم) .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٤) في (ك) : يثبت .

(٥) في (ك) : لم يخرج مع .

الإرث كما لو كان فيها دين مستغرق لأجنبي ، أو كان في الدار وصية ، وإذا امتنع الإرث لحق الأجنبي ، بقيت الدار على ملك العم كأن العم حي ، ولو كان العم حياً ودفع الدار إلى ابن الأخ على وجه الحفظ بطريق النيابة عن العم أليس أنه يقضي بالدار بينهما نصفان ؟ واعتبر ابن الأخ خارجاً حكماً في هذه الصورة ، مع كونه صاحب اليد حقيقة ولكن[١] تقرير هذه العبارة من وجه آخر ، وسنذكر ذلك الوجه في تفريعات هذه المسألة إن شاء الله تعالى .

وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة حال حياة العم وأقام الأجنبي البينة بعد وفاة العم ، فإن هناك يقضي بكل الدار للأجنبي ، وتبطل بينة ابن الأخ ؛ لأن هناك ابن[٢] الأخ وقت القضاء صاحب اليد حقيقة وحكماً .

بيانه : أن هناك الدار حال موت العم مشغولة بحق ابن الأخ الذي هو وارث لا بحق الأجنبي ، وشغل التزكية بحق الوارث لا يمنع الإرث ، ألا ترى أن الدين المستغرق للتركة[٣] لو كان للوارث لا يمنع ذلك جريان الإرث ، فصارت الدار لابن الأخ وزالت[٤] عن ملك العم ويده حقيقة وحكماً ، فصار الملك واليد لابن الأخ حقيقة [وحكماً][٥] ، وبقي الأجنبي خارجاً حقيقة وحكماً ، وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم ثم أقاما البينة لأن هناك الدار وقت موت العم لم تكن مشغولة بحق الأجنبي لأنه لم يوجد من الأجنبي إلا مجرد الدعوى وبه لا يثبت الحق ، ولهذا أجري[٦] إقرار المدعى عليه بالمدعي به لغيره في هذه الصورة مجرى الإرث

---

(١) في (هـ) و (ب) : الحفظ .

(٢) سقط من (هـ) و (ب) .

(٣) في (ب) : التزكية .

(٤) في (هـ) و (ك) : زال .

(٥) زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) في (ب) : جرى .

فصارت الدار مملوكة لابن الأخ ، وصار هو صاحب اليد حقيقة وحكماً ، وعبارة بعضهم : أن ابن الأخ وإن ورث الدار من العم وصار ذو اليد حقيقة ، فقد بقي خارجاً حكماً ومعنىً .

بيانه : أنه لم يملك الدار على الوجه الذي ادعى وأراد ، فإنه ادعى أن هذه الدار موروثة له من جهة الأب لا من جهة العم وله في هذه الدعوى فائدة بعد موت العم ، حتى لا يتعلق بهذه الدار حقوق العم متى ظهر على العم دين أو وصية ، ولم يجعل هذا المقصود لابن العم بموت العم وصيرورة[١] الدار ميراثاً له فبقي محتاجاً إلى إثبات ما ادعى بالبينة لكونه ثابتاً بظاهر يده ، وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم ، ثم أقاما البينة ، فإن هناك يقضي ببينة الأجنبي ، ولم يجعل ابن الأخ خارجاً ، وإن كان محتاجاً إلى إثبات ما ادعى[٢] بالطريق الذي قلنا ؛ [لأنا][٣] إنما نعتبر الحاجة إلى إثبات المدعي في جانب الأخ إذا كان لابن الأخ منازع في هذه الدار وقت موت العم ثبت لمنازعه نوع خصومة لهذه[٤] الدار من بين سائر الناس[٥] ، فإن [أقام شاهدين أو][٦] أقام شاهدًا واحداً ؛ لأن بإقامة شاهدين يثبت[٧] له حق الملك ، وبإقامة شاهد واحد يحصل[٨] بحال إذا أقام شاهداً[٩] آخر ، يستحق الدار وقت موت العم ، لم يثبت له نوع خصوصية من بين سائر الناس بأن وجد مجرد الدعوى لا يعتبر مقصود ابن الأخ في هذه الحالة فلا يقبل بينته ، وهذا لأن ما هو مقصود ابن الأخ مما ادعى قد يحتاج إليه ابن الأخ

---

(١) في (هـ) و (ك) : وصورة .

(٢) في (ب) و (ك) : ما ادعاه .

(٣) زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) في (هـ) : خصوصية بهذه . وفي (ك) و (ب) : بهذه .

(٥) في (ب) زيادة : فإن وقت موت العم لم يثبت له نوع خصوصية .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (هـ) : ثبت .

(٨) في (هـ) و (ك) : صار .

(٩) في (ب) : شاهدًا واحدًا آخر .

بأن ظهر على العم دين أو وصية ، وقد لا[١] يحتاج إليه ابن الأخ بأن لا يظهر عليه دين أو وصية ، وقد ظهر وقد لا يظهر فوجب مراعاة مقصوده في حال دون حال ، مراعياً من الوجه الذي بينا .

وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة على ما ادعى حال حياة العم ، ولم يقم الأجنبي بينة ، فإنه يقضي بالدار كلها للأجنبي ؛ لأنه لم يثبت لمنازعه - وهو الأجنبي - وقت موت العم نوع خصوصية لهذه الدار من بين سائر الناس ؛ لأنه لم يوجد منه إلا مجرد الدعوى ، وفي هذه الحالة لا [يعتبر مقصوده ، وإذا لم][٢] يعتبر اعتبر هو ذو اليد حقيقة وحكماً ، فيقضي ببينة الأجنبي .

ثم إذا قضى القاضي بالدار بين ابن الأخ وبين الأجنبي نصفين أقام الرجل الأجنبي بعد ذلك بينة على ابن الأخ أن الدار داره ، ورثها من أبيه وأراد أخذ ما[٣] صار لابن الأخ ، لم يكن له ذلك ؛ لأن كل واحد منهما أقام البينة على كل الدار ، ولولا بينة [صاحبه لما حرم عن النصف][٤] ، فعلم أن كل واحد منهما صار مقضياً عليه فيما صار لصاحبه بالقضاء ، وبينة المقضي عليه فيما صار مقضياً عليه ؛ لأنه يقبل [إلا أنه إذا ادعى تلقي الملك من جهة][٥] المقضي له ، ولم يوجد ههنا .

فلو أن القاضي زكى شهود الرجل الأجنبي بعد موت العم ولم يزك[٦] شهود ابن الأخ ، قضي بالدار كلها للأجنبي ؛ لأن حق الأجنبي قد ظهر من كل وجه وحق ابن الأخ عسى أن[٧] يظهر[٨] ، وليس لظهوره وقت معلوم ، فيقضي بالدار كلها للرجل

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) : وأراد أخذها منه صار .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٦) في (ب) : يذكر .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) في (ك) : ابن الابن عسى لا يظهر .

الأجنبي لهذا ، ويبطل بينة ابن الأخ حتى إذا ظهرت عدالتهم لا يقضى له بشيء ما لم يقم البينة ثانياً ؛ لأن القاضي لما قضى بالدار كلها للأجنبي بالدليل الذي ذكرنا ، مع قيام الدليل[١] ما يوجب القضاء بالنصف لابن الأخ وهو شهادة شهود ابن الأخ يضمن القضاء بالدار كلها للأجنبي إبطال بينة ابن الأخ ، وللقاضي ولاية إبطال البينة إذ الأخ له دليل الإبطال ، والقاضي إذا أبطل البينة في حادثة لا يجوز القضاء بها في تلك الحادثة أبداً[٢] .

فإن جاء ابن الأخ بعد ذلك بشهود شهدوا أن هذه الدار داره ورثها من أبيه ، قبل القاضي شهادته وقضى بكل الدار للأجنبي[٣] سواء جاء بشهود آخرين أو جاء بتلك الشهود ؛ إلا أنه[٤] لو لم يقبل[٥] شهادة شهوده إنما لم يقبل لصيرورته مقضياً عليه ببينة الأجنبي ، ولا وجه إليه ؛ لأن بينة الأجنبي قامت على العم لا على ابن الأخ ، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا جاء بشهود آخرين مشكل فيما إذا جاء بتلك[٦] الشهود .

وينبغي أن لا يقبل شهادتهم في هذه الصورة ؛ لأن القاضي أبطل شهادتهم في عين هذه الحادثة ، [والقاضي متى أبطل شهادة الشهود في حادثة ، لا يقبل شهادتهم في عين تلك الحادثة][٧] وإن صاروا عدولاً .

والجواب عن هذا الإشكال من وجهين :

أحدهما : أن القاضي ما رد شهادتهم لتهمة الكذب بل ضرورة القضاء بتلك الدار لأجنبي ، ورد الشهادة إذا لم يكن لتهمة الكذب لا يمنع قبولها بعد ذلك .

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (هـ) : لابن الأخ .

(٤) في (ب) و (ك) : لأنه .

(٥) في (ك) : يقل .

(٦) في (ك) : ملك .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

والثاني : إن كان رد الشهادة لتهمة الكذب ولكن هذه حادثة أخرى غير تلك الحادثة ؛ لأن المشهود عليه في الكَرَّة الأولى العم والمشهود عليه في الكَرَّة الثانية ابن الأخ ، والشهادة متى ردت لتهمة الكذب[١] إنما لا تقبل تلك الشهادة في عين تلك الحادثة ، لا في حادثة أخرى ، ألا ترى أن الفاسق إذا شهد وردت شهادته في باب ، وشهد للمشهود [له][٢] في حادثة أخرى قبلت شهادته ؟ كذا ههنا .

فإن قال الأجنبي بعد ذلك : أنا أعيد البينة على ابن الأخ أن الدار داري ورثتها ، فالقاضي لا يقبل بينته ؛ لأنه صار مقضياً عليه من جهة ابن الأخ .

قال : ولو أن القاضي زكّى شهود ابن الأخ بعد موت العم ، وما زكى شهود الأجنبي قضى بكل الدار لابن الأخ ، وبطلت بينة الأجنبي حتى[٣] لو زكيت شهوده بعد ذلك ، لا يقضي له بشيء لما قلنا في جانب ابن الأخ ، فإن أعاد الأجنبي البينة على ابن الأخ بعدما قضى القاضي لابن الأخ قضى للأجنبي .

فإن قال ابن الأخ : أنا أعيد البينة على الأجنبي ؛ لم يلتفت القاضي إليه لما قلنا .

قال : فإن أقام الأجنبي البينة حال حياة العم أن الدار داره ورثها من [أبيه][٤] ولم يقم ابن الأخ البينة على دعواه حتى مات العم صارت[٥] الدار في يد ابن الأخ بحكم الميراث ، ثم أقام ابن الأخ البينة على دعواه ، وزكيت بينتهما قضي بالدار بينهما .

وإن صار اليد لابن الأخ لما ذكرنا من العبارتين ، وقد ذكرنا قبل هذا في عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه عبده اشتراه من ذي اليد بكذا ، ونقده ، وأقام ذو اليد بينة أنه

---

(١) من قوله : « لا يمنع قبولها » إلى هنا تكرر في (ك) .

(٢) الزيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وسقط من (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٥) في (هـ) : وصارت .

عبد فلان الغائب أودعه إياه ، لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لأنه انتصب خصماً بدعوى الفعل عليه ، فلو أن القاضي لم يقض ببينة مدعي الشراء[١] حتى حضر المقر له وصدق ذو اليد في إقراره ، فإنه يدفع العبد إليه فإن زكيت بينة مدعي الشراء يقضي لمدعي الشراء بالعبد على المقر له ، فلو أن المقر له أقام البينة أن العبد عبده ، كان أودعه الذي كان العبد في يده يقضي بالعبد كله للمقر له وتبطل بينة مدعي الشراء .

وذكرنا ثمة عن الفقيه محمد بن حامد رحمه الله[٢] أن ابن سماعة كتب إلى محمد في مسألة العبد[٣] ، ولم يذكر ثمة كيفية المكتوب ، وكان كيفية المكتوب : ما بال الغائب المقر له إذا أقام البينة أن العبد عبده أودعه المقر قضيتم بالعبد له ، ولم تقضوا بها[٤] بينه وبين المدعي الشراء نصفان ، وأنتم جعلتم اليد للمقر في الحكم ، وإن كان العبد في يد الغائب للمقر له ، وإذا جعلتم اليد للمقر صار الغائب مع مدعي الشراء خارجين يدعيان على ذي اليد عبداً و داراً[٥] .

وذكرنا أن ابن سماعة استشهد بمسألة تأتي بعد هذا ، وهي هذه المسألة .

ابن سماعة كتب إلى محمد رحمه الله : الأمر[٦] كما تقول : أن العبد يقضي بين المقر له وبين المدعي للشراء نصفين ، كما في هذه المسألة التي وقع الاستشهاد بها ، وذكرنا ثمة أن القاضي أبا الهيثم كان يصحح جواب محمد في مسألة العبد أنه يقضي بالعبد كله للمقر ، وذكرنا وجه ذلك : أن مدعي الشراء يدعي الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول ،

---

(١) في (ب) زيادة : يقضي لمدعي الشراء .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن حامد بن إسماعيل البيع الفقيه ، ذكره ابن النجار ، قال : سمع الكثير من شيوخنا ، كأبي الفرج بن كليب ، وذاكر بن كامل ، وكتب بخطه ، وحصل الأصول ، وكان رفيقنا ، وكان يتفقه على مذهب أبي حنيفة ، وتوفي سنة ٦٢٣ .
« الجواهر المضية » ٣ : ١١٣ .

(٣) في (م) : بالعبد .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ك) : ودابة .

(٦) في (ب) : أن الأمر .

والغائب المقر له لا يدعي الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول[١] ، ولهذا ثبت[٢] الترجيح ببينة الغائب المقر له ، وبهذا الحرف[٣] يقع الفرق بين مسألة العبد وبين مسألتنا هذه ؛ لأن الأجنبي مع ابن الأخ كل واحد منهما يدعي الاستحقاق على العم ، ولا يدعي أحدهما[٤] استحقاقاً على صاحبه وصاحبه من جهة[٥] ، حتى تترجح [فيقضى بينه][٦] وبين ابن الأخ نصفان من هذا الوجه .

ومن مشايخنا من اتبع القاضي أبا الهيثم[٧] في تصحيح جواب محمد أنه يقضى بالعبد كله للمقر له ، وذكر بين مسألة العبد وبين مسألتنا فرقاً آخر ، فقال : المقر له في مسألة العبد غير محتاج إلى إثبات ملكه في العبد بغير ما أقر له ذو اليد ؛ لأن العبد صار ملكاً له على الوجه الذي ادعى بإقرار ذي اليد ، فاستغنى عن إثبات الملك لنفسه ، إنما حاجته إلى أن يبين أن بينة مدعي الشراء قامت على غير خصم ، [حتى يبطل ببينته ، فإن لذي اليد أن يطعن في بينة الخارج حتى يبطل بينته ، وقد بين المقر له بما أقام من البينة ، أن بينة مدعي الشراء قامت على غير خصم][٨] ؛ لأنها قامت على مودعه ، والمودع لا يكون خصماً فيما يستحق على صاحب الوديعة ، فبطلت بينة المشتري إلا أن يعيدها ثانية على المقر له[٩] .

---

(١) قوله : « والغائب المقر ... الأول » تكرر في (ب) .

(٢) في (هـ) : يثبت .

(٣) أي بهذه الرواية عن محمد بن الحسن الشيباني .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) : جهته .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(7) القاضي أبو الهيثم، عتبة بن خيثمة بن محمد بن حاتم، النيسابوري الحنفي. شيخ الحنفية، نعمان زمانه، سمع من أبي العباس الاصم وجماعة. وتفقه على أبي الحسين النيسابوري قاضي الحرمين .

وصار أوحد عصره في المذهب حتى قيل: لم يبق بخراسان قاض حنفي إلا وهو ينتمي إليه .

وبارك الله في علمه ، فليس بما وراء النهر أحد يرجع إلى النظر والجدل إلا من أصحابه. وروى عنه الحاكم في « تاريخه » حديثا، وعظمه، وأثنى عليه. بقي إلى حدود نيف وثمانين وثلاث مئة .

« الجواهر المضية » ٢: ٥١١ ، « الفوائد البهية » ص ١١٥ ، « سير أعلام النبلاء » ١٧: ١٣ .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٩) سقط من (ب) .

فأما في مسألتنا ؛ هذه الدار وإن صارت لابن الأخ بعد موت العم ، إلا أنها لم تصر له على الوجه الذي أراد وادعى على ما مر بيانه ، فبقي محتاجاً إلى إثبات الملك على ما ادعى ، فاعتبر خارجاً معنىً ، والأجنبي خارج حقيقةً ، يقضى بالدار بينهما .

ولو أقام كل واحد منهما شاهداً واحداً حال حياة العم ، ثم مات العم وصارت الدار ميراثاً لابن الأخ ثم أقام كل واحد منهما شاهداً آخر ، وزكيت البينتان قضى بالدار بينهما نصفان ، وهذا الجواب لا يشكل على الوجه الثاني ؛ لأن ابن الأخ على الوجه الثاني اعتبر خارجاً وإن ملك الدار بالإرث على ما مرّ . أما ما يشكل على الوجه الأول ؛ لأن بإقامة الأجنبي شاهداً واحداً لا يثبت له حق الملك في الدار حتى يمتنع الإرث في الدار لحق الأجنبي ، فيصير الدار ميراثاً لابن الأخ [فيعتبر هو ذو اليد ، والوجه في ذلك أن يقول بإقامة الشاهد الواحد إن كان لا يمنع الإرث لابن الأخ][1] من حيث إنه لم يثبت للأجنبي حق الملك في الدار يمنع الإرث [في الدار لحق الأجنبي][2] له من وجه آخر حتى لا يبطل [ما أقام الأجنبي من الشاهد الواحد بمجرد][3] قول ابن الأخ الذي يحتمل الصدق والكذب .

بيانه : أن شهادة الشاهد الواحد من الأجنبي انعقدت معتبرة في الجملة ، فلو ورث [ابن الأخ الدار من العم ، وصار ذو][4] اليد لا بد وأن يقبل قوله أنه ورثها من أبيه لا من عمه ؛ لأن قول الإنسان في ملكه مقبول في بيان جهة الملك واليد ، وهذا العبد [الذي في يديك عبدي وهبه لي عبد][5] الله ، وصدقه عبد الله ، وكذبه ذو اليد ، ثم إن هذا الرجل اشترى هذا العبد من ذي اليد حتى ملكه في جعل[6] العبد في يده بحكم الهبة له من عبد الله ، حتى كان لعبد الله أن يرجع فيه ، فثبت أن قول الإنسان في ملكه مقبول من

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٦) في (ك) : يجعل .

جهة الملك ، فيقبل قوله : إنه ورثها من أبيه ومتى قبل قوله : إنه ورثها من أبيه لا من عمه ، يبطل ما أقام الأجنبي من الشاهد الواحد ، ويلزمه الإعادة ثانياً ؛ لأنه لم يقم مقام العبد في هذه الدار حتى[١] يجعل إقامة الشاهد الواحد على العم كإقامته عليه ، إنما قام مقام أبيه في هذه الدار ، ولم يقم للأجنبي الشاهد على أبيه إنما أقامه على عمه ، فبطل ما أقام الأجنبي من الشاهد الواحد بمجرد إقرار ابن الأخ الذي هو محتمل للصدق والكذب ، فلهذه الصيرورة امتنع الإرث ، والتقريب ما ذكرنا .

قال : ولو كان كل واحد منهما أقام شاهداً واحداً[٢] على العم ، فلما مات العم أقام الأجنبي شاهداً آخر ، [فزكي شاهداه ، وقضى القاضي له بالدار ، ثم إن ابن الأخ أقام شاهداً آخر][٣] على حقه مع الشاهد الأول ، فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ؛ لأن ما أقام ابن الأخ من الشاهد الواحد على العم قد بطل بقضاء القاضي للأجنبي ببينته ، ألا ترى أنه لو كان أقام شاهدين على العم يبطل شهادتهما بقضاء القاضي للأجنبي بالدار؟ فأولى أن يبطل الشاهد الواحد .

فإن أعاد ابن الأخ الشاهدين على الواحد الأجنبي[٤] ، قضي له بالدار ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه ببينة الأجنبي ؛ لأن بينة الأجنبي قامت على العم ، وابن الأخ لا يدعي تلقي الملك من جهة العم إنما يدعي ذلك من جهة أبيه .

قال محمد رحمه اللهّ في «الجامع» أيضاً : دار في يد رجل يدعي أنها داره ، فأقام رجل بينة أنها داره ورثها من أبيه فلان [لا وارث له غيره ، وأقام آخر على ذي اليد بينة أنها دار أبيه فلان][٥] مات وتركها ميراثاً له ولأخيه هذا الذي الدار في يديه لا وارث له

(١) في (ك) و (ب) : متى .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (هـ) و (ك) : على الأجنبي .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

غيرهما[١] ، وذو اليد يجحد ذلك ، ويدعي أنها داره ، وزكيت البينتان ، ذكر أنه يقضى بالدار بين الخارج الأجنبي وبين أخي ذي اليد أرباعاً ، ثلاثة أرباعها للخارج الأجنبي وربعها لأخي ذي اليد ، ولا شيء لذي اليد . هكذا ذكر في الكتاب من غير ذكر خلاف .

من مشايخنا من قال : ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله ، أما على قولهما : يجب أن يقضى بالدار بينهما أثلاثاً ، ثلثاها للخارج الأجنبي ، وثلثها لأخي ذي اليد ، وهذا القائل جعل هذه المسألة فرعاً لمسألة أخرى ذكرها في كتاب الدعوى .

وصورتها : رجل في يديه دار تنازع فيها رجلان ، أحدهما ادعى كلها والآخر نصفها ، وأقاما جميعاً البينة ، ذكر أن الدار يقضى بينهما أرباعاً عند أبي حنيفة على طريق المنازعة ، وعندهما يقضي بينهما أثلاثاً على طريق المضاربة[٢] ، فههنا يجب أن يكون كذلك ؛ لأن الخارج الأجنبي ادعى لنفسه كل الدار وأخي ذي اليد ادعى لنفسه نصف الدار .

ومنهم من قال : هذه المسألة على الوفاق [وما ذكر من الجواب قول الكل][٣] عرف ذلك برواية ابن سماعة في «نوادره» عن محمد : أن القاضي يقضي بالدار بين الخارج الأجنبي ، وبين أخي صاحب اليد أرباعاً .

وبيان ذلك : أن الأجنبي مع أخي ذي اليد كل واحد منهما يدعي جميع الدار لأبيه ؛ لأنه يدعي الملك لنفسه بطريق الميراث ، وعن الأب صح دعوى أخي[٤] ذي اليد جميع الدار لأبيه ، كما صح دعوى الأجنبي ؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يستحق له ، وإذا صح دعوى كل واحد منهما جميع الدار صار كأن كل واحد منهما حيّ وادعى لنفسه كل الدار ، وشهد الشهود له بذلك ، وهناك يقضي بالدار بين الأبوين نصفين ، فكذا ههنا ؛ يكون نصف الدار لأبي الأجنبي ، والنصف لأبي أخي ذي اليد ،

---

(١) في (ب) : لا وارث لهما غيره .

(٢) فينال مدعي الكل ثلثاها ، ومدعي النصف ثلثها . كما في «حاشية ابن عابدين» ١٢ : ٥٤ . والمسألة فيه وفي «اللباب في شرح الكتاب» للغنيمي ٤ : ٤٢ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) سقط من (ب) .

لأن أخي ذي اليد[١] لا يدعي لنفسه من النصف الذي صار لأبيه إلا نصفه ، وهو ربع الكل ، فإنه في زعمه أن هذا النصف له ولأخيه كل واحد نصفه وهو ربع الكل ، وأخوه[٢] لا يدعي ذلك الربع لنفسه فيستحقه الأجنبي ؛ لأن الأجنبي أثبت كل الدار لنفسه لكن لم يقض له بجميع الدار لمنازعة أخي ذي اليد إياه ، ولمنازعة أخي[٣] ذي اليد معه إلا في مقدار الربع ، فيسلم[٤] ما وراء الربع للأجنبي بخلاف مسألة الدعوى ؛ لأن هناك مدعي الجميع يدعي لنفسه كل الدار ومدعي النصف يدعي النصف لا غير ، فكانت المسألة على الخلاف ، أما ههنا بخلافه .

فإن أراد ذو اليد أن يدخل مع أخيه في الربع الذي صار له ، وقال له : قد أقررت أن النصف الذي أصاب لأبينا[٥] من هذه الدار بيني وبينك نصفان ، فما[٦] ورد عليه الاستحقاق يكون مستحقاً على الكل وما بقي يبقى على الكل . فليس له ذلك ؛ لأن من حجة أخيه أن يقول : الاستحقاق ورد عليك بجحودك ، وجحودك حجة في حقك خاصة دون غيرك . فهو بمنزلة نصراني مات عن ابنين ثم أسلم أحدهما ، ثم شهد نصرانيان على الميت بدين ، فإنه[٧] يستوفى كله من نصيب الابن النصراني ولا يرجع هو على أخيه المسلم بشيء ؛ لأن الاستحقاق وقع عليه بما هو حجة في حقه دون غيره ، أو نقول بعبارة أخرى : نقول لذي اليد : لاستحقاق ورد عليك لأنك كنت ذا اليد ، أما أنا فكنت خارجاً ، وما كان للقاضي أن يقضي بنصيبنا[٨] لاستوائنا في كوننا خارجين .

---

(١) في (هـ) : إلا أن أخا ذي اليد .

(٢) في (ب) : وأحد .

(٣) في (هـ) و (ب) : لأخي .

(٤) في (م) و (ب) : فعلم .

(٥) في (ك) : أبونا .

(٦) في (ك) : مما .

(٧) في (م) : تمام .

(٨) في (هـ) : بنصيب ، وفي (ب) : بنصيبنا إلا لاستوائنا .

أو نقول بعبارة أخرى : الأخ[١] يقول لذي اليد : قضاء القاضي بالربع للأجنبي انصرف إلى نصيبك خاصة ؛ لأن تصحيح قضاء القاضي واجب ما أمكن ، وإنما يصح قضاء القاضي بكل الربع للأجنبي إذا كان كل الربع لذي اليد ، أما إذا كان مشتركاً بينه وبين أخيه لا يصح في نصيب أخيه ؛ لأن الأجنبي صار مقضياً عليه [فيما صار لأخي ذي اليد بالقضاء وبينة المقضي عليه][٢] لا تسمع[٣] على المقضي له إلا إذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له ، فعلم أن القضاء انصرف إلى نصيب ذي اليد خاصة .

قال : ولو كان الذي في يديه الدار أقر أنه ورثها من أبيه بعدما أنكر الورثة[٤] وبعدما أقاما البينة ، فالجواب فيه والجواب فيما إذا لم يقر لوارثه[٥] سواء ، يقضي بثلاثة أرباع الدار للأجنبي ، وبربعها لأخي ذي اليد ؛ لأن إقراره لم يصح في حق أخيه ؛ لأن أخاه استحق ربع الدار بالبينة ، وبإقرار صاحب اليد يبطل ذلك الاستحقاق ؛ لأنه يصير صاحب اليد[٦] ؛ لأن التركة[٧] في يد[٨] أحد الورثة كأنها في يد ذي اليد[٩] حكمًا على ما عرف ، وبينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق والميراث مع بينة[١٠] الخارج لا يقبل عندنا ، فلم يصح إقرار ذي اليد في حق أخيه وصار وجوده والعدم بمنزلة .

ولو انعدم إقراره أليس أنه يقضي بالدار بينهما أرباعاً؟ فكذا ههنا .

وإن كان إقرار ذي اليد بالوراثة قبل إقامتهما البينة ، ثم أقاما البينة يقضي بكل الدار للأجنبي ؛ لأن إقرار ذي اليد في هذه الصورة صحيح في حق أخيه ؛ لأنه لا يبطل عليه حقه ؛

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) في (هـ) و (ب) : لا تسمع بينة المقضي له .

(٤) في (هـ) و (ك) : الوراثة .

(٥) في (هـ) : بالوراثة .

(٦) في (هـ) زيادة : مع صاحب اليد .

(٧) في (م) : تركه . والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) في (هـ) و (ك) : الكل .

(١٠) في (م) : أبيه .

لأنه بمجرد الدعوى لا يستحق شيئاً ، فإذا صح [إقرار البينة يقضي بكل الدار للأجنبي ؛ لأن إقرار ذي اليد][1] في حق أخيه صارا جميعاً ذا اليد على ما ذكرنا ، وكانت[2] بينة الخارج أولى ، فلهذا قضى بجميع الدار للأجنبي .

قال : ولو كان ذو اليد من الابتداء ادعى أن هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلان ، وأخوه غائب ، فأقام الأجنبي البينة[3] على أنها داره ورثها من أبيه ، وقضى القاضي بالدار للأجنبي ببينته ، ثم حضر أخو ذي اليد وأقام البينة أن الدار كانت لأبيه فلان ، مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه ذي اليد ، فإن القاضي لا يقبل بينته ؛ لأن إقرار صاحب اليد قبل إقامة الأجنبي البينة صحيح في حق أخيه على ما مرّ ، وثبت بإقراره كون الدار ميراثاً بينه وبين أخيه الغائب ، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت وعن باقي الورثة فيما يكون ميراثًا عن الميت ، فصار الغائب مقضياً عليه بالقضاء على ذي اليد ، فلا يقبل بينته بعد ذلك .

وإن كان إقرار[4] ذي اليد أن الدار ميراث بينه وبين أخيه الغائب فلان بعدما أقام الأجنبي عليه البينة أنها داره ورثها من أبيه وقضى القاضي عليه للأجنبي بكل الدار ، ثم [حضر أخو ذي اليد وأقام البينة][5] على أن الدار كانت لأبيه ، مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه ، قبل القاضي بينته ؛ لأن إقرار ذي اليد على أخيه في هذه الصورة لا [يصح ؛ لأن الأجنبي ببينته استحق القضاء][6] على صاحب اليد بجميع الدار على أن يكون المقضي عليه صاحب اليد لا غير ، وذو اليد بإقراره بعد ذلك يريد أن يجعل أخاه مقضياً عليه أيضاً على ما ذكرنا وفي ذلك ضرر على أخيه ؛ لأنه[7] لا يسمع بينته حين حضر ،

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) ، وفي (هـ) و (ك) : فإذا صح إقراره في حق أبيه .

(٢) في (هـ) : وكان .

(٣) في (م) و (ب) : فأقام البينة الأجنبي .

(٤) في (م) : أقر .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٧) سقط من (ك) .

فلم يصح إقرار ذي اليد على أخيه ، فلم يصر الأخ مقضياً عليه ، فيقبل بينته كما يقبل بينة أجنبي آخر ، ثم يقضي له بنصف الدار ؛ لأنه لا يدعي لنفسه إلا نصف الدار .

قال : وإذا كانت[١] في يدي رجل يدعي أنها له لا حق لأحد فيها ، جاء رجل فادعى أنها داره ورثها من أبيه ، وأقام على ذلك بينة ، وقضى القاضي بالدار للمدعي ودفعها إليه ، ثم حضر أخو الذي كانت الدار في يديه ، وأقام بينة أن الدار كانت لأبيه ، مات وتركها ميراثاً له ولأخيه فلان الذي كانت الدار في يديه ، فالقاضي [يقضي بنصف الدار لأخي ذي اليد ، ويدع نصف الدار على حاله في يد المقضي له ، وإنما قبل بينته ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه بالقضاء على أخيه ذي اليد لما جحد ذو اليد][٢] كون الدار ميراثاً ، وإنما قضي [له][٣] بنصف الدار ؛ لأنه لا يدعي لنفسه إلا نصف الدار ، فإن أراد ذو اليد أن يدخل على أخيه في النصف الذي قضى له ليس له ذلك لما ذكرنا .

وإذا كانت الدار بين ثلاثة نفر غير مقسومة ، مات أحدهم ، فأقام رجل البينة أنه أخو الميت ووارثه ، ولا يعلمون وارثاً غيره ، وقضى القاضي له بنصف الدار بنصيب الميت ، ثم جاء رجل آخر وادعى أنه ابن الميت ، وكذَّبه الأخ ، وصدقه الشريكان في الدار ، فأراد أن يدخل في نصيبهما لما أنهما أقرا بشركته في الدار ليس له ذلك ، وكذلك [لا يدخل في نصيب الأخ المقضي له بنصيب الميت ، أما][٤] لا يدخل في نصيب الأخ ؛ لأن ذلك صار ملكاً له ظاهراً بحكم القضاء ، والملك الثابت للإنسان لا يستحق إلا بإقراره أو ببينة تقوم ، ولم يوجد شيء من ذلك ههنا .

فلو قيل : وجدت البينة ههنا ؛ لأن الشريكان شهدا بذلك له ، قلنا : المذكور في « الكتاب » : أنهما أقرا بذلك لأنهما شهدا به ، وإقرار الإنسان ليس بحجة على غيره ،

---

(١) في (هـ) : كانت الدار .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٣) زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) .

وأما ما لا يدخل في نصيب الشريكين وإن أقر أن له شركة في الدار ؛ لأنهما إنما أقرا له بنصيب الميت ، [ونصيب الميت][1] كله صار للأخ بقضاء القاضي ؛ [لأن قضاء القاضي][2] انصرف إلى نصيب الميت تصحيحاً للقضاء ، فإنما أقر له بما في يد الآخر[3] لا بما في أيديهما ، فلا يكون له أن يدخل في نصيبهما .

قال في «الكتاب» : ألا ترى أن رجلاً لو أقام بينة أنه اشترى من الميت في حياته نصيبه بألف درهم ، ونقد الثمن ، وقضى القاضي له بذلك وجحد وارث الميت أن البيع لم يكن ، وأن المدعي مبطل في دعواه ، وأن شهوده شهدوا بزور ؛ أكان للوارث أن يدخل في نصيب الشريكين؟ لا شك أنه ليس له ذلك ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، ولو عاينا أن الميت باع نصيبه من الدار لا يكون لوارث الميت أن يدخل فيما في يد الشريكين ؛ لأن البيع انصرف إلى نصيبه خاصة فلم يكن له أن يدخل بعد هذا فيما في يد الشريكين ، فكذا [إذا][4] انصرف القضاء إلى نصيب الميت [لا يكون للابن أن يدخل في نصيب الشريكين ، قال : ولو كان الأخ أخذ نصيب الميت بغير قضاء بأن غلب عليه وأخذه[5] ، ثم جاء رجل وادعى أنه ابن الميت وصدقه الشريكان في ذلك ، وكذبه الأخ ، دخل الابن في نصيب الشريكين لما ذكرنا أن قضاء القاضي انصرف إلى نصيب الميت][6] [خاصة ، ولَمَّا تميَّز نصيب الميت][7] عن نصيب الشريكين كان إقرار الشريكين للأب بنصيب الميت لا بما في أيديهما ، فلا يكون له حق المشاركة فيما في يد الشريكين ، أما ههنا لم يوجد ما يوجب تمييز نصيب الميت عن نصيب الشريكين وهو قضاء القاضي ، فبقيت

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (هـ) : الأخ .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (م) ، والزيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) في (ب) : وحده .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

الدار مشاعاً بينهم فيما نرى[١] منها بالاستيلاء للأخ عليها سوى على الشركة ، وما بقي يبقى على الشركة ، هذا هو الحكم في المال المشترك إذا ذهب منه شيء .

وإذا كان الباقي على الشركة بين الشريكين وبين الميت فنقول : الشريكان أقرا بما هو للميت في أيديهما لمدعي البنوة فيصير ذلك له بإقرارهما فيدخل على ما في يد الشريكين لهذا .

قال : ولو أن الدار كانت في يد الثلاثة فمات واحد منهم وأقام رجل البينة أنه أخ الميت ووارثه لا وارث له غيره ، وقضى القاضي بالثلث لهذا الأخ ثم إن هذا الأخ ، مع الشريكين اقتسموا الدار بقضاء أو بغير قضاء ، وأخذ كل واحد منهم منزلاً منها ؛ ثم جاء رجل وادعى أنه ابن الميت وصدقه الشريكان في ذلك ، وكذبه الأخ فإن الابن يدخل مع الشريكين فيما في أيديهما .

فرق بين هذا وبينما قبل القسمة ، وقد أخذ الأخ نصيب الميت بقضاء القاضي ، فإنه لا يدخل الابن في نصيب الشريكين .

[والفرق وهو : أن قبل القسمة إنما[٢] لا يدخل الابن في نصيب الشريكين][٣] لأنهما أقرا له بنصيب الميت ؛ ونصيب الميت في يد الأخ ليس في يد الشريكين من ذلك شيء ، فأما بعد القسمة وصل إلى كل واحد من الشريكين ثلث ما كان من نصيب الميت ؛ لأن كل منزل أخذه[٤] كل واحد من الشريكين بالقسمة على ثلاثة أسهم ، سهم من ذلك ملكه في الأصل ، وسهم فيه[٥] من نصيب شريكه بإزاء ثلث منزل تركه على شريكه من نصيبه ، وسهم منه من نصيب الأخ ملكه بإزاء ما ترك على الأخ من نصيبه ، فإذا أقر بالابن فقد أقر أن الثلث مما في أيديهما له فيؤمران بالتسليم إليه .

---

(١) في (ك) : نودي .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (م) و (ب) : لمدة .

(٥) في (هـ) : منه .

وإنما قلنا : بأنه وصل إلى كل واحد من الشريكين ثلث ما كان من نصيب الأخ ؛ لأن القسمة في الأشياء المتفاوتة إقرار بعين الحق من وجه ومبادلة من وجه ؛ إقرار من حيث إن القسمة في الأصل وضعت لإفراز[١] الأنصباء كما في قسمة المكيلات والموزونات ، ولهذا يجبر كل واحد من الشركاء [على القسمة][٢] ، ومبادلة من حيث إن ما يأخذ كل واحد من الشركاء بعضه ملكه في القديم وبعضه ملك صاحبه بإزاء البعض الذي تركه على صاحبه من ملكه ، وهذا هو معنى المبادلة ، والعمل بمعنى المبادلة والإقرار متعذر في حق كل شخص لمكان التنافي ، فاعتبرنا معنى الإقرار في حق الشركاء ، فأجبرنا كل واحد منهم على القسمة ، واعتبرنا معنى المبادلة في حق الثالث .

إذا ثبت هذا فنقول : الابن المقر[٣] له ثالث ، فيعتبر القسمة مبادلة في حقه كأن كل واحد منهما اشترى ثلث المنزل الذي أصابه من القسمة بالأخ[٤] [بثلث المنزل الذي تركه عليه ، فوجب على كل واحد منهما تسليم ثلث المنزل الذي أصابه بالقسمة إلى الابن][٥] .

فإن قيل : هذه القسمة كما اعتُبرت إقراراً[٦] في حق الشركاء اعتبرت إقراراً[٧] في حق الثالث ، ولم يعتبر مبادلة ، ألا ترى أنه لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، [فإن من باع نصف الدار شائعاً وله شفيع فسلم الشفيع الشفعة ، ثم إن المشتري قاسم البائع ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة][٨] [لأن حالة[٩] القسمة كان للمشتري][١٠] في الربع

(١) في (ك) و (ب) : لإقرار .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) : المقر .

(٤) في (هـ) و (ك) : أصابه بالقسمة من الأخ .

(٥) تكرر في (ك) .

(٦) في (هـ) : إفرازًا .

(٧) في (هـ) : إفرازًا .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) .

الذي ملكه المشتري من نصيب البائع بإزاء الربع الذي تركه على البائع ، ولو اعتبر مبادلة يتجدد للشفيع حق الشفعة ، والدليل عليه : أنه ليس للشفيع نقض قسمة المشتري ، ولو اعتبر مبادلة في حق الثالث ، كان للشفيع حق نقض قسمة المشتري ، ولو اعتبر مبادلة في حق الثالث كان للشفيع حق نقضها كما كان له حق نقض بيعه .

قلنا : إنما لم يتجدد للشفيع حق الشفعة ؛ لأن حالة القسمة كان المشتري المقاسم شريكان في الدار ، والشفيع جار ، والشريك مقدم على الجار ، وإنما [لا][1] يكون للشفيع أن ينقض القسمة ؛ لأن نقضها لا يفيد لأنه لو نقضها احتجنا إلى إعادتها ثانياً ، والثاني : أن القسمة مما يؤكد[2] قبض المشتري لأنها من تمام القبض ؛ لأن قبل القسمة يكون المقبوض بعضه[3] حقه وبعضه حق غيره ، وبالقسمة يصير المقبوض كله حقه ، وليس للشفيع أن ينقض قبض المشتري حتى يأخذ [الدار من البائع لتكون العهدة][4] له على البائع من حيث إن البائع أملى من المشتري ، فكذا لا يكون له نقض ما يؤكده .

فإن قيل : ما ذكرتم أن القسمة في الأشياء المتفاوتة [يعتبر مبادلة[5] في حق الثالث][6] مستقيم على قول محمد ، غير مستقيم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ فقد ذكرنا في كتاب الإقرار : إذا كانت الدار بين رجلين نصفين[7] ، وأوصى أحدهما بمنزل بعينه من الدار المشترى[8] ثم مات الموصي[9] فاقتسم شريك الموصي [مع ورثة الموصي][10] ؛ [إن وقع

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ب) : يؤيد .

(٣) في (ب) : له .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٥) في (ب) : قسمة .

(٦) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٧) في (ب) : بين اثنين وأوصى .

(٨) في (ب) : للمشتري .

(٩) سقط من (ب) .

(١٠) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

المنزل الموصى به في قسم ورثة الموصي][1] فإنه تصح الوصية في جميع المنزل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : إذا كان جميع المنزل يخرج من ثلث ماله ، وإن وقع في نصيب شريك الموصي ، كان للموصى له بالميراث أن يأخذ جميع ذرعات المنزل[2] الموصى به من ثلث ماله على قولهما .

ولو كانت هذه القسمة مبادلة في حق الثالث والموصى له ثالث ؛ كان يجب أن يقال : بأنه إذا وقع المنزل الموصى به في نصيب ورثة الموصي أن تصح الوصية في نصيب المنزل الموصى به ، كما قال محمد ؛ لأن نصف المنزل الموصى به ملك الموصي وقت الوصية ، ونصفه ملك شريكه بإزاء نصف المنزل الذي تركه على شريكه بالقسمة .

ومن أوصى بعين لا يملكه ثم ملكه فإنه لا يصح الوصية به ، وإن ملكه بعد ذلك إلا أن تكون الوصية مضافة إلى حالة الملك ، بأن قال : إن ملكت هذا العين فهو وصية لك ، ثم ملك العين ، والوصية ههنا غير مضافة إلى الملك ، وقد قالا : بأنه يصح في جميع المنزل إذا وقع في نصيب ورثة الموصي ، واعتبراها إقرار في حق الثالث ، وهو الموصى له[3] .

وإذا وقع المنزل الموصى به في نصيب شريكه كان يجب أن يقال : يستحق الموصى له الأخذ بنصف ذرعان المنزل لا[4] بجميعه ؛ لأن نصف ما أصاب ورثة الموصي [بدل المنزل الموصى به][5] ؛ لأن نصف المنزل الموصى به كان ملكاً للموصي ، ونصفه ملك شريكه ، وهو إنما يستحق البدل بإزاء ما كان ملكاً له ، لا بإزاء ما كان ملك شريكه .

والأصل أن من أوصى بعين ملكه ، ثم زال ملكه عن العين من غير اختياره ، وأخلف بدلاً تتعلق الوصية ببدله ؛ كما لو أوصى بعبد بعينه لإنسان ، فقتل قبل موته

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : يأخذ جميع على المنزل .

(٣) في (م) : المولى . وفي (ب) : الموصى .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

خطأ حتى وجبت القيمة يجوز[١] الوصية إلى بدله ، فكذا ههنا تتحول الوصية إلى بدل النصف الذي كان ملكاً له ، فأما النصف الآخر من المنزل الموصى به كان ملك شريكه فالوصية[٢] بذلك النصف حصل في ملك الغير [والوصية في ذلك الغير][٣] لا تصح لا[٤] في عينه ولا في شيء آخر ، فكيف يستحق الموصي له الأخذ بذرعان ذلك النصف؟

قلنا : من المشايخ من قال : مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف [أن هذه القسمة إقرار محض والبدل بمنزلة الوصية ، وهذا القائل يقول : ما ذكره في «الجامع» قول محمد لا قولهما ، وبعد أن سلم أن المذكور في «الجامع» قول الكل[٥] ، فالجواب لأبي حنيفة وأبي يوسف :][٦] أن المنزل الموصى به جميعه مملوك لكل واحد منهما بكماله من حيث الحكم من حيث إن تصرف شريكه لا ينفذ فيه لا في جميعه ولا في نصفه شائعاً كان الكل ملك الآخر .

وإذا كان الأمر هكذا يقول : إن وقع المنزل في نصيب ورثة الموصي ، يعتبر المنزل بكماله مملوكاً لشريكه حكماً ، وقد اشتراه الموصي بما تركه على شريكه من نصيب[٧] مثل ذلك ، إلا أنه مع هذا تصح الوصية منه في جميعه .

وإن قضى[٨] بعين لا يملكه وقت الوصية ؛ لأنه سبب ملك في العين الموصى به وقت الوصية وهي الشركة في الدار ، فإن الشركة في الدار سبب لثبوت الملك له في المنزل في القسمة[٩] ، فقام سبب الملك مقام الملك ، فصحت الوصية بجميع المنزل ، وإنما اعتبر المنزل بكماله ملكاً لشريكه من حيث الحكم .

---

(١) في (هـ) : يتحول . وفي (ب) : تحول .

(٢) في (ب) : فالرهينة .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ك) : إلا .

(٥) في (ك) : قولهما .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) من هذا الموضع ، وجاء بعد سطرين وفيه اضطراب .

(٧) في (ك) : نصيبه .

(٨) في (هـ) : أوصى .

(٩) في (هـ) : بالقسمة .

[وإذا وقع المنزل الموصى به في نصيب شريكه يعتبر المنزل مملوكاً للموصي بكماله من حيث الحكم ،][1] ثم صار شريكه الموصي لما أخذ الموصي من شريكه مثل ذلك ، فكان جميع ذرعان المنزل بدل المنزل بهذا الاعتبار ، فتتحول الوصية إليها ؛ لما ذكرنا أن الوصية بالعين متى صحت ، ثم زال العين عن ملك الموصي من غير اختياره ، واختلف بدلاً أن الوصية يتحول إلى البدل ، فإنما وجب تنفيذ الوصية في جميع المنزل ، واستحق الموصى له الأخذ بجميع ذرعان المنزل عند أبي حنيفة رحمه الله لهذا ؛ لأن هذه القسمة لم تعتبر مبادلة في حق الثالث ، وهو الموصي له .

وإن كان [مكان][2] الدار عروضاً أو ثياباً أو ما أشبه ذلك مما لا يكال ولا يوزن ، فالجواب فيها كالجواب في الدار ؛ لأن المعنى لا يختلف ، وإن كان مكانه دراهم أو دنانير أو ما أشبه ذلك مما يكال أو يوزن من جنس واحد ، وكان من العدديات المتقاربة التي يضمن مستهلكها بالمثل من جنسها ، فاقتسموا ذلك وأخذ كل واحد الثلث بقضاء أو بغير قضاء ، فإن الابن المقر به لا يدخل في نصيب المقرين ؛ لأن القسمة من هذه الأشياء إقرار لعين الحق في حق الناس كافة ، ليس فيها معنى المبادلة لعدم التفاوت بين الأجزاء [ألا ترى][3] أن لكل واحد أن يأخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضى ؟

وألا ترى أن ثلاثة لو اشتروا أكثر من طعام بمائة واقتسموه بينهم [وأخذ كل واحد][4] منهم ثلثه كان له أن يبيع نصيبه ، وهو الثلث مرابحة على ثلث المائة ، ولما كان هكذا لم يصل إلى كل واحد من المقرين ، [شيء من حق الميت][5] ولا كذلك مسألة الدار على نحو ما بينا .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (م) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وفي «نوادر المعلى» عن أبي يوسف : رجل أقام بينة [على ميت][١] أنه أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره ، وأقامت امرأة بينة أنها بنت الميت جعلت[٢] الميراث بينهما نصفين ، ولا أسألها بينة أنهم لا يعلمون لها وارثاً غيرهما .

[قال : ألا ترى أن رجلاً لو مات وترك ابنًا ، فشهد الشهود أنه وارثه ، لا يعلمون له وارثًا غيره][٣] وكل أحد أقام بينة على نسبة شركته في الميراث ، ولا أسأله بينة على [عدد][٤] جميع الورثة .

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله : رجلان في أيديهما دار ، أقام أحدهما بينة أن هذه الدار كانت لأمه ، ماتت وتركتها ميراثًا بيني وبينك[٥] [وبين أبي أرباعًا ، ثم مات الأب وترك ذلك الربع بيني وبينك ، وأقام آخر[٦] بينة أن هذه الدار كانت لأبي ، مات وتركها ميراثاً بيني وبينك][٧] ، قال : آخذ بينة الذي[٨] ادعى ثلاثة الأرباع لنفسه ولا أقبل بينة الآخر ؛ لأن الآخر يدعي النصف لنفسه ، وهي في يديه ، فيكون ثلاثة أرباعها لذلك من قبل أمه ونصف الربع الآخر من أبيه ، ونصف الربع الآخر بحكم إقراره .

رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها وأنكرت ، ثم مات الرجل فجاءت تدعي ميراثه ، فلها الميراث .

وكذلك لو كانت المرأة ادعت النكاح وأنكر الزوج ، ثم ماتت المرأة ، فجاء الرجل يطلب ميراثها وزعم أنه تزوجها فله الميراث ، ذكر المسألتين في «المنتقى» من غير ذكر خلاف[٩] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (م) .

(٢) في (ك) و (ب) : أنه جعلت .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٥) سقط من (هـ) .

(٦) في (هـ) : الآخر .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) في (ك) و (هـ) : التي .

(٩) «تكملة حاشية ابن عابدين» ١١ : ٢٧ من غير عزو لكتاب .

في المسألة الثانية خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ؛ على قول أبي حنيفة : لا ميراث لها[١] ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لها[٢] ميراث ، ذكر الخلاف على هذا الوجه في [إقرار][٣] «الأصل» .

ولو أن امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأنكر الزوج [ذلك ، ثم مات الزوج ، فجاءت][٤] فطلبت ميراثها منه ، قال : لم أورثها منه ، وكذلك إن كانت أكذبت نفسها ، وزعمت أنه لم يطلقها قبل موته[٥] ، وكثير من هذا الجنس من هذه المسائل التي ذكرناها في كتاب «أدب القاضي» و «الشهادات» ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) في (هـ) : له .

(٢) في (هـ) : له .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (ب) : قولها .

الفصل العاشر
في دعوى الرجل النكاح على المرأة
وفي دعوى المرأة النكاح على الرجل الآخر

قال محمد رحمه الله : في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها وأقام على ذلك بينة وأقامت المرأة بينة على [رجل][(١)] آخر منكر أنه تزوجها ، فالبينة بينة الرجل ، قال : لأن المرأة أكذبت بينتها التي شهدت لها على الزوج ، حيث شهدت شهود الرجل عليها[(٢)] بالتزويج ، وإذا شهدوا عليها بالتزويج ، فقد شهدوا على كلامها .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها ، وأقامت أختها[(٣)] بينة على هذا الرجل أنه تزوجها فالبينة بينة الرجل يريد به إذا لم يؤقت البينتان وقتاً ، وأشار إلى المعنى فقال : لأنها تقيم البينة على نكاح لا يثبت ويفسد[(٤)] .

ولو وقتت بينة المرأة وقتًا ، ولم يوقت بينة الرجل ، فدعوى الرجل جائزة ، ويثبت نكاح المرأة التي ادعاها ، ويبطل نكاح المدعية ، ولها على المدعي نصف المهر .

وفي «نوادر هشام» قال : سألت محمداً عن رجل وامرأة في دار ادعى الرجل أن الدار داره ، وأن المرأة امرأته ، وأقام على ذلك بينة ، وادعت المرأة أن الدار دارها وأن الرجل عبدها ، وأقامت على ذلك بينة ، [قال : أقبل بينة][(٥)] المرأة على أن الدار دارها ؛ [لأني أجعل الدار في يدي الرجل ، وأجعل البينة][(٦)] بينة الزوج في التزويج ، وأجعلها امرأته وتزويجها نفسها منه إقرار منها أنه ليس بمملوك لها .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ك) : عليها .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

وروى بشر عن أبي يوسف في [رجل وامرأة في أيديهما دار ، أقامت][1] المرأة البينة أن الدار لها وأن الرجل عبدها ، وأقام الرجل بينة أن الدار له وأن المرأة [زوجته تزوجها][2] على ألف درهم ودفعها إليها ؛ ولم يقم بينة أنه حر فإنه يقضي بالدار للمرأة ، ويقضي بالرجل عبداً لها[3] .

ولو أقام الرجل بينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها كانت المرأة امرأته ويقضي بأنه حر ، ويقضى بالدار للمرأة من قبل أن الدار والمرأة كانت[4] في يد[5] الزوج حيث جعلها امرأته ، فالمرأة هي المدعية للدار فيقضي بالدار لها ، كزوجين في أيديهما دار ، أقام كل واحد منهما بينة أن الدار داره ، وهناك يقضي بالدار للمرأة ، كذا ههنا .

قال : وهكذا قياس قول أبي حنيفة ، نعم[6] لو لم يكن لها[7] بينة كانت الدار للزوج .

وقال محمد في «نوادر ابن سماعة» : إذا لم يقم الرجل بينة أنه حر فالدار للمرأة وهي امرأته في هذه المسألة .

وفي «نوادر ابن شجاع»[8] : لو أقام الرجل البينة أن الدار داره ، والمرأة أمته ، أقامت المرأة البينة أن الدار دارها والرجل عبدها ، فالدار بينهما نصفان ، إذا لم يكن الدار

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (م) ، والزيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) ذكر المسألة في «تكملة حاشية ابن عابدين ١١ : ٦١٦ وعللها بقوله : «لأن المرأة أقامت البينة على رق الرجل ، والرجل لم يقم البينة على الحرية ، فيقضى بالرق ، وإذا قضى بالرق بطلت بينة الرجل في الدار والنكاح ضرورة» .

(٤) سقط من (هـ) و (ك) .

(٥) في (هـ) : يدي .

(٦) سقط من (هـ) .

(٧) في (ك) : بينهما .

(٨) هي نوادر محمد بن شجاع الثلجي ، من أصحاب الحسن بن زياد .

فقيه أهل العراق في وقته ، والمقدم في الفقه وقراءة القرآن مع ورع وعبادة ، لكنه كان مضعفًا في الحديث ، وقيل : له ميل إلى مذهب المعتزلة . مات سنة ست وستين ومائتين .

ترجمته في « سير أعلام النبلاء للذهبي » ١٢ : ٣٧٩ ، و « الجواهر المضية » ٣ : ١٧٣ وغيرهما .

في أيديهما ، وإن كانت في يد أحدهما تركت في يده ، وتعارضت البينتان بينهما ، ويحكم لكل واحد منهما بالحرية ولا يقبل بينة أحدهما على صاحبه بالرق .

وروى بشر عن أبي يوسف : في رجل وامرأة اختلفا في متاع من متاع النساء ، فأقامت المرأة بينة أن المتاع متاعها ، وأن الرجل عبدها ، وأقام الرجل بينة أن المتاع متاعه[١] وأن المرأة امرأته تزوجها على ألف ونقده ، فإن الرجل يقضي به عبداً للمرأة ، ويقضى بالمتاع له ، فإن شهد شهود الرجل أنه حر الأصل ، قضى بأنها امرأته ويقضي له ، هكذا ذكروا[٢] ، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يقضي بالمتاع لها .

ولو اختلفا في ذلك ، وذلك المتاع في يد المرأة ، ومثل ذلك في يد الرجل ، فهذا الأمر غير الوجه الذي كنا فيه ؛ يقضي بالنكاح [وبعتق الرجل ،][٣] ويقضي بما في يد كل واحد منهما للآخر ، متاع النساء كان أو متاع الرجال[٤] ، أو متاعهما جميعاً . إذا كان المتاع في يد أحدهما خاصة دون الآخر ، فالبينة بينة المدعي .

وفي «المنتقى» : لو أن امرأة أقام عليها رجلان ، كل واحد منهما [بينة أنها أقرت أنها امرأته اختلعت منه بألف درهم ، ولم يوقتا[٥] ، فعليها أن تؤدي إلى كل واحد منهما][٦] ماله . وإن وقتا لزمها مال الوقت الأول ، ويبطل عنها مال الوقت الآخر ، إلا أن يكون بينهما وقت ينقضي في مثله العدة وتتزوج ، فيلزمها المالان جميعاً ، وإن لم يدخل بها أحد لزم المالان جميعاً إن وقتا أو لم يوقتا .

وفي «المنتقى» أيضاً رجل قال لامرأة[٧] : زوجنيك أبوك وأنت صغيرة ، وقالت المرأة : زوجنيك وأنا كبيرة ، فالقول قول المرأة والبينة بينة الزوج . انتهى .

---

(١) في (ك) و (هـ) : له .

(٢) في (ب) : ذكر .

(٣) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) : ونصف المهر .

(٤) في (ك) و (هـ) : الرجل .

(٥) في (م) : يوفيا .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) في (ب) : لامرأته .

امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها وهو ينكر ، ثم ادعى تزويجها بعد ذلك ، وأقام البينة قبلت بينته وثبت النكاح . قال : والنكاح في هذا لا يشبه البيع ؛ ألا ترى أن رجلاً لو ادعى أنه تزوج هذه المرأة على ألف درهم وجحدت المرأة ذلك ، ثم أقامت بينة أنه تزوجها على ألفين قبلت البينة ، وجعلت المهر ألفين ، وكذلك لو أقام بينة أنه تزوجها على هذا العبد ، ولو كان هذا في البيع لا يقبل بينته ؛ لأنه قد أكذبهم . والله تعالى أعلم .

❊ ❊ ❊

الفصل الحادي عشر[١]

في الرجلين يدعيان[٢] [بالأيدي][٣]

إذا باع مستأجر الحانوت سُلَّم[٤] الحانوت من رجل وقبضه المشتري فجاء صاحب الحانوت واستحق السُّلَّم[٥] من يد مشتريه ، فالمسألة على وجهين:

إن كان السُّلَّم[٦] متصلاً ببناء الحانوت وهو ليس من آلات صناعة المستأجر ؛ فالقول: قول صاحب الحانوت مع يمينه[٧] ، وإذا اختلف رجع المشتري على المستأجر بثمن السُّلَّم[٨] .

وإن كان من آلات صناعة المستأجر ؛ فالقول قول المستأجر ولا سبيل لصاحب الحانوت على السُّلَّم[٩] .

في «فتاوى أبي الليث» : إذا أنكر المدعى عليه أن يكون المحدود المدعى به في يده ، فالقاضي يحلِّفه على اليد أولاً ، فإن حلف اندفع عنه الخصومة ، وإن نكل يحلف على الملك[١٠] وهذا مما لا يكاد يصح ؛ لأن فائدة النكول الإقرار ، واليد على[١١] العقار لا تثبت بصريح الإقرار ، فكيف يثبت بالنكول الذي هو قائم مقام الإقرار .

---

(١) في (م) : « العاشر » . وهو خطأ .

(٢) في (م) : يدعيان مالاً .

(٣) بياض في (م) .

(٤) في (م) و (ك) و (ب) : سكنى .

(٥) في (م) و (ك) و (ب) : السكنى .

(٦) في (م) و (ك) و (ب) : السكنى .

(٧) في (ب) : عينه .

(٨) في (م) و (ك) و (ب) : السكنى .

(٩) في (م) و (ك) و (ب) : السكنى .

(١٠) في (هـ) : المالك .

(١١) في (هـ) : على الإقرار العقار .

رجل ادعى محدوداً في يدي رجل أنه ملكه ، وأن صاحب اليد أخذه منه بغير حق ، [فقال صاحب اليد : إن هذا المحدود كان في يد هذا المدعي لما إنه أخذه مني بغير حق][1] فأعدته إلى يدي ، هل يؤمر المدعى عليه بالتسليم إلى المدعي فقد قيل: [يؤمر ، وقد قيل :][2] لا يؤمر بالتسليم إلى المدعي .

وإذا تنازع رجلان في دار يدعي كل واحد منهما أنها في يديه ، فإن عرف القاضي كون الدار في يد أحدهما جعله لصاحب اليد ، وإن لم يعرف كونها في يد أحدهما ، أو عرفت أنها ليست في يد ثالث ، فكل واحد منهما مدعي ومدعى عليه ، فإن أقاما البينة على اليد قضى باليد لهما ، ويجعل الدار في أيديهما ، وهذا لأن دعوى اليد مقصود ، كما أن دعوى الملك مقصود ؛ لأن باليد يتوصل إلى الانتفاع[3] بالملك والتصرف ، فكما يصح دعوى الملك يصح دعوى اليد ، وبعد إقامتهما البينة [على اليد يقضي باليد لهما لاستوائهما في الدعوى والإثبات .

فإن قيل: أي فائدة في إقامة البينة][4] وفي هذا القضاء ؟

قلنا: فائدته أن القاضي إذا سمع البينة على اليد لهما وقضى باليد لهما أو وجدهما في يد ثالث ينزعها[5] من يده عند طلبها[6] ، وقبل ذلك لا ينزعها من يد الثالث .

وإن قامت[7] لأحدهما بينة قضي باليد له[8] ، وإن لم يكن لهما بينة ولا لأحدهما يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، كما لو ادعيا الملك في هذه الدار ، فيحلف كل

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ك) : الانقطاع .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) : ينتزعها .

(٦) في (ك) : طلبها .

(٧) في (م) : أقامت .

(٨) في (م) : بالعدلة .

واحد منهما البينة بالله ما هي في يد صاحبه ، فإن حلفا برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ، ويوقف القاضي الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال ، ولا يجعل في يد واحد منهما ؛ لأن القاضي لم يعرف اليد لأحدهما حتى يجعلها في يده بعلمه ، وقد برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه بالحلف فيوقفها . هكذا قاله بعض المشايخ في شرحه .

وذكر بعضهم في شرحه[١] : أنهما إذا اختلفا فالقاضي لا يجعلها في يد واحد منهما ، ولا ينزعه[٢] من أيديهما ، وإن نكل أحدهما عن اليمين وحلف الآخر [لم][٣] يجعلها القاضي في يد الحالف ؛ لأن القاضي لم يعرف كون الدار في يد الحالف[٤] الناكل ، والنكول: بذل [أو][٥] إقرار ، والبذل والإقرار من الإنسان إنما يصح فيما في[٦] يده ؛ لأن بذله وإقراره حجة[٧] عليه وليس بحجة على غيره ، ولكن يمنع الناكل من أن يتعرض للدار[٨] ، لأن نكوله حجة في حقه إن وجد القاضي الدار في يد الثالث ، لا ينزعها عن يد الثالث مما أنفذه[٩] بين هذين ؛ [لأن النكول بدل أو إقرار دلالة ، ولو وجد الإقرار صريحاً أو وجد البذل صريحاً بين هذين][١٠] ، فالقاضي لا ينزع الدار من يد الثالث ؛ لأن بذلهما وإقرارهما يعمل فيما بينهما ، ولا يعمل في حق غيرهما كذا ههنا .

ثم إذا تعلق رجلان بعين ، ولم تقم البينة لأحدهما حتى جعلناه في أيديهما لو أقام أحدهما بينة أن العين ملكه قضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ، وترك النصف الذي في يده على حاله ، هكذا ذكر في بعض المواضع ، وذكر في بعض المواضع : إذا أقاما البينة

---

(١) لم يظهر لي مَن المراد !

(٢) في (م) : نزعه .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) غير موجود في (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) في (هـ) : بحجة .

(٨) في (هـ) : الدار .

(٩) في (هـ) : مما أنقده .

(١٠) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

على اليد ثم أقام أحدهما البينة أن العين له قضى بكله له ، فهذا تنصيص أنه يقضي بالملك له في كل العين ، وأنه مشكل ؛ لأن العين في أيديهما ، فبينته على ما في يده بينة صاحب[١] اليد ، وبينة صاحب اليد على الملك المطلق لا تقبل .

الجواب: أنه لما أقام البينة على الملك بعدما أقام البينة على اليد فقد أعرض عن تلك البينة [فبطلت بينته على اليد ، وصارت مسألتنا: رجلان تنازعا في عين ، وأقام أحدهما البينة][٢] على اليد والآخر على الملك ، يقضي لصاحب الملك كذا ههنا .

وفي كتاب «الأقضية» : إذا تنازع اثنان في دار ، وكل واحد يدعي أنها في يده ، وأقاما البينة على ذلك ، ثم إن أحدهما قال: أنا أقيم البينة على ما هو أجود من [هذا ، وقال الآخر[٣] : أنا أقيم البينة على[٤] أن أبي مات وترك هذا العين ميراثاً ، ولا وارث له غيري ، وأقام البينة على ذلك ، تقبل فيكون قضاء على الذي خاصمه .

وقوله في «الكتاب»: أنا أقيم البينة على أجود من][٥] هذا ، إعراض عن بينة الذي أقام قبل ذلك ، حتى يصير خارجاً ، فيقبل بينته على الملك .

وفي «المنتقى»: رجل ادعى قبل[٦] رجل داراً ، وأقام البينة ، فقال المدعى عليه : إنها ليست في يدي ، فأقام المدعي بينة فشهدوا أن الدار في يد المدعى عليه ، [وفي ملكه ، يسأل المدعي ، فإن قال : الأمر كما شهدوا أنها في يده وفي ملكه فقد أقر بالدار للمدعى عليه][٧] ، فيقضي بالدار له ، وإن قال: أصدقهم أنها في يده [ولا أصدقهم أنها في ملكه][٨] فله ذلك ، ويجعل المدعى عليه خصماً[٩] .

---

(١) في (ب) : صاحبه .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) من قوله : « ما هو أجود » إلى هنا سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٦) في (ب) : على قبل .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٩) في (هـ) : خصمًا له .

وإذا اختصم رجلان في دار يدعي أحدهما أنها ملكه وفي يده والآخر يدعي أنها في يده وأنه أحق بها من غيره لما أنها كانت في يده إجارة من جهة فلان ، وقد دفعت[١] مال الإجارة إليه وقد مات فلان الآجر ، ولي حق حبس الدار إلى أن يستوفي مال الإجارة فالدار تجعل في يده[٢] .

كان[٣] الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يفتي بأن الدار تجعل في أيديهما ، وبعض مشايخ[٤] زمانه كان يفتي بأن الدار تجعل في يد مدعي الإجارة .

إذا وقع الدعوى على رجل في عقار في يديه ، وأقام المدعي بينة على دعواه لا بد وأن يذكر[٥] الشهود في[٦] شهادتهم أنها في يد المدعى عليه ، والإقرار لا يكفي حجة عليه لإثبات يده ، حتى إن المدعي والمدعى عليه إذا تصادقا أن الدار المدعى به في يد المدعى عليه ، فالقاضي لا يقضي بملكية الدار للمدعي بشهادة شهوده على كون الدار ملكاً له ، وإنما يقضي إذا شهدوا على يد المدعى عليه ، بأن شهدوا أنها في يده اليوم . هكذا ذكر الخصاف في «أدب[٧] القاضي»[٨] والمنقول في هذا يخالف العقار ، فإن المدعى عليه إذا أقر أن المنقول المدعى به في يده فذلك[٩] يكفي ، ولا يحتاج إلى أن يذكر الشهود أن المدعي به في يد المدعى عليه اليوم ؛ لأن في العقار تهمة المواضعة ، فإن المدعي ربما

(١) في (ك) : وقعت .

(٢) في (م) : يجعل في من .

(٣) في (ب) : فيمن كان ... وكان الشيخ .

(٤) في (ك) : مشايخنا .

(٥) في (ب) : يزكى .

(٦) سقط من (م) و (ب) .

(٧) في (ب) : آداب .

(٨) لم أجد النص في «شرح أدب القاضي»للصدر الشهيد .

(٩) في (م) : فكذلك .

يواضع رجلاً ويحضره مجلس[١] القضاء ويدعي عليه العقار ويقر المدعي عليه أن العقار في يده ، ولا يكون في يده فيقضي القاضي بملكية العقار للمدعي بشهادة شهوده [على كون الدار ملكًا له ، وإنما يقضي إذا شهدوا][٢] ويكون قضاء على الغائب في الحقيقة ؛ لأن العقار على الحقيقة كانت في يد الغائب ، فلهذه التهمة لم نكتف بإقرار المدعى عليه أن العقار في يده ، وشرطنا[٣] شهادة الشهود على كون العقار في يده .

فأما في المنقول لا تتأتى هذه التهمة فيه ؛ لأن المنقول إن كان مستهلكاً فأقر المدعى عليه [بالاستهلاك أو بالهلاك كان الدعوى واقعاً في الدَّين ، وقد أقر المدعى عليه][٤] بذلك ، وإقرار الإنسان على نفسه بالضمان صحيح ، فلا حاجة إلى الشهود أنها في يده .

وإن كان قائماً لابد من الإحضار لتصحيح الدعوى والشهادة ، وعند الإحضار يعرف القاضي معاينة أنه في يد المدعى عليه فلا حاجة إلى الشهادة على ذلك ، فهذا هو الفرق .

وقد ذكر في كتاب «الأقضية» عقيب المسألة التي[٥] [مرّ ذكرها قبل هذا بمسألتين ، ويجوز القضاء بالملك ، وإن لم يشهد الشهود على يد المدعى عليه جوز الشهادة من][٦] غير أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه مع أنه وضع المسألة في الدار ، فقال: ما ذكر الخصاف قوله ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وما ذكر في «الأقضية» قول محمد وبه أخذ بعض المشايخ .

وقيل: في المسألة روايتان ، والفتوى على أنه لابد أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه في العقار ، ثم على ما ذكره الخصاف إذا شهدوا أنها في يد المدعى عليه هل يسألهم القاضي عن سماع يشهدون أنها في يده أو عن معاينة ؟

---

(١) في (هـ) : مجلس في .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) .

(٣) في (ب) : شرطها .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) سقط من (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

حكي عن القاضي الإمام الخليل بن أحمد[١] أن القاضي يسألهم عن ذلك وهو الصحيح ؛ لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها في يده ، فظنوا أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها ، وأنه موضع اشتباه فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده[٢] ، فما لم يعاينوا يد المدعى عليه لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها في يده ، فلهذا أوجب السؤال .

قال القاضي[٣] رحمه الله هذا هكذا إذا شهدوا على البيع والتسليم ، فالقاضي يسألهم : أتشهدون على التسليم بإقرار البائع[٤] أو عن معاينة ؛ لأن الحكم فيها يختلف ؛ فإنهم إذا إذا شهدوا عن معاينة البيع والتسليم كانت شهادة بملك البائع يوم البيع ، فوجب السؤال ؛ إزالة لهذه الشبهة .

ولو أن الشهود لم يشهدوا أن هذه الدار في يد المدعى عليه ، [فقال المدعى : أنا آتي بشاهدين آخرين يشهدان أن هذه الدار في يد المدعى عليه][٥] ، فإن القاضي يقبل ذلك منه ؛ لأن الحاجة إلى معرفة ملك المدعي في الدار ليمكن القضاء به للمدعي ، وإلى معرفة يد المدعى عليه ؛ لينتصب خصماً للمدعي لإثبات دعواه ، فلا فرق بين أن يثبت كلا الأمرين بشهادة فريقين ، أو بشهادة فريق واحد ، هذا كما في شاهدين شهدا بملك المحدود وشهد آخران بحدود المحدود ، فالقاضي يقبل شهادة الفريقين جميعاً ولم يقع الفرق بينما إذا ثبت ملك المحدود ، والحدود بشهادة فريق واحد أو بشهادة فريقين كذا ههنا .

---

(١) في (ب) : الجليل وأحمد .

والمذكور هو الخليل بن أحمد بن إسماعيل القاضي السجزي شيخ الإسلام ، ومرجع الأنام ، ببلخ .

سافر ودخل البلاد ، وتفقه ، وروى عنه أبو عبد الله الفارسي .

« الجواهر المضية » للقرشي ٢: ١٧٧ ، « الطبقات السنية » للتميمي ٣: ٢١٤ .

(٢) في (ب) : زيادة عليها .

(٣) في (هـ) : قال القاضي الإمام هذا وهكذا .

(٤) في (ب) زيادة : أو عن تسليم .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

قال محمد رحمه الله في دعوى « الأصل »[١] : وإذا اختصم الرجلان في عبد وكل واحد منهما يقول : هو عبدي وهو في أيديهما ، فإن كان العبد صغيراً لا يعبر عن نفسه ، فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك ما لم يقم البينة ، ولكن يجعله في أيديهما ؛ وهذا لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه والبهيمة سواء ، ولو كان في أيديهما بهيمة وكل واحد منهما يدعي أنها له ، فالقاضي لا يقضي لواحد منهما ، لأنه لم يعرف الملك فيها لواحد منهما ، وما[٢] لم يعرف القاضي لا يقضي به إلا ببينة ، ولكن يجعله في أيديهما ؛ لأنه عرف يدهما عليه كذا ههنا .

وإن كان الغلام كبيراً يتكلم ، أو صغيراً يعبر عن نفسه فقال: أنا حر . فالقول قوله ، ولا يقضي القاضي لهما بشيء ؛ لا بالملك ولا باليد ، ما لم يقيما البينة على ذلك[٣] .

ولو قال: أنا عبد أحدهما . لم يصدق وهو عبدهما ؛ لأنه لما أقر بالرق فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكماً ؛ لأن يد الحر تثبت على الرقيق ، فهو بقوله: أنا عبد أحدهما . يريد إبطال اليد الثانية عليه لأحدهما حقيقة وحكماً ، فلا يقدر عليه ، بخلاف ما إذا قال أنا حر الأصل ؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه ، فاليد لا تثبت للحر على الحر ، فكان[٤] القول قوله ، أما ههنا بخلافه .

وكذلك إذا كان العبد في يدي رجل ، فأقر أنه لآخر ، لم يصدق ، والقول[٥] قول صاحب اليد .

ثم شرط في «الكتاب» أن يكون الغلام كبيراً يتكلم ، وربما يقول وفي[٦] بعض النسخ : إذا كان يعبر عن نفسه ، وإنما الشرط أن يتكلم ويعقل ما يقول ، فإذا كان بهذه الصفة يُرجع إلى قوله .

---

(١) أي كتاب الدعوى من كتاب « الأصل » لمحمد بن الحسن الشيباني .

(٢) من قوله : « في أيديهما » . إلى هنا سقط من (ب) .

(٣) «المبسوط»للسرخسي ٧: ١٦٩ .

(٤) في (م) : فإن .

(٥) في (ب) : فالقول .

(٦) في (هـ) : في .

وإذا كان العبد في يد رجل وهو لا يعبر عن نفسه ، قال صاحب اليد : إنه عبدي . فالقول قوله ويقضي له بالملك ، فإن كبر الغلام وقال: أنا حر الأصل . لا يصدق إلا بحجة ؛ لأنه يريد إبطال ملكٍ جرى القضاء به .

وكذلك إذا قال : أنا لقيط . فهذا كقوله: أنا حر فإن أقام ذو اليد بينة أنه عبده ، وأقام العبد بينة أنه حر الأصل ، فبينة العبد أولى[1] .

ذكر[2] في «السير»[3] : رجل من أهل الحرب دخل دار الإسلام بأمان وخرج معه مسلم ، وفي أيديهما بغل عليه مال كثير ، كل واحد منهما يقول: هو ملكي وفي يدي .

---

(١) «المبسوط»للسرخسي ٧: ١٦٩ .

(٢) في (م) : قال .

(٣) لم أعرف من المراد ، والنص غير موجود في «شرح السير» للسرخسي .

السير الكبير والصغير ، في الفقه للإمام : محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة .

وهو آخر مصنفاته .

صنفه بعد انصرافه من العراق ولهذا لم يروه عنه أبو حفص الكبير .

وشرَح (الكبير) : شمس الأئمة الحَلْواني ، قال في آخره : « انتهى إملاء العبد الفقير ، المبتلى بالهجرة الحصير ، المحبوس من جهة السلطان الخطير ، بإغراء كل زنديق حقير ، وكان الافتتاح بأوزجند في آخر أيام المحنة ، والتمام عند ذهاب الظلام بمرغينان ، في جمادى الأولى سنة ٤٨٠ » انتهى .

ولم يذكر اسم أبي يوسف في شيء منه ؛ لأنه صنعه بعدما استحكمت النفرة بينهما ، وكلما احتاج إلى رواية عنه قال : أخبرني الثقة ، وسبب تأليفه : أن « السير الصغير » وقع بيد الأوزاعي فقال : لمن هذا الكتاب ؟

فقيل : لمحمد العراقي

فقال : ما لأهل العراق والتصنيف في هذا الباب ؟ فإنه لا علم لهم بالسير فبلغ ذلك محمدا فصنفه .

فلما نظر فيه الأوزاعي قال : لولا ما ضمنه من الأحاديث لقلت : إنه يضع العلم من نفسه ، ثم أمر أن يكتب هذا الكتاب في ستين دفترا ، وأن يحمل بالاستعجال على عجلة إلى باب الخليفة ، فقيل له ذلك فأعجبه وعده من مفاخر أيامه ، ثم بعث أولاده إلى مجلسه ليستمعوا منه ، وكان إسماعيل بن توبة المؤدب يحضر معهم ، فسمع ولم يبق من الرواة غيره ، كذا في « شرحه » للسرخسي .

وشرحه أيضًا : جمال الدين محمود بن أحمد بن عبد السيد البخاري الحَصيري الحنفي .

وشرحه أيضًا : القاضي الإمام علي بن الحسين السُّغْدي .

وشرحه أيضًا : الإمام شمس الأئمة : محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي في جزأين ضخمين ، أملاه محبوسًا وأتمه في : آخر المحنة بمرغينان ، سنة ٤٨٠ .انتهى من « كشف الظنون » ٢: ١٠١٤ .

وقد طبع شرح السرخسي في خمس مجلدات في الكويت .

وقامت بينة من المسلمين أن البغل وما عليه للمؤمن[١] أو للمستأمن ، فإنه يقضي به للذي شهد الشهود له ، كما لو وقعت مثل هذه المنازعة بين المسلمين أو بين الذميين .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وبهذه المسألة ظهر خطأ بعض مشايخنا فيما إذا قال : كل واحد من المتداعيين : مالي وملكي في يدي . أن القاضي لا يلتفت إلى هذه الخصومة ويقول : إذا كان ملكك وفي يدك ماذا[٢] تطلب مني ، [فقال للقاضي : أطلب منك أن تمنع هذا من منازعتي][٣] فقد نَصَّ[٤] ههنا على سماع الدعوى ، حتى قال بقبول البينة .

والوجه في ذلك : أنه يحتاج إلى دفع منازعة الآخر ، والبينة لهذا المقصود مقبولة ، وإذا قال له القاضي : ماذا تطلب مني ؟ فقال[٥] للقاضي : أطلب منك أن تمنع هذا من منازعتي ، وتقرر هذا الشيء في يدي .

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد في أَجَمَة أو غَيْضَة[٦] تنازع فيها فريقان ، كل فريق يدعي أنها له وفي يديه ، فشهد الشهود لأحد الفريقين أنها في يديه ، أو شهدوا لهما أنها في أيديهما ، فإن لم يسألهم القاضي عن تفسير ذلك ولم يزيدوا[٧] فهو مستقيم ، وإن سألهم عن تفسير ذلك فهو أوثق وأحسن ؛ وهذا لأن اليد على الأجمة والغيضة إنما يثبت بالدليل ، وعسى يرى الشاهد شيئاً يظنه دليلاً على اليد ، ولا يكون كما ظن ، فإن سأله

---

(١) في (هـ) و (ك) : للمسلم .

(٢) في (ب) : هذا .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) أي الإمام السرخسي حسبما يفيده السياق .

(٥) في (ك) و (هـ) : يقول .

(٦) الأجمة : الشجر الكثير الملتف ، جمعها : أَجَم ، وإجَام ، وآجام ، والغَيْضَة : الموضع يكثر فيه الشجر ويلتف ، جمعها : غياض ، وأغياض ، وتأتي بمعنى الأَجَمة . كما في «المعجم الوسيط»فهما مترادفان .

(٧) في (هـ) : يزيدوه .

ليزيل الاشتباه فهو أحسن ، وإن لم يسأل واكتفى بما قالوا فله ذلك ؛ لأن السؤال عسى يفضي إلى بطلان الشهادة مع كون الشهادة حقاً ، وهو نظير ما لو شهد الشهود بالملك المطلق ، أو شهدوا بالدَّيْن المطلق ، وقضى القاضي بشهادتهم من غير أن يسألهم عن بيان السبب جاز كذا ههنا .

ثم تبين ما يعرف به السبب على الغيضة والأجمة ، فقال في الغيضة : إذا كان يقطع الأشجار منها ويبيعها أو ينتفع بها منفعة تقرب من هذا أو أشباهه ، يستدل بها على أنها في يده .

وقال في الأجمة : إذا كان يقطع القصب ويأخذها للصرف إلى حاجة نفسه أو للبيع أو[1] ما أشبهه يستدل به على اليد الذي هو دليل الملك ؛ وهذا لأن اليد الذي هو دليل الملك هو القدرة على التصرفات التي تختص بالملك ، ومعناه الانتفاع المطلوب من العين ؛ وهذا لأن الملك لا يراد لعينه ، وإنما يراد للانتفاع بالعين ، فإذا شاهدنا قدرته على الانتفاع المطلوب من[2] اليد من غير منازع ، علمنا أن اليد هي دليل الملك ثابت في حقه .

قلنا : والانتفاع المطلوب من الأجمة والغيضة : الحطب ، والحشيش ، والقصب ، لا الزراعة والسكنى ، فإذا شاهدناه يقطع الشجر والقصب وينتفع بها بيعاً وغير ذلك من غير منازع ؛ فقد علمنا باليد التي هي دليل الملك ، فيقضي له بالملك .

وفي كتاب «الأقضية» : وإذا تنازع الرجلان في دار وكل واحدٍ منهما يدعي أنها في يده ، فأقام أحدهم البينة أنهم رأوا دوابه وغلمانه يدخلونها ويخرجون منها ؛ فالقاضي لا يقضي باليد للذي شهد له الشهود بما وصفنا له ، حتى يقولوا : كانوا سكاناً فيها . فإذا قالوا ذلك قضيت بأنها في يد صاحب الغلمان والدواب ، وهذا لما ذكرنا أن العبرة للقدرة على المطلوب من العين ، والدار لا يتخذ لدخول الغلمان وخروجهم ولربط الدواب فيها ، وإنما يتخذ للسكنى فيها ، فما لم يشهدوا على ذلك لم يشهدوا باليد عليها يداً هي دليل الملك .

---

(١) في (م) : « و » .

(٢) في (ب) : على .

قال في «القُدُوري»: وإذا تنازع رجلان في دابة وأحدهما راكب في السرج [والآخر رديفه قضى بالدابة للراكب في السرج[١] ، ولو كانا راكبين في السرج][٢] قضى بالدابة بينهما ، ولو كان أحدهما يقود الدابة ، والآخر يسوقها ، قضي بالدابة للقائد ؛ لأن للقائد يداً ، فإنه ممسك بلجام الدابة ، والسائق لا يد له إذا لم يكن راكباً .

فإن قيل : إذا لم يكن للسائق يداً على الدابة فهو مستعمل لها بالسوق ، وكما أن اليد دليل الملك فالاستعمال دليل الملك أيضاً .

قلنا : الاستعمال إنما يكون دليلاً على الملك إذا كان استعمالاً يختص به المالك في الغالب ، ومعناه أن لا يوجد ذلك غالباً إلا من المالك ، [أما إذا كان يوجد من المالك وغيره فهذا لا يدل على الملك ، وسوق الدابة كما يكون من المالك][٣] يكون من غير المالك ، فلا يكون دليلاً على الملك ، ذكر هذه المسألة في «السير» في أبواب الأيمان[٤] ، ولم يذكر ثمة ما إذا كان أحدهما ممسكاً بلجام الدابة والآخر متعلقًا [بذنبها[٥] .

قال مشايخنا : ينبغي أن يقضي للذي هو ممسك بلجامها ؛ لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك ، وكما يتعلق بالذنب المالك يتعلق به][٦] غير المالك ، وفكان الإمساك باللجام أدل على الملك .

---

(١) الذي في «متن القدوري» المطبوع مع «اللباب» ٤: ٤٤ : «وإذا تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى » . اهـ .

ومراد المؤلف رحمه الله كتاب آخر للقدوري رحمه الله ، هو «شرح مختصر الكرخي » كما سيذكر المؤلف ، وينقل عنه في الفصل القادم .

والقدوري هو : أحمد بن محمد البغدادي ، الإمام المشهور ، صاحب المختصر والمتن المبارك ، المسمى « الكتاب » ، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بالعراق ، وعظم عندهم قدره ، وارتفع جاهه ، وكان من طبقة أصحاب الترجيح . ولد سنة اثنتين وستين وثلاثمائة ، وتوفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة .

ترجمته في « سير أعلام النبلاء للذهبي » ١٧: ٥٧٤ و « الجواهر المضية » ١: ٢٤٧ وغيرهما .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) لم أجد المسألة في «شرح السير» للسرخسي .

(٥) في (م) و (ب) : بها .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

قال في «الجامع» : بساط عليه رجل جالس ورجل آخر متعلق به ، وكل واحد منهما يدعي أن البساط له ، فإنه يقضي بالبساط بينهما نصفان .

فرق بين هذا وبين دار فيها رجلان قاعدان ، وكل واحد منهما يدعيها لنفسه ؛ فإنه لا يقضي بينهما ، وذكر مسألة البساط في «القدوري»[١] وقال : يترك البساط في أيديهما بينهما نصفان ، يريد به لا على طريق القضاء ؛ لأن القعود على البساط ليس بيد على البساط كالتعلق به ، فاستويا فيه .

ثم الفرق بين البساط والدار على ما ذكر في «الجامع» أن البساط ما قضينا بينهما نصفين ؛ لأن الجلوس والتعلق دليل اليد ؛ بل لأنه[٢] كما علم أن البساط ليس في أيديهما ، علم أنه ليس في يد الثالث ؛ لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بأحد الطريقين:

إما بإثبات اليد عليه حسّاً بالنقل والتحويل ، أو فعل يقصد به النقل والتحويل ، وإما بكونه في يده حكماً بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط ، فإنا يراه موضوعاً على قارعة الطريق ، وإذا علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في أيديهما وهما يدعيان ، يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى .

وفي الدار : إن علم أنه ليس في أيديهما [لما أن][٣] الجلوس فيها لا يدل على اليد لم يعلم أنه ليس في يد غيرهما ؛ لأن اليد على الدار إنما يكون بالسكنى أو [بالاحتياط له ، والقاضي إن علم أن ليس أحد في الدار ساكنًا ، لا يعلم زوال ثبوت اليد][٤] الاحتياط[٥] ؛ لأن الدار بعد في مكانه الذي يثبت فيها يد المحيط عليها ، لم تتحول عن ذلك المكان إلى مكان آخر فيكون يد المحيط[٦] له ثابتة على الدار حكماً ؛ إلا أنه جهل

---

(١) لم أجدها في « متن القدوري » المطبوع مع « اللباب » للغنيمي ؛ لأن المؤلف ينقل عن كتاب آخر للقدوري وهو « شرح مختصر الكرخي » كما تقدم .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (هـ) : لأن .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (هـ) : الاختطاط .

(٦) في (هـ) : المختط .

صاحب اليد ، والقاضي إنما يقضي بما وقع فيه الدعوى بين المدعيين بحكم الدعوى ، إذا علم أنّ المدعى عليه ليس في يد غيرهما ، ولم يثبت هذا العلم في العقار ، وثبت في المنقول .

وفي «شرح الجامع» جعل دليل اليد في النقليات فعلاً لا يتصور ثبوته بدون النقل ؛ كالملبس والحمل ، أو فعلاً يحصل عادة للنقل ؛ كالركوب في الدواب ، وفي غير النقليات جعل دليل اليد فعلاً يوجد من الملاك في الغالب ، كالسكنى في الدار وغير ذلك وما ليس بدليل اليد ، وفي النقليات فعل لا يتأتّى[١] بدون النّقل ، ولا يحصل في الغالب النقل ؛ كالجلوس على البساط ، وما ليس بدليل اليد في غير النقليات ، فعل يوجد من غير الملاك[٢] ؛ كالجلوس والنوم في الدار وأشباه ذلك ، وقد ذكرنا هذه الجملة مع مسائلها في كتاب الشهادات .

سئل الشيخ القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عن ضِياع في يد رجل ، أثبت رجل آخر يده عليها بطريق التغلب ، فأقام الذي كان الضّياع في يده بيّنةً على المتغلب أن الضياع ملكه ، وأنه أخذه مني بطريق التغلّب ؟

قال : قبلت بينته وأقضي بالضّياع له ، وأنتزع من يد المتغلب وسلم إليه ، ولو لم يكن بينة وأراد تحليف المتغلب بالله ما كان هذا الضّياع[٣] في يد [هذا][٤] المدّعي ، وما أخذت منه بطريق التغلب . قال: له ذلك .

وكذلك لو ادعى على المتغلب إقراره أنه كان في يده ، وأراد أن يحلفه على ذلك قال : له ذلك ، وظن بعض مشايخنا أن في التحليف في هذه الصورة نوع نظر ؛ لأن التحليف لرجاء النكول الذي هو الإقرار ، واليد على العقار لا تثبت بمجرد الإقرار ، فلا يكون في التّحليف فائدة .

---

(١) في (هـ) و (ب) : في النقليات .

(٢) في (ك) : من المالك .

(٣) في (ب) : الضايع .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

وليس الأمر كما ظنّوا ؛ لأن تحليف المتغلب ههنا [ليس][(١)] لأجل إثبات كون الضياع في يده ؛ لأن ذلك ثابت باتفاق المدعي والمتغلب ، وإنما التّحليف لأجل إثبات التغليب والأخذ من جهته ، وأخذ العقار والتّغليب[(٢)] عليه بما يثبت بالإقرار ، ألا ترى أنه يصح الإقرار بغصب العقار والغصب[(٣)] ليس إلا الأخذ بطريق التّغلب .

وسئل هو أيضاً عن رجل ادّعى على آخر أنّ هذا المحدود الذي في يد هذا كان في يديّ منذ عشر سنين ، وأنّ هذا الرجل أحدث يده عليها وأقام على ذلك بينة ، قال: يأمر القاضي المدعى عليه [بالتسليم إليه ، لكن لا يصير المدعى عليه][(٤)] مقضياً عليه ، حتى لو أتى بالحجة قبلت بينته .

ولو أن المدعى عليه أقام بينة أن هذا المحدود كان في يده منذ عشر[(٥)] سنين ، وأنّ هذا المدعي أحدث يده عليها ، هل تقبل بينته؟ فقد قيل: ينبغي أن لا تقبل ، وقد قيل : ينبغي أن تقبل ، ويترك العين في يد المدّعى عليه ، ويكون هذا من باب العمل بالبينتين .

وذكر في «المأذون» أجير الخيَّاط مع الخيَّاط[(٦)] إذا ادعيا متاعاً في يدي الأجير ، فإن كان المتاع والأجير في دار الخياط و[(٧)]حانوته ، فالقول قول الخياط ، وإن كانا في دار الأجير ، أو في السكة ، فالقول قول الأجير .

وفي «القدوري»[(٨)] : لو أن خيَّاطاً يخيط في دار رجل وتنازعا في الثوب ، فالقول قول صاحب الدار .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) ، ووقع مكانها في (م) : لأجل .

(٢) في (ب) : التغلب .

(٣) في (ب) : والعقار والغصب .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (ك) : عشرين .

(٦) قوله : « مع الخياط » سقط من (ك) .

(٧) في (ك) : أو .

(٨) لم أجده في «متن القدوري» وهذا يفيد أنه يريد غير المتن ، فقد تكرر عزوه للقدوري دون أن نجد ما عزاه في «متن القدوري» المسمى «الكتاب» .

وفيه أيضاً : لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع ، فإن كان هذا الرجل على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له ، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار ، وهكذا روى إبراهيم عن محمد .

وفي «القدوري» أيضاً : في حمال عليه كاره[١] في دار بزَّاز[٢] ، اختلفا في الكاره ، فإن كان من حمال البز ، والكارة مما يحمل ، فالقول قول البزاز ، وإلا فالقول قول الحمال .

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف : رجل دخل في دار فوُجد معه مال ، فقال رب الدار : هذا مالي أخذته من منزلي . قال أبو حنيفة رحمه الله : القول قول صاحب[٣] الدار ، ولا يصدق الداخل في شيء ، ما خلا ثيابه التي عليه ، إن كانت الثياب مما يلبس .

وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان الداخل يعرف بصناعة شيء من الأشياء ؛ بأن كان حمالاً يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت ، أو كان ممن يبيع الجبن ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله ، وإلا صدق[٤] رب الدار[٥] .

وعليه : رجل أجر عبده من قصّار أو خيّاط ، ثم لقي[٦] مولى العبد عبده في الطريق ومعه متاع ، فزعم أنه له ، وقال المستأجر: هو لي . [قال أبو يوسف رحمه الله : إن كان ذلك المتاع من صناعة المستأجر][٧] ، فالقول قول المستأجر ، وإن لم يكن من صناعة المستأجر ، فالقول قول رب العبد ، فإن كان في منزل المستأجر فالقول قول المستأجر في الوجهين جميعاً .

وفي «نوادر المعلى» عن أبي يوسف : رجل اصطاد طائراً في دار رجل ، فإن اتفقا على أنه[٨] أصل الإباحة فهو للصائد ، وإن قال رب الدار كنت اصطدته قبلك ، أو ورثته .

---

(١) أي : حزمة وربطة . كما في «المعجم الذهبي»لمحمد ألتونجي ص ٤٥٣ .

(٢) هو بائع البز ، وهو نوع من الثياب ، كما في «المعجم الوسيط» .

(٣) في (هـ) و (ب) : ورب .

(٤) في (ك) و (هـ) : أصدق .

(٥) في (ك) : الأرض .

(٦) في (ك) : ادعى .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) سقط من (هـ) ، وفي (ك) : على أنه على أصل الإباحة .

وأنكر الصائد ، فإن كان أخذه من [الهواء ، فالقول قول الصائد ، وإن كان أخذه من][(١)] شجر في الدار وغير ذلك ، فالقول قول رب الدار .

قال أبو الفضل[(٢)] رحمه الله : هذا خلاف جواب الأصل .

وعنه أيضاً : في رجل يقود قطاراً من الإبل ، وعلى بعير منها رجل راكب ، فادعى القائد والراكب [كل منهما البعير كله ، قال : إن كانت على البعير حمولة للراكب ، فالإبل كلها للراكب ، والقائد][(٣)] أجير ، وإن كانت البعير [عري عن الحمولة][(٤)] فللراكب البعير الذي هو عليه والباقي للقائد .

وفي «المنتقى»[(٥)] : قطار بعير على أول بعير منها راكب ، وعلى بعير في وسطها راكب ، وعلى بعير في آخرها راكب ، والراكب الثاني سائق . هكذا ذكر في بعض النسخ[(٦)] أن الراكب الثاني سائق ، وادعى كل من الراكبين أن الإبل كله له وأقام البينة على ما ادعى ، ذكر أن البعير الذي عليه الأول بين الأوسط والآخر نصفان ، والبعير الذي عليه الأوسط بين الأول والآخر نصفان ، والبعير الذي عليه الآخر بين الأول والأوسط نصفان[(٧)] ، [والإبل الذي ما بين البعير الأول إلى الأوسط فهو بين الأوسط والآخر نصفان][(٨)] والإبل الذي بين الآخر والأوسط للآخر نصفها ، والنصف الآخر بين الأول والأوسط نصفان ، وذكر هذه المسألة في موضع آخر بعينها ولم يقع في شيء من النسخ ثمة أن الراكب الثاني سائق كما وقع في[(٩)] بعض النسخ ههنا[(١٠)] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) يظهر أنه الحاكم الشهيد ، صاحب « المنتقى » الذي أكثر المؤلف من النقل عنه .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) المسألة في «عيون المسائل»لأبي الليث السمرقندي ص ١٠٦ ، باب : الدعاوى والبينات ، عن الإمام محمد باختلاف يسير .

(٦) في (هـ) زيادة : ولم يذكر في بعض النسخ .

(٧) في (م) زيادة : والبعير الذي عليه الأوسط بين الأول والآخر نصفان .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٩) في (م) و (ب) : وفي .

(١٠) في (م) : كما وقع في بعض النسخ ههنا .

وأجاب ثمة أن كل بعير عليه راكب فهو لراكبه خاصة ، وما بين البعير الأول إلى البعير الأوسط الذي عليه الراكب فهو كله للأول ؛ لأن الأول قائدها والأوسط سائق ، فلا شيء له منها ، وما بين البعير الأوسط إلى الآخر فهو بين الأول والأوسط نصفان ؛ لأن الأوسط قائد كلها كالأول ، وما ذكر في موضع آخر من الجواب جواب ما إذا لم يقم لواحد منهما[١] بينة .

فإن أقام كل واحد بينة أن البعير كله[٢] له ، فالبعير الذي عليه الأول بين الأوسط [والآخر نصفان ؛ لأنهما فيه خارجان ، وراكبه ذو اليد ، فترجحت بينتهما على بينته ، و[٣]البعير الذي عليه الأوسط بين الأول والآخر نصفان ، والبعير الذي عليه الآخر بين الأول والأوسط][٤] لما ذكرنا في البعير الأول ، والبعير الذي بين الأول والأوسط فهو بين الأوسط والآخر نصفان ؛ لأن الأول فيها ذو اليد وهما خارجان ، والذي بين الأوسط والآخر فللآخر نصفها والنصف الآخر بين الأول والأوسط نصفان ؛ لأن الآخر فيها خارج والأول في نصفها ذو اليد وفي نصفها خارج والأوسط كذلك ؛ لأنها في أيديهما فكان في يد كل واحد منهما نصفها ، وكانا مع[٥] الآخر كخارجين فيكون النصف لهما ، والنصف للآخر ثم النصف الذي كان للأوسط وللأول[٦] فكل واحد منهما خارج فيما في يد صاحبه ، فكانت بينته في ذلك أولى .

وقال أبو يوسف رحمه الله : في رجل يقود غنماً أو بقراً ، ورجل آخر يسوقها ، فادعى القائد والسائق ذلك كله[٧] ، فإن[٨] كان القائد والسائق أمرهما مشكلاً لا يعرفان

---

(١) في (هـ) : منهم .

(٢) في (ك) و (هـ) : كلها .

(٣) في (ب) : ذو .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٥) في (ك) : بيع .

(٦) في (ك) و (هـ) : الأول .

(٧) في (م) : له .

(٨) في (ب) : فالآن .

فذلك كله للسائق ، وليس للقائد منهما شيء إلا أن يكون يقودها بشاة معه ، فيكون له الشاة وحدها .

وقال في سفينة ادعاها[١] رجل هو راكبها ، ورجل هو ممسك بسُكَّانِها[٢] ، ورجل يجدف[٣] فيها ورجل يهدها[٤] ، فالسفينة بين راكبها وبين من يمسك بسكانها الذي يجدف[٥] فيها ولا شيء للذي يهدها .

وعن محمد في عبد لرجل موسر في بيت رجل معسر ليس في بيته إلا بداري ملقى وفي عنق العبد بَدْرَة[٦] فيها عشرة آلاف درهم ، فادعى كل واحد منهما البدرة ، فالبدرة للذي عرف باليسار .

وفي المزارعة الصغيرة[٧] : إذا دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه ثم اختلفا بعدما صار الثوب مخيطاً فقال رب الثوب : أنا خطته ، [وقال الخياط: أنا خطته[٨]][٩] ، فإن كان الثوب في يد الخياط فالقول قول الخياط ، وله الأجر ، وإن كان الثوب في يد رب الثوب ، فالقول قول صاحب الثوب ، وإن كان الثوب في أيديهما ، فالقول قول الخياط وعلى صاحب الثوب الأجر .

وفي «فتاوى أبي الليث» : رجل دفع إلى قصار[١٠] أربع ثياب ليقصرها فقصرها وقال لرب الثوب : ادفع إلي من يقبض الثياب ، فدفع القصار الثياب إلى من بعث ،

---

(١) في (م) : أوعاها .

(٢) أي : مقودها ، جاء في «المعجم الوسيط»١: ٤٦٦ : السُّكَّان : ما تسكَّن به السفينة ، وتمنع من الحركة والاضطراب ، وتُعَدَّلُ به في سيرها .

(٣) في (ك) و(هـ) : يحذف .

(٤) في (هـ) : يمدها ، ويهدها أي يركبها ، كما في «المعجم الوسيط» ٢: ١٠١٧ .

(٥) في (ك) و (هـ) : يحذف .

(٦) البَدْرَة : كيس فيه مقدار من المال يتعامل به ، ويقدم في العطايا ، ويختلف باختلاف العهود . «المعجم الوسيط »١: ٦٣ .

(٧) هو للإمام محمد بن الحسن الشيباني كما في «تاج التراجم» لقاسم بن قطلوبغا ص ٢٣٩ ، لكنه من الكتب المفقودة المفقودة التي لا يعلم عنها شيء الآن .

(٨) في (ب) : خيطته .

(٩) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(١٠) القَصَّار : المُبَيِّض للثياب ، وكان يهيأ النسيج بعد نسجه ببله ودقه بالقَصْرة (القطعة من الخشب) كما في «المعجم والوسيط» ٢: ٧٧٣ .

فجاء بها إلى رب الثوب ، فإذا هي ثلاثة ، فقال القصار: دفعت إليه أربعة ، وقال الرسول : دفع إلي ولم يعده . فقال لرب الثوب : صدق أيهما شئت ، فأيهما صدقه برئ عن الخصومة ، وأيهما كذبه حلفه ، فإن حلف برء عن الخصومة ، وإن نكل لزمه ما ادعاه ، فإن صدَّق القصار لزمه أجر الثوب الرابع للقصار ، وإن كذب القصار وحلف فللقصار على صاحب الثوب اليمين على الأجر ، فإن حلف برئ عن أجر الثوب الرابع . كذا قاله أبو بكر رحمه الله[١] .

ادعى داراً في يد إنسان أنها ملكه وأن أباه باعها منه في حال بلوغه بغير رضاه ، وقال صاحب اليد : إن أباك باعها في حال [صغرك ، فالقول قول الابن ؛ لأنه ينكر زوال ملكه[٢] ، وإن أقام صاحب اليد بينة أن أباك باعها في حال][٣] الصغر بثمن المثل ، قبلت بينته واندفع عنه خصومة الابن ، وإن أقام صاحب اليد بينة أن أباك باعها في حال صغرك بثمن المثل وأقام الابن بينة أنه باعها بعد بلوغي بغير رضاي يجب أن تكون البينة بينة صاحب اليد لأنها هي المثبتة .

بشر عن أبي يوسف قال: قال أبو حنيفة رحمه الله: امرأة أقرت بعد وفاة زوجها أنه كان طلقها ثلاثاً في مرض موته ، وأنه لم تنقض عدتها حتى مات ، وقالت الورثة: طلقك في حالة الصحة فالقول قول المرأة ، والمسألة في كتاب الطلاق ، وإنما أوردنا[٤] ههنا لزيادة تفريع لم نذكرها[٥] ثمة ، فقال: لو أقاموا بينة ووقتوا وقتاً واحداً وشهدت بينة الورثة أنه كان صحيحاً ، يومئذ أخذت ببينة الورثة .

وفي « نوادر هشام » قال : سألت محمداً عن رجل في يديه ثوب قال له رجل : بعتك هذا الثوب بخمسين درهماً [وقال صاحب اليد : وهبته لي فالقول قوله ، ولا يلزمه الخمسون .

---

(١) «حاشية ابن عابدين» ٨: ٣٦٧ .

(٢) «حاشية ابن عابدين» ٤: ١٦٥ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (م) و (ب) : أورد ههنا . والمثبت من (ك) و (هـ) .

(٥) في (م) و (ك) : يذكرها . والمثبت من (هـ) و (ب) .

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله : رجل اشترى من رجل عبداً وقبضه ونقده الثمن ثم أقر بعد ذلك بالعبد للبائع فقال : هذا العبد لفلان فأراد البائع أن يقبضه ، وقال : العبد عبدي][1] ، فقال المقر : إنما بعتك العبد بألف درهم . فالقول قوله ، وقال : من قبل أن العبد وصل إلى المقر من قبل المقر له فيكون القول فيه قول المقر .

قال : ولا يشبه هذا إقرار الرجل بعبد في يديه لرجل لم يصل ذلك العبد إلى المقر من قبل المقر له .

قال : وكذلك رجل أقر بعبد لرجل أمس ، وأقر المقر له بالعبد اليوم للمقر الأول ، فقال المقر له الثاني : العبد عبدي . وقال المقر الثاني : إنما أقررت بذلك ، لأني بعته منك اليوم ، وإنما وصل إلي من قبلك . فالقول قوله ولا يأخذه منه إلا بالثمن .

وإذا ادعى على آخر عَرْصَة [2] كذا بالميراث ، وقضى القاضي للمدعي بالعرصة ببينة أقامها ، ثم اختلف المقضي له بالعرصة والمقضي عليه بالعرصة في الأشجار والسكنى ، [ولا بينة لواحد منهما ، فقيل: القول قول المقضي[3] عليه ؛ لأنه صاحب يد في الأشجار والسكنى][4] حقيقة .

وقيل : القول قول المقضي له بالعرصة ؛ لأنهما اختلفا فيما هو متصل بملك المقضي له ، وهو الأرض ، فيكون صاحب اليد فيما اختلفا هو المقضي له بالعرصة .

أقر الرجل لوارثه بشيء ومات المقر ، ثم اختلف المقر له وباقي الورثة ، فقال المقر له : أقر له في حالة الصحة . وقال باقي الورثة : في حال المرض . فالقول قول باقي الورثة ؛ لأن الاستحقاق يقع عليهم ، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المقر له ، فإن لم يكن للمقر له بينة وأراد استحلاف باقي الورثة فله ذلك .

أشار إلى هذه الفصول في أول وصايا « الجامع الصغير »[5] في باب اعتبار حال الوصية ، ، فقال : مريض أوصى لرجل بوصيته ومات ، واتفق الوارث والموصى له أنه كان أعتق

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) العَرْصَة : البقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها . « المعجم الوسيط » ٢: ٦٢٢ .

(٣) في (ب) : القول قول المقضي له بالعرصة ، والمقضي عليه بالعرصة لأنه .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) « الجامع الصغير » لمحمد بن الحسن ، ص ٤٣٢ .

هذا العبد ، فقال الوارث : أعتقه في المرض . وقال الموصى له : أعتقه في الصحة . فالقول قول الورثة إلى تمام المسألة .

رجل مات وترك بنتًا وأخاً ومتاعاً فقالت البنت: المتاع كله لي ، وقد كان اشتراه الأب لي من مالي بأمري ، والأخ يقول: الأمتعة كلها للميت . فالقول قول الأخ ؛ لأن البنت تدعي وكالة الأب في الشراء والأخ ينكر ، ألا ترى أنه لو كان الأب حياً ووقع الاختلاف بينه وبين البنت في الأمتعة؟ فقالت البنت: كنت وكيلي في شراء هذه الأمتعة ، والأب ينكر ذلك كان القول قوله ، والمعنى في ذلك: أن الأصل تصرف الإنسان لنفسه ، فالأب بإنكار الوكالة متمسك بما هو الأصل ، وكان القول قوله فكذا ههنا .

رجل ادعى على آخر أنه كان لفلان عليك كذا وكذا ، وقد مات فلان ، وصار ماله عليك ميراثاً لي . وقال المدعى عليه: أنا أوفيته هذا المال المدعى ، وذهب يأتي[1] بالبينة فلم يأت ، ثم إن المدعي أعاد دعواه ثانياً في مجلس آخر فقال المدعى عليه: لا علم لي بوراثتك . سمع منه .

وفي «واقعات الناطفي»[2] : إذا أقام البينة على عبد في يدي رجل أنه كان عبده ، وأنه كان في يده منذ سنة حتى أعتقه[3] هذا الذي هو في يديه ، وأقام ذو اليد البينة أنه عبده منذ عشرين سنة ، فهو لمن في يديه ؛ لأن بينته أسبق تاريخاً .

وفي «العيون»[4] : تنازعا في شيء فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده منذ شهر ، وأقام الآخر بينة أنه كان في يده الساعة ، أقره القاضي في يد مدعي الساعة ؛ لأن يد الآخر منقضية واليد المنقضية لا عبرة لها عند أبي حنيفة ومحمد .

---

(١) في (ب) : ليأتي .

(٢) أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر الناطفي - نسبة إلى عمل الناطف وبيعه وهو نوع من الحلوى - ، أحد الفقهاء الكبار ، تلميذ أبي عبد الله الجرجاني ، حدث عن أبي حفص ابن شاهين ، وغيره ، له كتاب « الأجناس » و « الفروق » في مجلد و « الواقعات » في مجلدات ، « والنوازل » توفي بالري سنة ٤٤٦ .

« الجواهر المضية » ١ : ٢٩٧ ، « تاج التراجم » ص ١٠٢ ، « الطبقات السنية » ٢ : ٧١ ، « الفوائد البهية » ص ٣٦ .

والواقعات : هي النوازل ؛ أي المسائل المستحدثة التي لم يسبق وقوعها ولم يسبق رأي للعلماء فيها .

(٣) في (هـ) : اغتصبه . وفي (ب) : أعتقته .

(٤) «عيون المسائل» لأبي الليث السمرقندي رحمه الله ص ٢١٧ ، باب : الإقرار .

ولو أقام أحدهما بينة أنه في يده منذ شهر ، وأقام الآخر بينة أنه في يديه منذ جمعة قضى به لمدعي الجمعة .

وفي « العيون »[١] : رجل في يديه أرض لغيره آجرها ، وقال رب الأرض للآجر : أجرتها بأمري ، وقال الآجر: غصبتها منك ، ثم أجرتها . فالقول قول رب الأرض ؛ لأن الأصل أن يكون بدل منافع الأعيان لمالك الأعيان ، فالآجر يدعي[٢] الغصب أو لا يدعي ذلك لنفسه ، ولو بنى فيها ذو اليد ثم أجرها ، فقال رب الأرض : أمرتك أن تبني فيها لي وتؤاجرها ، وقال ذو اليد: غصبتها منك وبنيتها ، ثم أجرتها . يُقَسَّم الأجر على الأرض مبنية[٣] ، وعلى الأرض غير مبنية فلاة ، فما أصاب الأرض فهو مُسَنَّاة[٤] وما أصاب البناء فهو لذي اليد ؛ لأن القول في البناء لذي اليد ؛ إذ الأصل أن يعمل الإنسان لنفسه ، ورب الأرض يدعي خلاف ما هو الأصل .

ولو قال صاحب الأرض: غصبتها مني مبنية[٥] . فالقول قوله ، وإن أقام البينة فالبينة بينة الغاصب[٦] .

ولو قال : غصبت منك ألفاً وربحت فيها عشرة آلاف . وقال المقر له: لا بل أمرتك به . فالقول للمُقَرِّ له .

ولو قال المُقِرُّ له : بل غصبت الألف والعشرة آلاف . فالقول للمقر له ، ولو قال : غصبت منك ثوباً وقطعته وخطته بغير أمرك . وقال المقر له : بل غصبت[٧] القميص . أو قال : بل أمرتك بخياطته . فالقول للمقر .

---

(١) «عيون المسائل» لأبي الليث السمرقندي رحمه الله ص ١٠٤ ، باب : الدعاوى والبينات .

(٢) في (هـ) : بدعوى .

(٣) في (هـ) : ببينته .

(٤) المُسَنَّاة : حائط يبنى في وجه الماء ، ويسمى السَّد . «المصباح المنير» للفيومي ص ٢٩٢ .

(٥) في (هـ) : ببينته .

(٦) في (هـ) : وإن أقام البينة فبينة الغاصب أولى .

(٧) في (هـ) و (ك) : غصبني .

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»[١] : في نهر لرجل إلى جنبه مُسَنَّاة ، وأرض لرجل خلف المُسَنَّاة ، متصل بها ادعى صاحب النهر أن المُسَنَّاة له ، وادعى صاحب الأرض أن المُسَنَّاة له ، فهذه المسألة على وجهين:

أما إن كان المُسَنَّاة في يد أحدهما [بأن[٢] كان غرس أحدهما أو زرع أحدهما عليها][٣] ، وفي هذا الوجه يقضى بالمُسَنَّاة لصاحب [اليد ، وهذا ظاهر .

وأما إن لم تكن المُسَنَّاة في يد أحدهما ، ففي هذا الوجه يقضي بالمُسَنَّاة لصاحب][٤] النهر عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وعند أبي حنيفة يقضى بها مُسَنَّاة ، هكذا ذكر المسألة في «الكتاب» .

بعض مشايخنا قالوا : هذا الخلاف فيما إذا كان النهر [مع الأرض مستويين ، وأما إذا كان النهر][٥] أعلى ؛ يقضى بالمُسَنَّاة لصاحب النهر ؛ لأنه هو المحتاج إلى المُسَنَّاة وإن كان الأرض أعلى ، يقضى بالمُسَنَّاة مُسَنَّاة ؛ لأنه هو المحتاج إليها ، إلا أن في «الكتاب» أطلق الجواب إطلاقاً .

من مشايخنا من قال: هذه المسألة بناء على مسألة أخرى ، أن صاحب النهر [هل يستحق جري[٦] النهر][٧] إذا حفر نهراً في أرض الموات ؟ على قولهما يستحق . وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يستحق . وإذا كان من مذهبهما أن صاحب النهر يستحق الحريم لنهره كانت المُسَنَّاة في يد صاحب النهر [تبعاً للغرس ، فيقضى له بحكم اليد ،

---

(١) « الجامع الصغير » لمحمد بن الحسن ، ص ٣١٤ ، وانظر المسألة في «المبسوط» للسرخسي ١٥ : ٣٣ .

(٢) في (ك) و (هـ) : إلا أن .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) في (ب) : حريمًا .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وإذا كان من مذهب أبي حنيفة أن صاحب النهر لا يستحق الحرم ، لم تكن المُسَنَّاة في يد صاحب النهر][1] ، وأنها ليست في يد صاحب الأرض [أيضاً ؛ لأنه لا حريم للأرض بلا خلاف حتى تكون المسناة في يد صاحب الأرض][2] ؛ لأن[3] المُسَنَّاة أشبه بالأرض ، لأنها تصلح للزراعة والغراسة كالأرض ، والنهر لا يصلح لذلك[4] .

والأصل في كل شيء تنازع فيه اثنان وليس في يد أحدهما إلا أن في يد أحدهما ما هو أشبه بالشيء المنازع[5] فيه ، فإنه يقضى به لمن كان في يده ما هو أشبه .

كما لو تنازعا في إحدى مصراعي باب وهو موضوع على الأرض ، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما فإنه يقضى بالموضوع لمن كان المصراع الآخر معلقاً على بابه ، إذا كان الموضوع يشبه المعلق . كذا ههنا .

هذا إن جعلنا مسألة المُسَنَّاة بناءً على مسألة الحريم ، وإن جعلناها ابتداءً كما ذهب إليه بعض المشايخ فوجه قولهما في المسألة أن الظاهر شاهد لصاحب النهر ، فإن له عليها يد استعمال فإنها مَلْقَى طِينِه ، ألا ترى أن صاحب الأرض لو أراد أن يمنعه عن إلقاء الطين عليها ليس له ذلك؟ فالقول قول من يشهد[6] له الظاهر .

وجه قول أبي حنيفة : أن الظاهر في جانب صاحب الأرض أقوى فيكون هو أولى .

بيانه : أن الحريم أشبه بالأرض من النهر صورة ومعنى ، أما صورة : فإنهما مستويان[7] يوازي كل واحد منهما [صاحبه بخلاف النهر ، وأما معنى : فلأن كل واحد منهما][8]

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) في (ك) و (هـ) : إلا أن .

(٤) في (ك) : يصلح كذلك .

(٥) في (هـ) : المتنازع .

(٦) في (ب) : شهد .

(٧) في (ب) : يستويان .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

يصلح للزرع والغرس ، والنهر لا يصلح لذلك فكان القضاء لصاحب الدار أولى ، كما قلنا في المستأجر مع رب الدار إذا اختلفا في لوح وهو يماثل الألواح المركبة ؛ فإنه يقضي لرب الدار ، كذا ههنا ؛ ولأن يد صاحب الأرض إلى هذا الموضع أسبق ؛ لأن هذا الموضع كان أرضاً في الأصل ثم صار نهراً لعارض ، وكان القضاء له أولى .

كما لو تنازع اثنان في حائط ولأحدهما اتصال تربيع ، وللآخر عليه جذوع كان القضاء بالحائط لصاحب الاتصال أولى ؛ لأن يده سابق .

وأما إلقاء الطين على المُسَنَّاة فقد قال بعض مشايخنا: إن مُسَنَّاة أن يمنع صاحب النهر من إلقاء الطين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، والصحيح أنه ليس له ذلك ؛ لأن هذا قضاء بالظاهر ، فيجب القضاء على حسب ما ظهر ، وقد ظهر أن المُسَنَّاة مُسَنَّاة ، ولصاحب النهر حق إلقاء الطين عليه وهو نظير ما قلنا في مسألة الحائط إذا قضى به لصاحب التربيع لا يؤمر صاحب الجذع برفع الجذع ، والقصة ما ذكرنا أن الظاهر لا يصلح لإبطال حق الغير [على الغريم][1] .

ثم ذكر ما في « الكتاب » : أنه على قولهما يُقضى بالمُسَنَّاة لصاحب النهر ، ولم يبين[2] أنه بأي مقدار يقضي له ، وقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يجعل له بقدر ما يمر عليه العِرَاب[3] ، وبعضهم قالوا : بمقدار ما مر عليه رجل واحد .

وعن أبي يوسف في « النوادر » : أنه يمسح بطن النهر فيجعل له من كل جانب مثل نصفه .

وعن محمد في « النوادر » : أنه يمسح بطن النهر ، فيجعل له من كل جانب مثله .

وثمرة الخلاف المذكور في هذه المسألة لا يظهر في هدم المُسَنَّاة ؛ فإن المُسَنَّاة وإن كانت مُسَنَّاة عند أبي حنيفة ، فليس له هدمها دفعاً للضرر عن صاحب الماء ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) : يتبين .

(٣) خيل عِرَاب : أي خيل عربية ، بخلاف البراذين فهي خيل وبغال غير عربية . وكذلك الإبل العراب ، فهي عربية بخلاف البَخَاتي فهي إبل أعجمية . «المعجم الوسيط» ٢: ٦٢٠ .

فإنه لا يتمكن من إجراء الماء فيه بدون المسناة ، وإنما يظهر ثمرة الخلاف في شيئين في ولاية الغرس على المسناة ، عند أبي حنيفة رحمه الله ولاية الغرس مُسَنَّاة وعندهما لصاحب النهر . والثاني : أنه إذا كان على المسناة أشجار ولا يدرى من غرسها ، فعلى قول أبي حنيفة : الأشجار مُسَنَّاة ، وعندهما لصاحب النهر .

ثم إن أبا حنيفة فرق بين المسناة وبينما إذا حفر الرجل في داره بئراً ، وهو مما يضر بدار جاره ، فإنه لا يمنع عن ذلك .

وقال في مسألة المسناة : إذا تصرف صاحب الأرض في المسناة تصرفاً يتضرر به صاحب النهر بعد الهدم يمنع عنه ، وفي الموضعين جميعاً حصل متصرفاً في خالص ملكه .

والفرق : أن هدم المسناة ليس بانتفاع المسناة انتفاع المثل بالمسناة ؛ لأن انتفاع المثل بالمسناة الزراعة وغرس الأشجار لا الهدم .

ومن انتفع بملكه انتفاعاً لا ينتفع بمثله يمنع عن ذلك ، وإذا تعدى إلى ملك الغير صار ضامناً كما لو سقى أرض نفسه سقياً غير معتاد ، فأما إذا حفر البئر في داره انتفع بالدار انتفاع مثله ، ومتى انتفع بملكه انتفاع مثله لا يمنع عنه ، وما يتولد منه لا يكون مضموناً عليه ؛ كما إذا سقى أرض نفسه سقياً معتاداً .

بقي ههنا فصل آخر ، أن صاحب الأرض إذا أراد أن يمنع صاحب النهر عن المرور على المسناة ، هل له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ؟ بعض مشايخنا قال : ليس له ذلك . وبعضهم قالوا: له ذلك إذا لم يكن فيه ضرر ظاهر[1] ، وهو الأشبه والله أعلم .

* * *

(١) في (ك) و (م) و (ب) : ظاهر ضرر . وفي (هـ) كذلك ؛ إلا أنه وضع فوقهما علامتا التقديم والتأخير (مـ) (مـ) .

الفصل الثاني عشر
في دعوى النتاج

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضًا :

الأول : في دعوى الخارج مع ذي اليد :

قال محمد رحمه الله تعالى في « الأصل » :إذا ادعى الرجل دابة في يد إنسان أنها ملكه نتجت عنده ، وأقام عليه البينة ، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك ، القياس : أن يقضي بها للخارج ، وفي الاستحسان : يقضي بها لصاحب اليد ، سواء أقام صاحب اليد بينة[١] على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده .

وجه القياس في ذلك : أن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد ؛ لأن الخارج ببينته ، كما يثبت استحقاق [أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق][٢] الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده ، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ، فهو معنى قولنا : إن بينة الخارج أكثر استحقاقاً فكانت أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق .

وجه الاستحقاق[٣] : حديث جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى في عين هذه الصورة لصاحب اليد[٤] .

والمعنى في المسألة : أن صاحب اليد ببينته كما لا يستحق على الخارج شيئًا ، فالخارج ببينته لا يستحق على صاحب اليد شيئًا أيضاً .

---

(١) في (هـ) : البينة .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (هـ) و (ب) : الاستحسان .

(٤) حديث جابر ﷺ أخرجه الدارقطني في «سننه» ٣ : ٤٥١ كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» ١٠ : ٢٥٦ «أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في ناقة ، فقال كل واحد منهما : نتجت هذه الناقة عندي ، وأقام بينة ، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده » .

بيانه : أن الخارج يدعي أولية الملك لنفسه بسبب النتاج ، وأولية الملك بسبب النتاج لا يحتمل التملك على ذي اليد بوجه ما ؛ لأن بعدما ثبت الملك لذي اليد بسبب النتاج لا يتصور أن يصير للخارج بسبب النتاج ؛ لأنه مما لا يتكرر ، فلا يمكننا أن نجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد استحقاقاً على ذي اليد ، بل يكون بياناً أنه كان للخارج من الأصل ، إلا[١] أنه لذي اليد ، ثم صار للخارج ، بخلاف دعوى الملك المطلق ؛ لأن دعوى الملك المطلق أن يقول : هذا لي . وقوله : « لي » كما يحتمل أن يكون له من الأصل ، يحتمل أن يكون من جهة صاحب اليد ، ولهذا يستقيم التصريح به ؛ يستقم أن يقول : هذا لي لأني تملكته من جهة المدعي . فأمكننا أن نجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد استحقاقاً على ذي اليد ، فجعلناه كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد [إن لم نجعله كذلك في حق الحكم ، فإن دعوى مطلق جعل دعوى أولية الملك حكماً][٢] حتى يظهر ذلك في حق استحقاق الولد .

وعن هذا قلنا : إن في فصل النتاج لو تفرد[٣] الخارج بإقامة البينة ، وقضى له ثم أقام صاحب اليد البينة على النتاج ، تقبل بينته ويقضي باليد له[٤] ؛ لأن الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئاً ، فلم يصر ذو اليد مقضياً عليه فيسمع بينته كما يسمع بينة أجنبي آخر ، وفي دعوى الملك المطلق ، لو تفرد الخارج بإقامة البينة وقضي له ، ثم أقام صاحب اليد البينة أنه له ، لا يسمع بينته ؛ لأن الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده ، فصار ذو اليد مقضياً عليه ، فلا تسمع بينته بعد ذلك .

---

(١) في (هـ) : لا أنه .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) في (م) : انفرد . والمثبت من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) في (هـ) : بالدابة . وهي غير واضحة في (م) . والمثبت من (ك) و (ب) .

هذا هو الحرف المعتمد الموروث من أستاذي في الفرق بين فصل النتاج وفصل الملك المطلق .

فإن قيل : ما ذكرتم من العلة في فصل النتاج يشكل بما إذا ادعى الخارج ملكاً مطلقاً وادعى ذو اليد للنتاج وأقاما البينة ، فإن في هذه الصورة بينة ذو اليد أولى ، وفي بينة الخارج ههنا زيادة استحقاق على ذي اليد .

قلنا : نعم في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد في هذه [الصورة ، إلا أنه في بينة ذي اليد سبق التاريخ ؛ لأنها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير ، فكان ذو اليد أسبقهما تاريخاً ، فإنما قضى لذي اليد في هذه الصورة][1] لهذا ، ألا ترى أنهما لو ادعيا ملكاً مطلقاً وأرخا ، وذو اليد أسبقهما تاريخاً [يقضي لذي اليد][2] ؟ وإن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد ، لهذا إن أسبقهما تاريخاً][3] ذو اليد ، ثم اختلف المشايخ بعد ذلك أن القضاء لذي اليد في هذه الصورة قضاء ترك أو قضاء استحقاق .

قال عيسى بن أبان رحمه الله[4] : إنه قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج ؛ لأن البينتين تهاترتا[5] ؛ لأن القاضي تيقن[6] بكذب أحدهما على وجه لا يجد

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) من قوله : « ألا ترى ... » إلى هنا : سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) أبو موسى عيسى بن أبان بن صدقة فقيه العراق ، تلميذ محمد بن الحسن ، وقاضي البصرة ، ذو ذكاء مفرط ، وعلم غزير ، وسخاء وجود زائد .

حدث عن : إسماعيل بن جعفر ، وهشيم ، ويحيى بن أبي زائدة . وعنه : الحسن بن سلام السواق ، وغيره . وله تصانيف منها كتاب « الحج » توفي سنة ٢٢١ .

« تاريخ بغداد » ١١ : ١٥٧ ، « سير أعلام النبلاء » ١٠ : ٤٤٠ ، « الفوائد البهية » ص ١٥١ ، « معجم المؤلفين » ٨ : ١٨ .

(٥) «الهداية» للمرغيناني مع «حاشية اللكنوي» ٦ : ٦١ .

(٦) في (هـ) : يتيقن .

لذلك محملاً[١] ؛ لأن المطلق لأداء الشهادة على النتاج معاينة الولادة لا ظاهر اليد ولا تصرف الملاك ولا التسامع ، وولادة دابة واحدة من دابتين أو دابة واحدة مرارًا لا تصور لها ، وفي مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسألة الكوفة ومكة[٢] ، وإذا تهاترت البينتان صار كأنهما لم يقيما البينة ، ولو لم يقيما البينة يقضى لذي اليد قضاء[٣] ترك ، بعدما يستحلف للخارج ويحلف كذا ههنا .

وعلى قياس ما ذكره عيسى يجب أن لا تقبل بينة الخارجين على النتاج ، وكذلك يجب أن لا تقبل بينة ذي اليد على النتاج إذا أقامها بعد القضاء للخارج ، كما في مسألة الكوفة ومكة ، متى قضى بشهادة [أحد][٤] الفريقين لا يسمع شهادة الفريق الآخر بعد ذلك .

وقال عامة المشايخ : قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد للخارج .

ووجه ذلك : أن القاضي وإن تيقن بكذب أحد البينتين إلا أنه يجد بكل بينة محملاً ، يطلق لها أداء الشهادة بالنتاج بأن عاين إحدى البينتين نفس الولادة في يد الغاصب ورأى الغاصب يتصرف فيه تصرف الملاك ، إلا أنه لم يعلمه غاصباً ، فيحل لهم أداء الشهادة للغاصب بناء على ذلك ، والبينة الأخرى علمت حقيقة الحال وكون الذي في يديه الدابة غاصباً ، فيحل لهم أداء الشهادة للمغصوب منه بالنتاج بناء على ذلك ، أو عاين إحدى البينتين الولادة من دابة زيد ، والبينة الأخرى عاينت اتباع هذا الولد دابة عمرو والإرضاع[٥] منها ، وإذا وجد القاضي لشهادة كل فريق محملاً يطلق له الشهادة ، كانت الشهادة على النتاج من الخارجين ، والشهادة على مطلق الملك من الخارجين سواء ، وهناك لا تتهاتر البينتان .

---

(١) في (م) : لا يجد لذلك مجملاً .

(٢) سيأتي شرحها بعد قليل .

(٣) في (ب) : فصار .

(٤) زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) في (ك) و (هـ) : الارتضاع .

وإن تيقن[١] القاضي بكذب إحدى البينتين ؛ لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً لشخصين في زمان لكل واحد منهما بكماله لهذا ؛ لأن[٢] للقاضي وجد لكل فريق محملاً يطلق له أداء الشهادة ، بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك ، وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر تصرف فيه تصرف الملاك ، كذا ههنا .

بخلاف المسألة الكوفة ومكة ؛ لأن هناك القاضي تيقن بكذب إحدى البينتين ، على وجه لا يجد لها محملاً يطلق له أداء الشهادة ؛ لأن المطلق بالشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق ، لا طريق لأداء الشهادة هناك غير هذه ، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بكوفة ومكة ؛ لأن الشخص الواحد على ما عليه العادة لا يتصور أن يكون في يوم واحد بالكوفة ومكة ، فتهاترت البينتان ، أما ههنا بخلافه .

هذا إذا لم يؤرخا ، أو أرخا وقضى لصاحب اليد ، إلا إذا كان سن الدابة مخالفاً لوقت صاحب اليد موافقاً لوقت الخارج ، فحينئذ يقضى للخارج ، وإن كان سن الدابة مخالفاً للوقتين ، لم يذكر هذا الفصل في الأصل في الدابة ، وعامة المشايخ على أنه تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد صاحب اليد قضاء[٣] ترك ، وهكذا ذكر القدوري في «شرحه»[٤] .

وذكر محمد رحمه الله في «الأصل »[٥] في آخر دعوى النتاج : عبد في يدي رجل ، أقام رجل بينة أنه عبده ولد في ملكه ، ووقَّت لذلك وقتاً ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، والعبد أكبر من الوقتين أو أصغر ، تهاترت البينتان ،

---

(١) في (م) و (ب) : يقضي . والمثبت من (ك) و (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : أن .

(٣) في (م) و (ب) : فصار .

(٤) يريد «شرحه مختصر الكرخي» كما في ترجمته في «تاج التراجم» رقم ١٧ وغيره .

(٥) المسألة في «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٧١ .

فتصير مسألة العبد في رواية مسألة الدابة ، إذا كان سن الدابة على خلاف الوقتين أنه تهاترت البينتان .

ومما يتصل بهذا النوع : إذا ادعى الخارج فعلاً مع النتاج ، أو ادعى كل واحد منهما فعلاً مع النتاج[1] .

صورته : فيما إذا كان دعوى الفعل مع النتاج من جهة الخارج ، ما ذكر محمد رحمه الله في «الأصل» في باب دعوى العتق : عبد في يدي رجل ، أقام رجل البينة أنه ولد في ملكه وأنه أعتقه أو دبره ، وأقام الذي في يديه بينة أنه عبده ولد في ملكه ، قضي للخارج ، وإن ادعيا النتاج ؛ لأن في دعوى النتاج بدون دعوى الفعل من الخارج إنما كانت بينة ذي اليد كان أولى ، لأن البينتين استويا في الإثبات فيما وقع فيه الدعوى ، فإن نكل بينته تثبت[2] أولية الملك لصاحبها على وجه يمنع استحقاقها إلا من جهته ، فرجحنا بينة صاحب اليد بحكم اليد ، وههنا بينة الخارج أكثر إثباتاً فيما وقع فيه الدعوى ، لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه يمتنع استحقاقه أصلاً ؛ لأن الملك بعد العتق يصير بحال لا يستحق أصلاً ، وذو اليد ببينته يثبت أولية الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه ، وكان بينة الخارج أكثر إثباتًا .

وهذا بخلاف ما لو ادعى الخارج مع النتاج البيع أو الإجارة أو الكتابة ، فإن هناك بينة ذي اليد أولى ؛ لأن هناك بينة الخارج ليست أكثر إثباتًا ؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه يتصور الاستحقاق عليه من جهته ، فإن الملك بعد البيع والإجارة ، لا يصير بحال لا يتصور استحقاقه عليه ، فرجحنا بينة ذي اليد بحكم يده .

وبخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك ، وذو اليد ادعى النتاج ، فإن هنا بينة ذي اليد أولى ؛ لأن دعوى العتق إنما تعتبر ترجيحاً عند استواء

---

(١) في (م) : التناقض .

(٢) في (م) : ثبت .

البينتين في إثبات الملك ، وما استوت البينتان ههنا في إثبات الملك ؛ لأن الخارج يثبت أولية الملك مع الاحتمال ، وذو اليد يثبت أولية الملك بلا احتمال .

ولو ادعى الخارج التدبير مع النتاج ، وادعى صاحب اليد النتاج لا غير ، وفي هذا الوجه اختلفت الروايات .

ذكر في رواية أبي سليمان[١] أنه يقضي للخارج ، وجعله بمنزلة العتاق ، وذكر في رواية أبي حفص أنه يقضي لذي اليد ، وجعله بمنزلة الكتابة .

وجه رواية أبي حفص[٢] : أن التدبير يفيد[٣] الفسخ بقضاء القاضي ؛ فصار كالكتابة .

وجه رواية أبي سليمان : أن التدبير يفيد حق العتق ؛ ولهذا لا يجوز إعتاق المدبر عن كفارة يمينه ، والحق ملحق بالحقيقة ، فصار دعوى التدبير ودعوى الإعتاق سواء بخلاف الكتابة ؛ لأنها لا تفيد[٤] حق العتق .

---

(١) أبو سليمان موسى بن سليمان الجُوزْجاني ، صاحب الإمام محمد بن الحسن ، أخذ الفقه عنه ، وروى كتبه ، عرض عليه المأمون القضاء فقال : يا أمير المؤمنين ! احفظ حقوق الله في القضاء ولا تول على زمانك مثلي ، فإني والله غير مأمون الغضب ، ولا أرضى لنفسي أن أحكم في عباده ، قال : صدقت ! وقد أعفيناك ، فدعا له بخير .

وله كتب « السير الصغير » و « الرهن » و « كتاب الصلاة » وكتب أخر أطول من هذه ، يرويها عن محمد بن يعقوب ، عن أبي حنيفة ، وكتاب « الأصل » لمحمد بن الحسن الموجود بأيدينا روايته عنه .

توفي بعد المئتين .

« الجواهر المضية » ٣ : ٥١٨ « تاج التراجم » ص ٢٩٨ « الفوائد البهية » ص ٢١٦ .

(٢) أبو حفص الكبير أحمد بن حفص البخاري الفقيه العلامة، شيخ ما وراء النهر فقيه المشرق ، الإمام المشهور ، والعلم المنشور ، الذي طنت حصاته في الآفاق ، وشاع ذكره بين أهل الخلاف والاتفاق .

ولد سنة خمسين ومائة ، ثم أخذ العلم عن محمد بن الحسن ، وبرع في الرأي ، وله أصحابٌ لا يحصون . توفي سنة سبع عشرة ومئتين .

« سير أعلام النبلاء » ١٠ : ١٥٧ ، « الجواهر المضية » ١ : ١٦٦ ، « تاج التراجم » ص ٩٤ ، « الطبقات السنية » ١ : ٣٤٢ ، « الفوائد البهية » ص ١٨ .

(٣) في (هـ) : يقبل . وفي (ب) : بعد .

(٤) في (م) : لأنه يفيد . وفي (ب) : لأنه لا يفيد .

ولو ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد مع النتاج ، وادعى ذو اليد عتقاً باتاً مع النتاج كان بينة ذو اليد أولى ؛ [لأنه لو ادعى الخارج في هذه الصورة عتقًا باتًا كان ذو اليد أولى][1] ؛لأن البينتين استويا فيما وقع فيه الدعوى ، فرجحنا بينة صاحب اليد بحكم اليد ، فكذا إذا ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد .

ولو ادعى ذو اليد التدبير أو الاستيلاد مع النتاج وادعى الخارج عتقاً باتاً مع النتاج كان بينة الخارج أولى ؛ لأن بينة الخارج أكثر إثباتاً ، لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه لا يستحق عليه من جهته أصلا ؛ لا رقبة ولا يداً ، وذو اليد أثبت أولية الملك على وجه يتصور استحقاقه عليه رقبة ويداً لقضاء[2] القاضي في التدبير والاستيلاد ، ويداً لا رقبة في الإجارة والإعارة والنكاح .

وفي كتاب الولاة في باب الشهادة في الولاء : إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه [غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج أولى ، وكذا إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج ملكه غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج أولى ، وكذا إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه[3]][4] أجره أو أودعه منه أو أعاره منه ، كانت بينة الخارج أولى .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : الحاصل أن بينة ذي اليد على النتاج إنما يترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك بأن ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج ، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية أو ما أشبه ذلك .

أما إذا ادعى الخارج الملك المطلق ومع ذلك ادعى فعلاً ، فبينة الخارج أولى .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) و (ب) : بقضاء .

(٣) من قوله : وادعى الخارج ملكه إلى هنا سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وأشار محمد رحمه الله ثمة[١] إلى المعنى وقال : لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتاً ، لأنها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب أو الاستئجار أو ما أشبه ذلك ، وأنه ليس ثابتًا[٢] أصلاً ، وذو اليد ادعى أولية الملك واليد إن كانت لا تدل على أولية الملك تدل أصل الملك ، فكان ما ادعاه ذو اليد ثابتاً[٣] من وجه بظاهر يده ، وما ادعاه الخارج من الغصب والإعارة وغير ذلك غير ثابت أصلاً [فكانت بينته أكثر إثباتًا ، فكانت أولى بالقبول ، إلا أنه يرد على هذه الثلاثة مسألة الخارج مع ذي اليد إذا ادعيا النتاج لا غير ؛ فإن هناك يقضي ببينة ذي اليد ، مع أن أصل الملك ثابت لذي اليد بحكم يده .

وذكر في كتاب الدعوى من «الأصل»][٤] في مثل هذه المسألة طريقاً آخر .

وصورة تلك المسألة : عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه عبده غصبه ذو اليد منه ، أو قال : استأجره ذو اليد منه أو استعاره منه أو ارتهنه ، وأقام ذو اليد بينة أنه [ملكه أعتقه أو دبره ، أو كاتب أمة ، أقام ذو اليد بينة أنه][٥] استولدها ، كان بينة الخارج أولى ، وقُضِي بالعبد له وكان ينبغي أن يكون بينة ذي اليد أولى ؛ لأن ذا اليد يدعي النتاج معنى ؛ لأن النكاح والإعتاق والتدبير والاستيلاد في معنى النتاج ، وذو اليد إذا ادعى النتاج كان هو أولى من الخارج .

ذكر محمد رحمه الله هذا السؤال ، وذكر جوابه فقال : ذو اليد إذا ادعى النتاج إنما يكون أولى من الخارج إذا صح منه دعوى النتاج ولم تصح دعوى النتاج من ذي اليد ههنا بما أثبته الخارج على ذي اليد ؛ لأن الخارج لما أثبت على ذي اليد الارتهان أو الإجارة أو الاستعارة منه ؛ فقد أثبت إقرار ذي اليد أن الملك فيه للخارج ؛ لأن الاستئجار والاستعارة والارتهان إقرار بملك الأجير والمعير والراهن ، ومع إقرار

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) في (ك) و (هـ) : بثابت .

(٣) في (م) : ثانيًا .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ذي اليد بالملك للخارج لا يصح دعوى صاحب اليد النتاج ، والبينة لا تُسْمَع بدون الدعوى ، وإذا لم يسمع بينة ذي اليد صار كأنه لم يقم البينة ، وكذلك إذا أثبت الخارج عليه الغصب ؛ لأن من الجائز أن شهود الخارج شهدوا بالغصب على ذي اليد ؛ لأنهم عاينوا أخذ ذي اليد من الخارج ، ويجوز أنهم شهدوا بالغصب على ذي اليد ؛ لأنهم سمعوا إقراره بالغصب ، فباعتبار الأخذ إن كان دعوى النتاج من ذي اليد صحيحاً ، فباعتبار الإقرار لا يصح كما لو عاينا إقراره أنه غصبه منه ، فلا يصح دعواه مع الشك ، فقد تمكن في جانب ذي اليد ما يبطل دعواه النتاج ، أما من كل وجه كما في الإيداع والإعارة والإجارة ، أو من وجه كما في الغصب ولم يتمكن من جانب الخارج ما يمنع دعواه الغصب على ذي اليد ؛ لأن دعواه الغصب على ذي اليد لو لم يصح [إنما لم يصح][1] أن لو عرف الشهود حقيقة الملك لذي اليد ، حتى سعى غصب ذي اليد ، ولا يتصور ذلك ؛ لأن الشهود لا يعرفون حقيقة الملك ، وإنما يعرفون الملك من حيث الظاهر وما لم يثبت الشهادة بحقيقة الملك لذي اليد لا يبقى[2] غصب ذي اليد .

[وهذا بخلاف ما لو لم يشهد شهود الخارج على ذي اليد][3] بالغصب إنما شهدوا للمدعي بالملك المطلق ، وادعى ذو اليد الملك والعتق و التدبير ، فإن هناك يقضي ببينة ذي اليد ؛ لأن هناك لم يثبت بينة الخارج ما يمنع صحة دعوى ذي اليد النتاج ، وهو إقراره بالملك للخارج لا من كل وجه ولا من وجه .

فإن قيل : لا بل في تلك الصورة وجد في بينة الخارج ما يمنع صحة دعوى ذي اليد النتاج ، وهو الشهادة بالغصب على ذي اليد من الخارج ؛ لأن الشهادة بالملك للخارج شهادة بالغصب على ذي اليد ، إذا كان العين في يد ذي اليد اقتضاء والثابت [اقتضاء ، والثابت][4] نصاً سواء .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ب) : ينفي .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

قلنا : نعم الشهادة بالملك للخارج شهادة على غصب ذي اليد ، إذا كان العين في يد ذي اليد اقتضاء إلا أن المقضي ثابت بطريق الضرورة فيعذر[١] بقدر الضرورة ، والضرورة[٢] ترتفع متى أثبتنا غصب ذي اليد بالأخذ ، فلا يثبت الإقرار بالغصب مقتضى شهادة الخارج ؛ لأن الإقرار بالغصب فوق الإقرار الثابت بالأخذ ؛ لأن الغصب الثابت بالأخذ يوجب الضمان ، فلا يمنع دعواه الملك لنفسه [بعد الأخذ بالنتاج ولا مطلقًا ، وإقراره بالغصب يوجب الضمان ، ويمنع دعوى الملك لنفسه][٣] بعد ذلك .

وإذا لم يثبت إقرار ذي اليد بالغصب بشهادة الخارج لم يتمكن في جانب ذي اليد ما يمنع صحة دعواه النتاج ، وقد صار بدعوى الإعتاق والتدبير مدعياً النتاج معنى ، فتقبل بينته بخلاف ما إذا شهدوا عليه بالغصب ؛ لأن هناك الغصب يثبت بنص الشهادة ، وكما يحتمل الغصب بالأخذ يحتمل الغصب بالإقرار ، فيعتبر الإقرار ثابتاً[٤] لما كان[٥] الغصب ثابتاً[٦] بنص الشهادة ، [ليكون الثابت بالنص ما هو أقوى][٧] ، فباعتبار الإقرار لا يصح دعوى ذي اليد ، والنتاج باعتبار الأخذ يصح ، فلا يصح بالشك .

ومما يتصل بهذا النوع ذكر محمد رحمه الله في «الأصل»[٨] : شاة في يدي رجل أقام رجل البينة أنها شاته ولدت في ملكه ، وأقام صاحب اليد بينة أنها شاته تملكها من جهة فلان ، وأنها ولدت في ملك فلان ذلك الذي تملكها منه ، قضي بها لصاحب اليد ؛ لأن صاحب اليد خصم عمن تلقى الملك من جهته ،

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (م) و (ب) : ثانيًا .

(٥) في (م) : لمكان .

(٦) في (م) و (ب) : ثانيًا .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٨) المسألة في «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٨٠ .

ويده يد المتلقى عنه فكأنه حضر وأقام البينة على النتاج ، والشاة في يده ، وهناك يقضي بالشاه له [، كذا ههنا .

وفي «الأصل» أيضاً : شاة في يدي رجل جاء رجل وأقام بينة أنها شاته ولدت في ملكه ، وقضى القاضي بالشاة له ، ثم جاء آخر وأقام بينة أنها شاته ، ولدت في ملكه ؛ قضى بالشاة له][1] إلا أن يعيد صاحب اليد ، وهو المقضي له بينة على النتاج فحينئذٍ[2] تندفع بينة الثاني [ببينته][3] وسلمت له الشاة ، أما بدون ذلك لا تندفع بينة الثاني ، وهذا لأنا لو دفعنا بينة الثاني بما أقام الأول من البينة فقد دفعنا بينة أحد مدعي النتاج ببينة المدعي الآخر وهما خارجان ، لأن الأول حين أقام البينة كان خارجاً ، ولا يجوز [دفع][4] بينة أحد مدعي النتاج بالآخر وهما خارجان ، فإذا أعاد صاحب اليد وهو المقضي له البينة على النتاج لو دفعنا له بينة الثاني بهذه البينة ، فقد دفعنا بينة الخارج في دعوى النتاج ببينة ذي اليد وذلك جائز .

وإن لم يعد المقضي له البينة حتى قضى القاضي بالشاة للثاني ثم أعاد المقضي له البينة على النتاج ذكر في كتاب «الأقضية» هذا الفصل في العبد ، وقال : لا ينقض القضاء عليه ، وأشار إلى المعنى ، فقال : لأنه إنما صار صاحب يد بحكم القضاء الأول ، وقد انتقض ذلك اليد بالقضاء الثاني ، وصار المقضي له الثاني ذا اليد ، فكانت بينته أولى بالقبول .

وذكر في «الأصل» : أن القاضي ينقض القضاء على الثاني ، ويقضي للمقضي للأول ، وهو الصحيح .

فرق بين هذا وبينما إذا وقع دعوى الملك المطلق ، وأقام الخارج البينة على ذلك دون ذي اليد ، وقضى القاضي للخارج على ذي اليد ، ثم أراد ذو اليد أن يقيم البينة أن الملك له ، فإن هناك القاضي لا يقبل بينة ذي اليد .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : فح .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة (ك) و (هـ) و (ب) .

والفرق أن في دعوى النتاج ذو اليد لا يصير مقضياً عليه بالقضاء للخارج ؛ لأن التملك بالنتاج لا يكون تملكاً على أحد ؛ لأنه بعدما ثبت الملك بالنتاج لشخص لا يتصور أن يصير لغيره بالنتاج ؛ لأن النتاج مما لا يتكرر ، فلا يمكننا أن نجعل ما يستحقه الخارج من الملك استحقاقاً على ذي اليد ، بل يكون بياناً أنه كان له من الأصل ، لا أنه[١] صار لذي اليد ثم صار للخارج ، [أما في دعوى الملك المطلق ، ذو اليد يصير مقضياً عليه بالقضاء للخارج][٢] من وجه ، لأن دعوى الملك المطلق يحتمل دعوى التمليك على ذي اليد فلهذا افترقا .

ومن هذا الجنس ذكر في «المنتقى» : عبد في يدي بخاري مثلاً أقام عليه سمرقندي البينة أنه عبده ، ولد في ملكه ، وأقام البخاري بينة بمثل ذلك ، وقضى القاضي بالعبد للبخاري وأبطل بينة السمرقندي ، ثم حضر خجندي[٣] فأقام البينة على البخاري أنه عبده ولد في ملكه ، [فإنه يستحقه ببينته ، إلا أن يعيد البخاري البينة على الخجندي أنه عبده ولد في ملكه][٤] ، ولم يكتف بالبينة الأولى ، فإن لم يقدر البخاري على إعادة البينة وقضى القاضي بالعبد للخجندي ، ثم أحضر البخاري بينة أن العبد عبده ولد في ملكه قضى للبخاري ، وإن لم يعد البخاري بينة[٥] ، ولكنه حضر أوسي وأقام بينة أنه عبده ولد في ملكه ، فإن القاضي يقول للخجندي : أعد بينتك على أنه عبدك ولد في ملكك بمحضر من الأوسي ، فإن أحضرها كان هو أحق بالعبد من الأوسي ، فإن حضر السمرقندي وهو المدعي الأول وأقام بينة أنه عبده ولد في ملكه ، لم تقبل بينته ؛ لأنه قد قضى عليه به مرة ، فلا تقبل بينته على أحد بعد ذلك .

---

(١) في (م) و (ب) : لأنه .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) نسبة إلى بلدة مشهورة بها وراء النهر على شاطئ سيحون ، بينها وبين سمرقند عشرة أيام .
« معجم البلدان » لياقوت ٢ : ٣٤٧ .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) في (هـ) : ببينته .

ثمة قال[١] : وهذا قول أبي يوسف ومحمد وهو قياس قول أبي حنيفة .

ومن هذا الجنس ذكر في «المنتقى» أيضاً عن محمد[٢] : رجل في يديه عبد أقام رجل بينة أنه عبده ولد في ملكه ، وأقام رجل آخر بينة بمثل ذلك ، وقضى القاضي بالعبد بينهما نصفين لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى ، ثم جاء ثالث وأقام بينة بمثل ذلك يقضي بالعبد له إن لم يعد المقضي لهما بينة أنه عبدهما ولد في ملكهما ، فإن أعاد ذلك أحدهما دون الآخر قضى بالنصف الذي في يدي الذي أعاد بينته له ، ولم يقبل فيه بينة الثالث ، ويقضى للثالث على المقضي له الآخر الذي لم يعد البينة بالنصف الذي في يديه ، ولا شركة فيه مع الثالث للذي أعاد بينته ؛ لأن القاضي حين قضى أول مرة بالعبد بين المقضي لهما فقد قضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصفه ، فلا يقبل من كل واحد منهما بينة بعد ذلك على ما قضى به لصاحبه ، فإن وجد المقضي عليه الأول وهو الذي كان العبد في يديه بينة أن العبد ملكه ولد في ملكه [وأقامها][٣] عند القاضي قضى القاضي بالعبد له ؛ لأنه لو أقام يومئذ بينة على ذلك كان هو أولى ، فكذلك إذا أقام بينة بعد ذلك .

ومما يتصل بهذا الفصل[٤] أيضا ما ذكر في «الأصل»[٥] : أمة في يدي رجل أقام رجل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له بها على هذا الرجل الذي هو في يديه ، وأقام ذو اليد بينة أنها أمته ولدت في ملكه ، فهذه المسألة على وجوه :

الأول : أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا قضى لهذا المدعي بشهادة شهود شهدوا عنده أنه اشتراها من ذي اليد ، أو وهبها ذو اليد له أو تصدق بها ذو اليد عليه ، وفي هذا الوجه القاضي يمضي قضاء ذلك القاضي ويدفعها إلى المدعي .

---

(١) في (ك) : قال ثمة .

(٢) في (ك) : عن محمد أيضًا .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وفي (ب) : أنها .

(٤) في هامش (هـ) : النوع . وكتب فوقها : نسخة .

(٥) «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٨١ .

الوجه الثاني : أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا قضى بها لهذا المدعي ولم يبينوا سبب القضاء ، وفي هذا الوجه القاضي يمضي ذلك القضاء أيضاً ويدفعها إلى المدعي ، لأن ذلك القضاء قد صح ظاهراً ، ومن الجائز أن يكون القاضي إنما قضى بشهادة شهود شهدوا عنده أن المدعي اشتراها من ذي اليد ، أو وهبها ذو اليد ، أو تصدق بها عليه ، وعلى هذا التقدير بينة ذي اليد على الولادة في ملكه لا تبطل ذلك القضاء بل يقرره .

الوجه الثالث : أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا قضى بها لهذا المدعي بشهادة شهود شهدوا عنده أنها [له أو بشهادة شهود شهدوا أنها][1] نتجت عنده ، وفي هذا الوجه القاضي يمضي ذلك القضاء أيضاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد ينقضه .

وجه قول محمد : أن صاحب اليد لو أقام البينة على النتاج عند القاضي بعدما قضى القاضي الأول للمدعي بالنتاج أو بالملك المطلق ، نقض[2] القاضي الأول قضاءه للمدعي وقضى بها لصاحب اليد ؛ لما ذكرنا أن بينة ذي اليد على النتاج أولى من بينة المدعي على النتاج ، وعلى مطلق الملك ، فتبين أن قضاء القاضي ببينة الخارج وقع خطأ ، والخطأ مردود .

فإن[3] أقام ذو اليد بينة عند القاضي الثاني يجب أن يرد الثاني قضاء الأول ؛ لأن المعنى الموجب للرد ، وهو خطأ القاضي الأول [وقضاؤه[4] لا يتفاوت .

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن قضاء القاضي الأول][5] نفذ من حيث الظاهر ، فليس للثاني أن يبطله ، مع الاحتمال كما لو بينوا سبب القضاء .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ك) : يقضي .

(٣) في (هـ) و (ب) : فإذا .

(٤) في (م) و (ك) : في قضائه .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

بيان الاحتمال من وجهين : أحدهما : أما[١] إذا شهدوا أنه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له ؛ لأنه يحتمل بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له اشتراها من ذي اليد ، وأما إذا شهدوا أنه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده أنها نتجت عنده ؛ لأنه يحتمل أن هؤلاء الشهود عاينوا شهادة الشهود عند القاضي بالنتاج ، ثم عاينوا قضاء القاضي بعد ذلك للمدعي بزمان ، فشهدوا كما عاينوا وقد تخلل بينهما شراء أو إقرار من جهة ذي اليد بالشراء علم القاضي بذلك أو لم يعلم الشهود ، وقضى القاضي بالذي عاين من الشراء ، ولم يعلم الشهود بذلك ، فهذا الاحتمال ثابت .

الوجه الثاني لبيان[٢] الاحتمال : يحتمل أن ذا اليد أقام هذه البينة عند ذلك القاضي ، ولاح اجتهاد ذلك القاضي على ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد كما هو مذهب ابن أبي ليلى[٣] ، فإن مذهبه أن الخارج

---

(١) في (ب) : ما .

(٢) في (م) : شأن . وسقط من (ب) ، والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) عبد الرحمن بن أبي ليلى الإمام العلامة الحافظ ، أبو عيسى الأنصاري الكوفي ، الفقيه ، ويقال : أبو محمد ، من أبناء الأنصار ، ولد في خلافة الصديق أو قبل ذلك .

وحدث عن عمر ، وعلي ، وأبي ذر ، وابن مسعود ، وغيرهم .

حدث عنه : عمرو بن مرة ، والحكم بن عتيبة ، وحصين بن عبد الرحمن ، وعبد الملك بن عمير ، والأعمش ، وطائفة سواهم .

وقيل : إنه قرأ القرآن على علي .

قال محمد بن سيرين : جلست إلى عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وأصحابه يعظمونه كأنه أمير .

وقال ثابت البناني : كنا إذا قعدنا إلى عبد الرحمن بن أبي ليلى ، قال لرجل : اقرأ القرآن ، فإنه يدلني على ما تريدون ، نزلت هذه الآية في كذا ، وهذه الآية في كذا .

وعن عبد الله بن الحارث ، أنه اجتمع بابن أبي ليلى فقال : ما شعرت أن النساء ولدن مثل هذا .

ويذكر أن الحجاج استعمل عبد الرحمن بن أبي ليلى على القضاء ثم عزله ، ثم ضربه ليسب أبا تراب ﷺ ، وكان قد شهد النهروان مع علي .

وقال شعبة بن الحجاج : قدم عبد الله بن شداد بن الهاد ، وابن أبي ليلى فاقتحم بهما فرسهما الفرات فذهبا - يعني غرقا - .

ويقال : قتل ابن أبي ليلى بوقعة الجماجم ، يعني سنة ٨٢ ، أو ٨٣ .

انظر : «سير أعلام النبلاء» ٤ : ٢٦٢ .

إذا أقام البينة على النتاج أو على مطلق الملك ، وأقام ذو اليد البينة على النتاج فبينة ذي اليد أولى ، وعلى هذا التقدير فيكون قضاء الأول نافذاً لازماً ، بحيث لا يجوز لغيره نقضه لحصوله في محل مجتهد فيه .

الوجه الرابع : أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا أقر عندنا أنه قضى للمدعي بهذه الجارية ، بشهادة شهود شهدوا عنده أنها [له أو شهادة شهود شهدوا أنها][1] نتجت عنده ، وفي هذا الوجه ذكر شيخ الإسلام رحمه الله : أن القاضي الثاني ينقض ذلك القضاء بالإجماع ، وعلى ما عليه إشارات شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ، فالمسألة على الاختلاف الذي ذكرنا .

ومن جنس هذه المسألة وإن لم يكن من جنس مسائل هذا النوع ، وإذا كانت الجارية في يدي رجل أقام رجل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له بها [على ذي اليد هذا ، ولم يبينوا سبب القضاء ، وأقام رجل آخر بينة على النتاج ، فصاحب القضاء أولى .

وإن أقام الأول بينة أن قاضي بلد كذا قضى له بها][2] بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له ، وأقام الأخر بينة على النتاج ، فصاحب القضاء أولى عندهما ، وعند محمد صاحب النتاج أولى لما قلنا .

نوع آخر من هذا الفصل في دعوى الخارجين [النتاج][3] :

إذا ادعى الرجلان دابة في يدي رجل ؛ كل واحد [منهما][4] يدعي أنها ملكه نتجت عنده ، وأقام[5] البينة ، فإن لم يؤرخا قضى بينهما ، وإن أرخا تاريخًا

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) في (هـ) : أقاما .

على السواء ينظر إلى سن الدابة ، إن كان مشكلاً أو كان موافقاً للوقت الذي ذكرا يقضى بينهما ، وإن كان مخالفاً للوقت الذي ذكرا ، لم يذكر محمد هذا الفصل في «الأصل» .

قال بعض[١] المشايخ : [الصحيح][٢] أنه تتهاتر البينتان ، وتترك الدابة في يد صاحب اليد .

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق قضي لصاحب الوقت الذي قضى سن الدابة عليه .

وإن كان سن الدابة مشكلاً قضى بينهما ، فقد ألغى التاريخ في دعوى النتاج ، واعتبره في دعوى الملك المطلق ؛ لأن التاريخ إنما يعتبر ترجيحاً ؛ لأن السابق ببينته يثبت زيادة استحقاق على صاحبه ، وهو متصور في دعوى الملك المطلق ؛ لأن في دعوى الملك المطلق يتصور أصل الاستحقاق لأحدهما على صاحبه بدون التاريخ ، فيتصور زيادة الاستحقاق بزيادة التاريخ .

وإن كان سن الدابة على غير الوقتين ، ذكر في «الأصل» : أنه يقضي بينهما وإليه ذهب بعض المشايخ ، منهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وعامة المشايخ إنما ذكره[٣] في «الكتاب» غلط ، والصحيح أنها تهاترت البينتان ، [وهكذا ذكر القدوري في «كتابه»[٤]][٥] .

ومسألة العبد التي ذكرها محمد في آخر [باب][٦] دعوى النتاج ، وقد تقدم ذكرها في أول النوع الأول ، يشهد لعامة المشايخ من[٧] هذا الفصل .

---

(١) في (هـ) و (ب) : عامة .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) : وعامة المشايخ على أن ما ذكره .

(٤) «شرح مختصر الكرخي» لأن المؤلف ينقل عنه كما تقدم في هذا الفصل ، ولأن النص غير موجود في «مختصره» المسمى «الكتاب» .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة (ك) و (هـ) .

(٧) في (ك) : في .

وروى بشر عن أبي يوسف مسألة الدابة ، وذكر [في غير هذه الصورة : أنها تتهاتر البينتان ، وذكر في هذه الرواية زيادة فقال : إذا علم أن سن الدابة مخالف لأحد الوقتين ، وهو مشكل في الوقت الآخر ، قضى بالدابة][1] لهذا الوقت الذي أشكل من الدابة عليه .

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً قضى بينهما . انتهى .

نوع آخر من هذا الفصل [في دعوى صاحبي اليد النتاج][2] :

دابة في يدي رجلين يدعي كل واحد منهما أنها دابته نتجت عنده ، ويقيم البينة على ما يدعي ، فإن لم يؤرخا يقضي لكل واحد منهما بالنصف ، ولكن إنما يقضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يديه أنه[3] اجتمع في كل نصف بينة ذي اليد ، وبينة الخارج في دعوى النتاج .

وإن أرخا وتاريخهما على السواء ينظر إلى سن الدابة ، فإن كان مشكلاً أو كان موافقاً للوقت الذي ذكرا يقضي بالدابة بينهما ، وإن كان مخالفًا للوقت الذي ذكرا تهاترت البينتان عند عامة المشايخ ، ويترك الدابة في أيديهما كما كانت قبل هذا .

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً يترك الدابة في أيديهما [كما كانت . انتهى][4] .

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

ادعى [رجل][5] جارية في يد إنسان أنها ملكه ، [ولدت في ملكه][6] من الأمة التي في يديه ، [وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة أنها ملكه

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (هـ) : لأنه .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٦) زيادة من (ك) و (هـ) .

ولدت في ملكه من الأمة التي في يديه][1] ، قضى بالجارية لصاحب اليد ؛ لأن الولادة في بني آدم كالنتاج في البهائم[2] .

ولو أقام المدعي بينة على أمها التي هي عند المدعى عليه أنها أمته ، وأنها ولدت هذا الولد في ملكه ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بها وابنها[3] للمدعي ؛ لأن أصل الدعوى في الأم [ودعواهما في الأم][4] دعوى مطلق الملك إذا لم يكن[5] للملك في الأم سبباً ، وفي دعوى مطلق الملك الخارج أولى ، وإذا صار الخارج في الأم أولى كان في الولد أولى[6] إذ ظهر أن ولادة هذا الولد كان في ملك الخارج .

قال محمد رحمه الله في «الأصل» عقيب هذه المسألة[7] : وكذلك الاختلاف في الصوف والشاة على هذا ، يريد به إذا وقع الدعوى في صوف ، فأقام الخارج أنه صوفه ، جزه من شاته هذه التي في يديه [وأقام صاحب اليد بينة أنه صوف جزه من شاته الأخرى التي في يديه][8] قضى بالصوف لذي اليد .

ولو أقام المدعي بينة على الشاة التي هي في يد المدعى عليه أنها شاته ، وأنه جز هذا الصوف في ملكه منها ، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك قضى بالشاة والصوف للمدعي لما ذكرنا في الجارية والولد . انتهى .

عبد في يدي رجل جاء رجل وادعى أنه عبده ولد من أمته هذه ومن عبده هذا ، وأقام [على ذلك][9] بينة [وأقام صاحب اليد بينة][10] بمثل ذلك قضى

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٧١ .

(٣) في (ب) : أمتها .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ب) .

(٥) في (هـ) : يذكر .

(٦) في (هـ) : وإذا صار الخارج أولى في الأم كان أولى في الولد .

(٧) المسألة في «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٧١ .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٩) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(١٠) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

بالعبد لصاحب اليد ، [ويكون ابن أمته وعبده ، ولا يكون ابن أمة الآخر ولا ابن عبده[١] فقد قضى بالعبد لصاحب اليد][٢] في الملك والنسب جميعًا ، أما في الملك فظاهر ، وأما في النسب فلأنهما تنازعا في سبب هو بمعنى النتاج ؛ لأن سبب النسب الولادة ، وأحدهما صاحب اليد وهناك يقضي لصاحب اليد ، كذا ههنا .

عبد في يدي رجل[٣] أقام رجل بينة أنه عبده ولد في ملكه ، ولم يسمِّ أمه ، وأقام رجل بينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه ، فإنه يقضي بالعبد للذي أمه في يده ؛ لأنهما ادعيا النتاج في الولد ولا يد لأحدهما على الولد ولا لأحدهما[٤] يد على الأم ، فيترجح الذي له يد على الأم ، كما يترجح لو كان له يد على الولد ، وهذا لأن الولد لا بد له من الأم ، والولد لا يتصور بدونها ، وإذا جاز أن يترجح أحدهما على الولد بسبب اليد على الولد ، فكذا جاز أن يترجح أحدهما في الولد بسبب الولد على الأم ، فإذا أقام صاحب اليد بينة أنه عبده ، ولد في ملكه من أمته هذه ، عنى أمة أخرى ، قضى به لذي اليد ؛ لأن لذي اليد يدًا على الولد والأم جميعًا ، فيكون هو أولى ممن لا يد له عليها ، وممن لا يد له على الأم دون الولد . انتهى .

رجل في يديه شاة سوداء[٥] ، ورجل آخر في يديه شاة بيضاء ، فأقام الذي البيضاء في يده أن السوداء التي في يدي صاحبي ملكي ولدت في ملكي من هذه[٦] [البيضاء ، وأقام الذي السوداء في يده أن البيضاء التي في يدي صاحبي

---

(١) في (ب) : عبده .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) المسألة في «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٧١ و ٧٢ .

(٤) في (ك) و (هـ) : ولأحدهما .

(٥) المسألة في «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ٨٠ بالمعنى .

(٦) في (ب) : من هذه السوداء التي في يدي صاحبي ملكي .

ملكي ، ولدت في ملكي من هذه السوداء[١]][٢] ، فإنه يقضي لكل واحد منهما ما في يدي صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الملك فيما في يده ، وادعى النتاج فيما في يد صاحبه ، [ففيما][٣] في يد كل واحد منهما اجتمع دعوى النتاج[٤] ودعوى الملك المطلق ، فيكون الحكم لدعوى النتاج ، هكذا ذكر محمد رحمه الله ، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلاً[٥] ، فكل واحدة منهما يصلح أماً للأخرى بمرأى العين ، وأما إذا كانت معلومة ، وأحدهما يصلح أماً للأخرى والأخرى لا تصلح أماً لهذه ، كانت علامة الصدق ظاهر في شهادة شهود أحدهما فيقضي بشهادة شهوده .

وعن أبي يوسف رحمه الله فيما إذا كان سن الشاتين مشكلاً أني لا أقبل بينتهما ، ويقضي لكل واحد منهما بالشاة التي في يده ، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق ، ثم إذا كان سن الشاتين مشكلة وكل واحد يصلح أماً للأخرى ، إنما قبلت الشهادتان ، وإن تقين القاضي بكذب إحدى البينتين ؛ لأنه وجد لكل فريق محملاً يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين ولادة أحدهما الأخرى ، فكبرت الابنة وولدت ونزل لها لبن ، وأمها لم تترك عادتها في الارتضاع ، [فأتبعت][٦] ولدها وارتضعت منها فعاين الفريق الآخر ذلك .

ولو أقام الذي البيضاء في يده أن البيضاء شاتي ، ولدت في ملكي ، والسوداء التي في يد صاحبي شاتي ولدت من هذه البيضاء ، وأقام الذي السوداء [في يده أن السوداء شاتي ، ولدت في ملكي ، والبيضاء التي في يد

---

(١) تكرر هنا في (م) : التي في يدي صاحبي ملكي .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) في (ك) و (هـ) : مشكلة .

(٦) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

صاحبي ملكي ولدت من هذه السوداء][1] ، فإنه يقضي لكل واحد منهما بما في يده ؛ لأن في هذه المسألة كل واحد منهما ادعى النتاج في الشاتين ، فاجتمع في كل شاة بينة ذي اليد مع بينة ذي الخارج في النتاج ، فيقضي لصاحب اليد ببينته .

عبد في يدي رجل ، ادعى رجل أنه عبده اشتراه من فلان ، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه ، فأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبده اشتراه من فلان ، يريد به رجلاً آخر ، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضى به لذي اليد ؛ لأن كل واحد منهما ببينته يثبت أولية الملك بملكه[2] بالولادة ، ثم يثبت الانتقال لنفسه ، فكأن المملكين حضرا وادعيا ذلك ، وأحدهما صاحب يد ، وهناك يقضي لصاحب اليد كذا ههنا . والله أعلم بالصواب .

❊ ❊ ❊

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (هـ) : لمملكه .

الفصل الثالث عشر

فيما هو في معنى النتاج

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : وإذا ادعت امرأة غزل قطن في يد امرأة أخرى أنه مِلْكَهَا غَزَلته ، وأقامت على ذلك بينة ، وأقامت صاحبة اليد بينة على مثل ذلك ، قُضِيَ بالغزل لصاحبة اليد ؛ لأنه بمعنى دعوى النتاج .

[بيانه : أن كل واحدة منهما ادعت سبب الملك لنفسها في العين المدعى به وهو الغزل][1] ؛ لأن الغزل سبب ملك[2] ، فإن من غصب من آخر قطناً وغزل القطن ملكه لا يعاد ولا يكرر ، فكان بمنزلة دعوى النتاج من هذا الوجه فيقضى ببينة صاحب[3] اليد كما في دعوى النتاج .

وكذلك لو ادعى صوفاً في يدي رجل أنه صوفه جزَّه من غنمه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضي به لصاحب اليد[4] ؛ لأنه بمنزلة دعوى النتاج ؛ لأن الجزَّ في مجزوز واحد مما لا يتكرر ، وكذلك إذا ادعى سمناً أو زيتاً أو دهن سمسم في يدي رجل أنه له عصره وسلاه[5] ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى لصاحب اليد[6] ؛ لأن هذا مما لا يثنى ولا يتكرر ، فيكون بمعنى دعوى النتاج ، وكذلك الدقيق والسويق على هذا .

والولادة في بني آدم بمنزلة النتاج في البهائم ، حتى إذا تنازع اثنان في غلام ، كل واحد منهما يدعي أن الغلام ملكه ولد في ملكه ، والغلام في يد أحدهما ، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه ، قضى ببينة صاحب اليد .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : ذلك .

(٣) سقط من (هـ) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٥ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٥) أي استخرج دهنه . كما في « المعجم الوسيط » ٢: ٤٦٦ .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٥ نقلاً عن « المحيط » .

والنسب بمعنى النتاج ، حتى لو ادعى رجلان نسب ولد الولد في يد أحدهما ، وأقام كل واحد منهما بينة [على دعواه قضى ببينة صاحب[١] اليد ، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وإذا تنازع اثنان في غزل صوف ، والغزل في يد أحدهما ، فأقام كل واحد منهما بينة][٢] أنه ملكه غزله ، قضى بالغزل للخارج ؛ لأنه بمعنى دعوى ملك[٣] المطلق ؛ [لأنه يثني ويكرر ، وإذا وقع الدعوى في حليٍّ مصوغ فهو بمنزلة دعوى ملك[٤] المطلق][٥] ؛ لأن الصياغة مما يتكرر .

إذا كانت الدار في يدي رجل ، أقام رجل آخر بينة أنها دار جده ، اختطها وساق[٦] الميراث حتى انتهى إليه ، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك ، فإنه يقضي بالدار للمدعي[٧] ؛ لأن كل واحد منهما ادعى أولية الملك بالاختطاط[٨] ، [والاختطاط[٩] مما يتكرر][١٠] ؛ لأن الاختطاط[١١] قسمة الإمام عند الفتح يخط لكل واحد من الغانمين خطّاً في موضع معلوم ، ويملكه ذلك بالقسمة ، فيكون خط له ، وهذا قد يكون غير مرة ، بأن يرتد أهلها ، وتصير الدار محكومة بأنها دار الشرك[١٢] لوجود شرائطها ، ثم يظهر عليها المسلمون ثانياً ، فيقسمها الإمام بالخط لكل واحد منهما كما بيّنا .

---

(١) من قوله : « وأقام كل واحد منهما » إلى هنا سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (م) : الملك .

(٤) في (م) : الملك .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) غير واضحة في (م) ، والمثبت من (هـ) ، وفي (ب) : باقي .

(٧) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٥ نقلاً عن « المحيط » .

(٨) في (ب) : بالاختلاط .

(٩) في (ب) : الاختلاط .

(١٠) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(١١) في (ب) : الاختلاط .

(١٢) في (ب) : الشركة .

أرض في يدي رجل وفيها نخيل[١] ، ادعى رجل أن هذه الأرض وهذه النخيل له غرسها ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى بالأرض والنخيل للمدعي ؛ لأن أصل المنازعة في ملك الأرض ، فإن النخيل بمنزلة التبع للأرض حتى يدخل في بيع الأرض من غير ذكر ، ودعواهما في الأرض دعوى مطلق الملك ، وأنهما لم يذكرا لملك الأرض سبباً ، فكذا النخيل يكون دعواهما دعوى مطلق الملك بطريق التبعية ؛ لأن غراسة النخيل مما يتكرر ، فإن النخيل يغرس ثم يقلع ويغرس ثانياً ، فيكون [دعوى][٢] الأشجار بمنزلة دعوى الملك المطلق[٣] .

وكذلك لو كان في الأرض زرع ، وأقام كل واحد بينة أن الأرض له والزرع له زرعه ، قضى للأرض والزرع للخارج لما ذكرنا[٤] .

وإذا ادعى حنطة في يدي رجل أنها له زرعها في أرضه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك ، قضى للخارج ؛ لأنها بمنزلة دعوى مطلق الملك .

بيانه : أن حاصل اختلافهما إلى أن أصل زرع[٥] هذه الحنطة التي وقع فيها النزاع الخارج ، أو صاحب اليد وزراعة أصل هذه الحنطة مما يتكرر ، بأن يزرع ذو اليد أصل هذه الحنطة ، ثم يغربل الخارج الأرض ، ويجمع الحنطة ، ويزرعها مرة أخرى .

وإذا ادعى داراً في يدي رجل أنها داره ، وأنه بنى هذا البناء من ماله ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك ، قضى[٦] بالدار والبناء للخارج ؛ لأن البناء قد يكون مرة بعد مرة .

---

(١) المسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٠ .

(٢) زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (ك) : مطلق الملك .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن « المحيط » .

(٥) في (ك) و (هـ) : زارع الأصل .

(٦) في (ب) : قضى للخارج لأنها بمنزلة الدار والبناء للخارج .

وإذا ادعى قباء محشواً في يدي رجل أنه قطعه في ملكه وحشاه وخاطه ، وادعى صاحب اليد مثل ذلك ، وأقاما البينة ، قضى ببينة الخارج ، وهذا بمنزلة دعوى الملك المطلق ؛ لأن القطع والحشو والخياطة مما يثنى ويكرر ، وكذلك الجبة المحشوة وكل ما يقطع من الثياب على هذا[١] .

وإذا[٢] كانت الشاة المسلوخة في يدي رجل ، ادعاها رجل آخر أنها له ذبحها وسلخها ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى بها للخارج[٣] ؛ لأن الذبح والسلخ ليسا بسبب ملك ، ألا ترى أن الغاصب لا يملك به ، وإذا لم يكن هذا سبب ملك صار ذكره وعدمه بمنزلة ، وكأنهما ادعيا ملكاً مطلقاً ، وادعيا أحداث تصرف في ملكهما .

وكذلك إذا ادعيا لحماً مشوياً ، أو سمكاً مشوياً في يدي رجل أنه لو شواه في ملكه ، وادعى صاحب اليد بمثل ذلك ، وأقاما البينة قضى للخارج[٤] .

[أما على ما رواه هشام عن محمد أن من غصب من آخر لحماً شواه لا ينقطع حق المالك ، فالشيء ليس بسبب ملك ، وصار ذكره والعدم وعلى ما ذكره في ظاهر الرواية أن حق المالك ينقطع بالشيء][٥] ؛ لأن الشي وإن كان سبب ملك [فهو (يثنى)[٦] ويكرر ، والسلخ إن كان لا يثنى فهو ليس سبب ملك][٧] .

وكذلك إذا وقع الدعوى في المصحف ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، كتبه في ملكه ، قضى للخارج[٨] .

---

(١) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٤ .

(٢) في (ك) : وكذلك إذا .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) ما بين قوسين زيادة من (هـ) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

[وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الغصب أن من غصب كاغدة[١] وكتب عليها ينقطع حق المالك عنها .

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السُّغْدي أنه لا ينقطع حق المالك عنها عند بعض المشايخ ، وعند بعضهم ينقطع .

وقال رحمه الله : والصحيح أنه ينقطع ، فعلى قول من قال : لا ينقطع ، لم يدع كل واحد منهما بسبب ملك ، فصار ذكره ولا ذكره سواء .

وعلى قول من قال : ينقطع حق المالك إن ادعيا سبب ملك إلا أنه[٢] يثنى ويتكرر][٣] .

ولو ادعى ثوباً في يدي رجل أنه ملكه نسجه هو ، [وأقام عليه البينة][٤] ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، أو ادعى نصل[٥] سيف في يدي رجل أنه سيفه ضربه ، وأقام عليه البينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، فهذه المسألة على وجوه :

[إن كان يعلم قطعاً (ويقيناً)[٦] أن هذا الثوب ، وأن هذا النصل ، لا ينسج ولا يضرب إلا مرة واحدة ، قضى ببينة صاحب اليد كما في دعوى النتاج][٧] .

وإن كان يعلم قطعاً ويقيناً أن هذا الثوب وهذا النصل ينسج ، ويضرب مرة بعد مرة أخرى ، فإنه يقضي ببينة الخارج ، وهو بمنزلة دعوى الملك المطلق ؛ لأنه في الفصل الأول ادعى أولية الملك بسبب لا يحتمل التملك على ذي اليد بذلك السبب ؛ لأن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذي اليد [بنسجه[٨] لا يتصور][٩] أن يصير للخارج بنسجه ، فيكون في معنى دعوى النتاج .

---

(١) الكاغد : القرطاس . فارسي معرب . « المعجم الوسيط » ٢: ٨٢٦ .

(٢) غير واضحة في (هـ) ، وما أثبت أقرب لرسمها .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) النصل : حد السيف ، كما في « المعجم الوسيط » ٢: ٩٦٧ .

(٦) ما بين قوسين زيادة من (هـ) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٩) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

وفي الفصل الثاني ادعى أولية الملك بسبب يحتمل التملك على ذي اليد به ؛ لأن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ، ثم ينسجه[١] الخارج منه وينقضه وينسجه مرة أخرى ، فيصير ملكاً له بهذا السبب ، بعدما كان لذي اليد ، وكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه ، وإن أشكل على القاضي ذلك سأل أهل العلم عن ذلك - يريد به العدول منهم - ويبنى الحكم على قولهم ، الواحد منهم يكفي ، والاثنان أحوط[٢] .

وإن اختلف أهل العلم بذلك فيما بينهم حتى بقي مشكلاً ، ففيه روايتان : رواية يقضي للخارج كما في دعوى الملك المطلق .

وإذا وقع الدعوى في كوز ، أو طست من صفر ، أو إناء من حديد ، أو صفر ، أو شبه ذلك ، وادعى كل واحد أنه له ، صنعه في ملكه ، فهذا ومسألة السيف التي ذكرناها على السواء .

وإذا كان في يدي رجل حمام ، أو دجاج ، أو طير مما يفرخ ، أقام رجل بينة أنه له فرخ في ملكه ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى لصاحب اليد ؛ لأن التفريخ في الطيور بمنزلة النتاج في الدواب[٣] .

وإذا ادعى لَبِناً في يدي رجل أنه له ضربه في ملكه ، وأقام عليه البينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى للخارج ؛ لأنه مما يعاد ويكرر ، فكان بمنزلة دعوى الملك المطلق ، حتى لو كان مكان اللَّبِن آجراً ، أو جصّاً ، أو نَوْرَة يقضي به لصاحب اليد ؛ لأنه لا يعاد ولا يكرر ، وكان بمنزلة دعوى النتاج[٤] .

---

(١) في (هـ) : يغتصبه .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٥ نقلاً عن « المحيط » .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن « المحيط » ، و « حاشية ابن عابدين » ١٢ : ٤٦ .

وإذا اختلفا في جبن ، وأقام كل واحد منهما أنه له ، صنعه في ملكه ، قضى لصاحب اليد ؛ لأنه بمنزلة دعوى النتاج ؛ لأنه مما لا يعاد ولا يكرر[١] .

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن كان له ، يقضي للخارج ؛ لأن أصل المنازعة في اللبن ، وبينة كل واحد منهما في اللبن قامت على الملك المطلق[٢] .

[ولو أقام كل واحد منهما البينة أن اللَّبَن حلب من شاته وفي ملكه ، وصنع منه الجبن ، فإنه يقضي بالجبن لذي اليد ؛ لأن الحلب في اللبن لا يتكرر ، فكان بمعنى دعوى النتاج][٣] .

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ولدت من شاته ، قضى بالجبن لذي اليد ؛ لأن كل من البينتين قامت على النتاج في الشاة التي وقعت المنازعة فيها .

وإذا كانت شاة مسلوخة في يدي رجل ، وسقطها وجلدها ورأسها في يد آخر ، فأقام الذي الشاة في يديه أن الشاة والجلد والرأس والسَّقَط[٤] [له][٥] ، وأقام الذي في يديه الرأس بمثل[٦] ذلك ، قضى لكل واحد[٧] منهما بما في يد صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما ادعى ملكاً مطلقاً فيما في يده ، وفيما في يد صاحبه ، [وكل واحد منهما خارج فيما في يد صاحبه][٨] ، وبينة الخارج في دعوى الملك المطلق أولى[٩] .

---

(١) « بدائع الصنائع » ٨ : ٤٤٧ .

(٢) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٨ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) ، والمسألة في الفتاوى الهندية ٤ : ٨٥ .

(٤) سقط من (ب) ، والسَّقَط : الرديء الحقير من المتاع والطعام ومنه يقال لأحشاء الذبيحة كالكرش والمصران : سَقَط « المعجم الوسيط » ٢ : ٤٦١ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) في (ب) : مثل .

(٧) سقط من (ب) .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٩) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٩ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ .

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التي هذا رأسها وهذا سقطها نتجت عنده في ملكه ، وأنه ذبحها وسلخها وهذا[١] جلدها ورأسها وسقطها ، يقضي بالكل للذي الشاة في يديه ؛ لأنهما أثبتا النتاج في ملك الشاة ، وأحدهما ذو اليد ، فيكون ذو اليد أولى بها ، وإذا صار ذو اليد [أولى بالشاة صار][٢] أولى بالجلد والرأس والسقط ؛ لكون هذه الأشياء تابعة للشاة ، فقد جعل السقط أصلاً في دعوى الملك المطلق على ما مر ، وجعله تبعاً في دعوى النتاج ، فكان ذلك من باب العمل بالشبهين ؛ لأن السقط أصل من وجه فعمل بالشبهين[٣] فجعل أصلاً في دعوى الملك المطلق تبعاً[٤] في دعوى النتاج[٥] .

قال في « المنتقى » : والصوف ، وورق الشجر ، وثمرة الشجر بمنزلة النتاج . وغصن الشجر ، والحنطة ليس بمنزلة النتاج ، حتى لو أقام المدعي بينة أن هذا الصوف صوف شاته ، وهذه الثمرة وهذا الورق من شجره ، وهذا الغصن من نخله ، وهذه الحنطة من حنطة بَذَرَها في أرضه ، وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك ، ففي الغصن والحنطة يُقضى للمدعي ، وفي الصوف والثمر والورق يُقضى لصاحب اليد[٦] .

ومما يتصل بهذا الفصل :

إذا أقام الرجل بينة على ثوب في يدي رجل أنه نسجه ، ولم يشهدوا أنه له ، أو ادعى دابة في يدي رجل أنها نتجت عنده ، ولم يشهدوا أنها له ، أو ادعى أمة في يدي رجل أنها ولدت عنده ، ولم يشهدوا أنها أمته ، [فإنه لا يقضي للمدعي][٧]

---

(١) في (هـ) و (ب) : وله .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) زيادة : لأن السقط أصل من وجه .

(٤) في (ك) : وجعله تبعاً .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٩ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن « المبسوط » .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٦ نقلاً عن « المحيط » .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

في هذه المسائل ؛ لأن شهوده لم يشهدوا بالملك له لا نصاً ، وأنه ظاهر ، ولا مقتضى شهادتهم بالولادة والنسج ؛ لأن الإنسان قد ينسج غزل غيره بأمره بإجراء أو إعانة ، وقد تلد أمة[١] الإنسان عند غيره .

وكذلك في فصل الأمة ، إذا شهدوا أنها ابنة أمة المدعي لا يقضى بها للمدعي ؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك للمدعي فيها ، لا نصاً ، وإنه ظاهر ، ولا مقتضى شهادة أنها ابنة أمته ، وليس من ضرورة كونها ابنة أمته أن تكون ملكاً له ، فإن المولى إذا استولد أمة نفسه وولدت بنتاً ، فهذه ابنة أمته ، وليست بمملوكة له[٢] .

وكذلك الأمة إن زوجت نفسها بغير إذن مولاها على أنها حرة ، فولدت بنتاً ، فهذه ابنة أمة هذا الرجل ، ليست بمملوكة له][٣] .

وكذلك الرجل إذا باع ابنة أمته من إنسان ، فهذه ابنة أمة البائع بعد البيع ، وليست بمملوكة له .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا شهد الشهود أن هذا العبد ولدته أمة هذا[٤] المدعي ، فإن هناك يقضي بالعبد [للمدعي .

والفرق : أن في مسألة العبد الشهود شهدوا بملكية الولد حيث قالوا : هذا العبد][٥] ، وشهدوا بملكية أمه للمدعي وقت الولادة ، والأمة المملوكة للإنسان لا تلد ولداً مملوكاً لغير المالك ، فكأنهم شهدوا بملكية الولد للمدعي .

---

(١) في (م) و (ب) : يلازمه .

(٢) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٥ و ٧٦ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

أما في مسألة البنت ما شهدوا على ملكية البنت ؛ لأنهم شهدوا أنها بنت أمته ، وليس من ضرورة [كونها][(١)] ابنة الأمة أن تكون مملوكة أصلاً ؛ لجواز أنها علقت حرة الأصل ، فالحاصل : أن الشهادة لولادة العبد والأمة من أمة الإنسان شهادة بملك العبد ، والأمة لمولى الأمة ، والشهادة بولادة الابن والابنة من أمة إنسان ليست بملك الابن والبنت لمولى الأمة .

ولو شهد على ثوب في يدي رجل أنه غزله من قطن فلان ونسجه ، فإنه لا يُقضى بالثوب لفلان ؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك لفلان ، فقد يغزل القطن وينسج ولا يكون المنسوج ملكاً لصاحب القطن ، بأن غُزل ونُسج بغير أمره ، هكذا ذكر في « الأصل » .

وذكر بعد هذه المسألة مسائل منها :

إذا شهدوا أن فلاناً غزل هذا الثوب من قطن فلان ، وهو يملك القطن ونسج الثوب ، هل للمدعي أن يأخذ الثوب ؟ وجعله على وجهين : إما أن يدعي المدعي الأمر بالغزل والنسج أو ينكر ، [فإن كان ينكر][(٢)] لا يكون له أخذ الثوب ، ولكن يضمنه قطناً مثل قطنه ؛ لأنه ثبت ملك القطن للمدعي بهذه الشهادة ، وثبت غزل ذي اليد ذلك القطن ونسجه ، ولم يثبت أمر المدعي بذلك ، فكان الغزل والنسيج بغير أمر المدعي ، وهذا مما يقطع ملكه عن العين ، فلا يكون للمدعي حق الأخذ ، ولكن له أن يضمِّنه قطناً مثل قطنه ، وإن ادعى الإذن فالقول قوله مع اليمين ، وله أن يأخذ الثوب[(٣)] .

ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع حصد[(٤)] من أرض فلان ، لا يقضي لصاحب الأرض بملك الحنطة ، [باتفاق الروايات ؛ لأنهم لم يشهدوا له بملك الحنطة][(٥)] فقد

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) المسألة بنحوها في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٧ .

(٤) سقط من (ك) ، والمسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٦ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

يحصد من أرض إنسان ما لا يكون مملوكاً له ، بأن كان الزارع غاصباً للأرض ، وهل يقضي له بأخذ الحنطة ؟ فقد ذكر في رواية أبي سليمان أنه لا يقضي ، [وهكذا ذكر الكرخي[١] في كتابه[٢] ، وذكر في رواية أبي حفص أنه يقضي][٣] .

وجه ما ذكر في رواية أبي سليمان : أنه كما لم يثبت الملك لصاحب الأرض في هذه الحنطة بهذه الشهادة ، لم يثبت الأخذ من يده بهذه الشهادة ؛ لأن الشهود لم يعينوا الآخذ ، وكان المشهود عليه بالأخذ مجهولاً ، وجهالة المشهود عليه توجب بطلان الشهادة .

(١) أبو الحسن ، عبيد الله بن الحسين بن دلاَّل ، البغدادي الكرخي الفقيه ، الشيخ الإمام الزاهد ، مفتي العراق ، شيخ الحنفية .

ولد سنة ٢٦٠ ، سمع إسماعيل بن إسحاق القاضي، ومحمد بن عبدالله الحضرمي، وطائفة.

وحدث عنه : أبو عمر بن حيويه، وأبو حفص بن شاهين ، والقاضي عبد الله بن الأكفاني ، والعلامة أبو بكر أحمد بن علي الرازي – وهو من كبار تلامذته – ، وأبو القاسم علي بن محمد التنوخي، وآخرون .

انتهت إليه رئاسة المذهب بعد أبي خازم ، وأبي سعيد البردعي ، وانتشرت تلامذته في البلاد ، واشتهر اسمه ، وبَعُد صيته ، وكان من العلماء العباد ذا تهجد وأوراد وتأله ، وصبر على الفقر والحاجة ، وزهد تام ، ووقع في النفوس .

صنف « المختصر » و « الجامع الكبير » و « الجامع الصغير » وأودعها الفقه والحديث والآثار المخرّجة بأسانيده .

وعاش ثمانين سنة. توفي رحمه الله في سنة ٣٤٠ .

وكان رأسا في الاعتزال .

« سير أعلام النبلاء » ١٥: ٤٢٧ « تاريخ بغداد » ١٠: ٣٥٣ « الجواهر المضية » ٢: ٤٩٣ « لسان الميزان » ٥: ٣٢١ « تاج التراجم » ص ٢٠٠ .

(٢) إن كان المراد المختصر فهو : « مختصر الكرخي » في فروع الحنفية للإمام المذكور .

وقد شرحه : الإمام أبو الحسين : أحمد بن محمد القدوري المتوفى : سنة ٤٢٨ .

والإمام أبو بكر الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ .

« كشف الظنون » ٢: ١٦٣٤ .

وقد ذكرت له نسختان في « الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط » قسم الفقه وأصوله ٩: ٣٤٦ .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وجه ما ذكر في رواية أبي حفص : أنهم شهدوا بالأخذ من يده ؛ [لأن الحصاد أخذ وقد شهدوا بالحصاد من أرضه ، وأرضه في يده ، وكأنهم شهدوا بالأخذ من يده][1] قوله بأن المشهود عليه بالأخذ مجهول .

قلنا : لا ، بل هو معين ، ولكن اقتضاءً لا نصاً ؛ لأن المأخوذ في يده فيكون هو الآخذ .

قالوا : وما ذُكر في رواية أبي سليمان أصح ؛ لأنه ليس من ضرورة كون المأخوذ في يده أن يكون هو الآخذ ، لجواز أن يكون الآخذ غير ذي اليد ، وقد أودعه صاحب اليد ، وصاحب اليد لم يحوله عن موضعه حتى لم يصر عاصياً .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : إذا شهدوا أن هذا الشيء أخذ من يد هذا المدعي ، ولم يعينوا الأخذ يجب أن تكون المسألة على الروايتين :

على رواية أبي سليمان : لا يقضي بالأخذ من المدعي .

وعلى رواية أبي حفص : يقضي .

قال : وهذا بخلاف ما لو شهدوا أن هذا الثوب غزل من قطن فلان ونسجه[2] ، حيث لا يكون لفلان أن يأخذ الثوب[3] ؛ لأن هناك [أثبت أخذ المنسوج من يده إنما يثبت أخذ القطن وهو يريد أخذ المنسوج][4] ، ولم[5] يثبت أخذ المنسوج من يده .

وإذا شهدوا أن هذا الثمر أخذ من نخيل هذا المدعي[6] ، قضى بالثمر[7] للمدعي ؛ لأن الشهادة بأخذ الثمر من نخيله شهادة بملك الثمر له ؛ لأن ما يكون على نخيل

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ك) و (هـ) : نسج .

(٣) في (هـ) زيادة : باتفاق الروايات .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) في (م) : ولم يأخذ .

(٦) المسألة مختصرة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٧ .

(٧) في (ك) : بالثمن .

إنسان من التمر يكون ملكاً له ، إلا أن يملكه من غيره ، بخلاف الحنطة التي في يد إنسان ؛ لأن الحنطة التي في أرض إنسان قد يكون ملكاً لغير صاحب الأرض .

وإذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع كان في أرض فلان ، وهذا الزبيب من كرم كان في أرض فلان لا يقضى بالحنطة والزبيب لفلان .

فرق بين هذه المسائل ، وبين ما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع فلان ، وهذا الثمر من نخيل فلان ، وهذا الزبيب من كرم فلان ، فإنه يُقضى بذلك لفلان[١] .

والفرق : أن في الفصول الأُخر إن لم يشهدوا لفلان بملك هذه الأشياء [نصاً فقد شهدوا له بملك هذه الأشياء][٢] اقتضاء ؛ لأنهم أضافوا أصل هذه الأشياء إليه ، فإنهم قالوا : من كرمه ، من نخيله[٣] ، من زرعه ، والشهادة بملك الأصل شهادة بملك ما يحدث منه ، أما في الفصول الأُوَل فما شهدوا بملك هذه الأشياء لفلان ، لا نصاً ، ولا اقتضاء ؛ لأنهم ما أضافوا أصل هذه الأشياء إليه ، بل شهدوا أنه كان في أرضه ، وقد يكون في أرض فلان زرع غيره ونخيل غيره ، فلهذا افترقا .

ولو شهدوا على إقرار ذي اليد أن هذه الحنطة من زرع كان في أرض فلان ، قضى بالحنطة لفلان .

فرق بين هذا وبين ما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع كان في ملكه ، والفرق في إقراره بيانه أنه كان في يده قبل هذا ، فكأنه قال : كان في يده أمس ، وهناك يؤمر بالرد عليه ، وفي الشهادة أيضاً بيان أنه كان في يده قبل هذا ؛ لأن الشهود لو شهدوا أنه كان في يده من أمس ، لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة ومحمد .

ولو شهدوا على جلد ، أو صوف ، أو لحم في يدي رجل أنه صوف شاة هذا المدعي ، لحم شاة هذا المدعي ، جلد شاة هذا المدعي ، لا يقضى به للمدعي .

---

(١) المسألة في « المبسوط » ١٧ : ٧٦ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٧ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) قوله : « من نخيله » سقط من (ب) .

فرق بين هذه المسائل وبين ما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع فلان ، هذا الثمر من نخيل فلان ، وهذا الزبيب من كرم فلان ، فإن هذه الفصول يقضى بهذه الأشياء للمدعي .

قال عيسى بن أبان رحمه الله : كان ينبغي أن يُقضى للمدعي في جميع هذه الفصول ، أو لا يُقضى له في جميع هذه الفصول ، فأما الفرق فلا وجه إليه .

وتابعه على ذلك بعض المشايخ ، وبعض مشايخنا قالوا : إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، في بعض المواضع وضع المسألة بحرف « من » مسألة وأنه للتبعيض ، فقد جعلوا المدعى به بعض ملك المدعي ، بعض ملك الإنسان ملكه ، فقد شهدوا للمدعي بملكية المدعى به ، فقضى له به ، وفي بعض[١] المواضع لم يذكروا حرف « من » ، فلم يجعلوا المشهود به بعض ملك المدعي ، إنما نسبوه إلى ملكه حيث قالوا : جلد شاته ، [صوف شاته][٢] ، وليس من ضرورة كون الشيء منسوباً إلى ملك الغير أن يكون مملوكاً لذلك الغير ، فلم يشهدوا للمدعي بملكية المدعى عليه به فلا يقضي له به ، وهذا القائل يقول : لو ذكروا حرف « من » ، [فلم يجعلوا المشهود به][٣] في المسائل كلها [لكان يقضي للمدعي في المسائل كلها][٤] ، [ولو لم يذكروا حرف « من » في المسائل كلها لكان لا يقضي للمدعي في المسائل كلها][٥] ، وإلى هذا ذهب شمس الأئمة الحلواني رحمه الله .

ومن المشايخ من قال : لا ، بل بين هذه المسائل فرق ، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بخُوَاهَر زاده .

---

(١) في (ب) : وبعض .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (م) والمثبت من (هـ) و (ب) .

والفرق : أن في مسألة الحنطة وأخواتها شهدوا بملك هذه الأشياء [للمدعي ؛ لأنهم شهدوا له بملك النخيل والكرم مطلقاً ، وهذه الأشياء][1] من توابع النخيل والكَرْم لا محالة ؛ لأنها متولدة من النخيل والكَرْم ، والشهادة بملك مطلق في الأصل شهادة بملك توابعه ، فأما الجلد والرأس تَبَعٌ للشاة من وجه وأصل من وجه ، فتبع من حيث إنها من أوصاف الشاة ، وأصل من حيث إنها تقوم بعد المزايلة بنفسها ، وكذلك لم يحدث هذه الأشياء من الشاة بل كان حدوثها مع الشاة معاً ، فبهذا الاعتبار يكون أصلاً ، والشهادة بملك أحد الأصلين لا يكون بشهادة بملك الأصل الآخر ، إن كانت الشهادة بملك الأصل شهادة بملك التبع[2] ، فلا تثبت الشهادة بملكية هذه الأشياء مع الاحتمال .

ولو شهدوا على دقيق في يدي رجل أنه طحن هذا الدقيق من حنطة هذا المدعي ، لا يُقضى بالدقيق للمدعي[3] .

والجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدوا أنه غزل هذا الثوب من قطن فلان ، أو نسج منه بسواء .

ولو شهدوا على [دجاجة في يدي رجل أن البيضة التي خرجت منها][4] هذه الدجاجة كانت للمدعي ، [ولم يشهدوا أن هذه الدجاجة ملك المدعي ، فالقاضي لا يقضي بالدجاجة للمدعي][5] ، إذ ليس من ضرورة كون البيضة مملوكة لإنسان أن تكون الدجاجة الخارج منها ملكاً له ، فإنها إذا غصبها غاصب [وخرج منها دجاجة ، فالدجاجة تكون للغاصب ولا تكون لصاحب البيضة ، كحنطة غصبها غاصب][6]

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) و (ك) : المتبع ، وفي (ب) : البيع .

(٣) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٧٧ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٧ نقلاً عن « المبسوط » .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

وزرعها ، فإن الحب الذي يحصل له يكون للغاصب[١] كذا هنا ، ولكن يُقضى للمدعى على صاحب اليد ببيضة مثلها إذا أقر صاحب اليد أنه فرخها .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا شهدوا على جارية أو شاة ، وقالوا : الأمة التي خرج منها هذه الجارية ، والشاة التي خرجت منها هذه الشاة ملك المدعي ، فإنه يقضي بالجارية والشاة للمدعي .

والفرق : أن كون الأمة وكون الشاة مملوكة لإنسان ملكاً مطلقاً يوجب حدوث الولد على ملكه لا محالة ، سواء كانت الولادة في يده ، أو في يد الغاصب ، إذا لم يوجد من المالك تمليك الولد ، ولم يظهر ههنا تمليك الولد من صاحب اليد ، فكانت الشهادة بملكية الأمة والشاة مطلقاً شهادة بملك الولد .

أما كون البيضة مملوكة لإنسان ملكاً مطلقاً ، لا يوجب حدوث الدجاجة الخارجة على ملك صاحب البيضة ، فلم تكن[٢] الشهادة بكون البيضة مملوكة للمدعي شهادة بكون الدجاجة الخارجة منها ملكاً للمدعي .

قال : ثوب مصبوغ بالعُصْفُر[٣] في يدي رجل ، شهد الشهود أن هذا العصفر [الذي في هذا الثوب لهذا المدعي ، صبغ هذا الثوب به ، ورب الصبغ يدعي على رب الثوب أنه هو][٤] الذي صبغه ، ورب الثوب يجحد ذلك ، فالقول قول رب الثوب[٥] ؛ لأن رب العصفر يدعي عليه ضمان عصفر ، ورب الثوب ينكر ، وليس [في][٦] شهادة هؤلاء[٧] ما يوجب ذلك ، فإن ثوب الإنسان إذا ذهبت به الريح وألقته في صبغ إنسان ، فربُّ

(١) من قوله : « ولا يكون لصاحب البيضة » إلى هنا سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : يمكن .

(٣) العصفر : نبات صيفي من الفصيلة المركبة أنبوبية الزهر ، يستعمل زهره تابلاً ، ويستخرج منه صبغ أحمر يصبغ به الحرير ونحوه . « المعجم الوسيط » ٢: ٦٣٥ .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٧ نقلاً عن « المحيط » .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (م) و (ب) .

(٧) في (م) و (ب) : وهؤلاء .

الثوب لا يضمن الصبغ ، ولكن يُقَوَّم الثوب أبيض ويُقَوَّم مصبوغاً ، فإن شاء رب الثوب ضمن لرب العصفر ما زاد العصفر فيه وإلا يباع الثوب ، فيصير صاحب الثوب في الثمن بقيمة ثوب أبيض ، ويصرف صاحب الثوب الصبغ بما زاد العصفر فيه .

قال هشام : قال محمد : سمعت أبا يوسف يقول : إذا كان في يدي رجل أمة ، وابنة هذه [في يدي آخر ، جاء رجل وأقام البينة أن هذه أمته ،][1] وأخذها منه ، لم يكن له على الابنة سبيل .

ولو أقام البينة على نخل في يدي رجل أنه نخله[2] ، وثمرة هذا النخيل في يد الرجل الآخر ، أخذ الثمرة والنخيل ولا يشبه الثمر الولد ، ألا ترى أنه لو أوصى بغلّة نخلة عشر سنين جاز ، ولو أوصى بما يصبغ ثيابه عشر سنين لا يجوز .

قال هشام أيضاً : سألت محمداً عن أرض مزروعة حنطة ، أقام آخر بينة أن الأرض له ، وقالت البينة : لا ندري لمن الزرع .

قال: إذا لم يُعلم الزارع فالزرع يتبع الأرض .

قلت : فإن أقام الذي في يده الأرض بينة أنه هو الذي زرع يجعل له الزرع ؟ قال : نعم .

قلت : فإن كان الزرع محصوداً ، أو كدساً ، والشهود لم يشهدوا بالزرع لأحد ؟

قال : الزرع لمن في يده الأرض .

❊ ❊ ❊

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) المسألة إلى آخرها في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

[الفصل الرابع عشر
في دعوى الحائط][1]

يجب أن يعلم أن الحائط المتنازع فيه لا يخلو إما أن لا يكون متصلاً ببنائهما ولكن يكون بين داريهما ، أو يكون[2] متصلاً ببنائهما ، أو يكون متصلاً ببناء أحدهما ، والاتصال نوعان : اتصال تربيع[3] ، واتصال مجاورة وملازقة ، ولا يخلو إما أن لا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهَرَادي[4] ، أو كان لهما عليه جذوع ، أو كان لهما عليه هرادي ، أو كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر هرادي .

فإن لم يكن الحائط متصلاً ببنائهما ، ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره ، فإنه يقضي بالحائط بينهما ، هكذا ذكر في « الأصل »[5] .

وإنما كان كذلك لأنهما استويا في الدعوى وليس ثمة من ينازعهما ، [ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع][6] فيه، وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقضى بينهما ، ومعنى قوله : « لم يقض بينهما » أنه إذا عرف كونه في أيديهما يقضي بينهما قضاء[7] ترك على ما كان ، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما ؛ لأنه لا منازع لهما فيه ، لا أنه يُقضى بينهما .

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) فسر المؤلف اتصال التربيع ص ٢٨٤ ؛ وهو أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلاً في أنصاف لبن غير المتنازع فيه ، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلاً في المتنازع فيه .

(٤) جمع هِرَاده وهي عصا باللفظ الفارسي ، كما في « المعجم الذهبي » لمحمد ألتونجي ص ٦٠١ .
وجاء في حاشية ابن عابدين ١٢ : ٦٨ : « الهرادي بفتح الهاء وكسر الدال نوع من النبت ، وقيل : قصب . يوضع فوق الحائط ، فهي كالزرب أو المكعب » .

(٥) في (ك) : الفصل . والمسألة مطولة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٩٧ - ٩٩ .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) .

(٧) في (م) و (ب) : فصار .

[هذا كدار ادعاها رجلان ، يدعي كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه ، فإن لم يعرف أنها في أيديهما ؛ لأنه لا منازع لهما فيها أنه يقضي بينهما][1] ، وإن عرف أنها في أيديهما يجعل في أيديهما على ما كان ، كذا ههنا .

وكذلك إن كان لأحدهما عليه هرادي ، أو بواري[2] ، ولا شيء للآخر عليه يُقضى بينهما ؛ لأن بوضع الهرادي لا يثبت على الحائط يد استعمال ؛ لأن الحائط إنما يبني للسقف ، وذلك بوضع بالجذوع عليه لا بوضع البواري والهرادي ؛ لأن السقف على الهرادي والبواري لا يمكن ، وإنما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال ، والحائط لا يبنى للاستظلال ، وهو نظير ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب مبسوط ولا شيء للآخر ، وهناك يُقضى بالحائط بينهما ؛ لأن صاحب الثوب غير مستعمل للحائط بالطريق الذي قلنا ، كذا ههنا .

وإن كان لأحدهما عليه جذوع ، ولا شيء للآخر ، فإنه يُقضى لصاحب الجذوع ؛ لأن لصاحب الجذوع يداً مستعملة وللآخر مجرد استعمال ، ويكون صاحب اليد المستعملة أولى .

كدابة تنازع فيها اثنان ، أحدهما راكب والآخر آخذ بلجامه ، فالراكب أولى[3] ، وكذلك إذا كان لأحدهما عليها حِمْل ، وللآخر مُخَلاَّة[4] ، فصاحب الحمولة أولى ؛ لأن له يداً مستعملة ، وليس للآخر إلا مجرد يد استعمال .

وكثوب تنازع فيه اثنان ، وأحدهما لابسه والآخر متعلق بطرف منه ، كان اللابس أولى ، فكذلك هذا[5] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) جمع بارياء أو باريّ أو باريّة وهو الحصير . فارسي معرّب . كما في « المعجم الوسيط » ١ : ٩٦ .

(٣) « المبسوط » للسرخسي ١٦ : ٥٠ .

(٤) أي لجام . كما في « المعجم الوسيط » ١ : ٢٧٨ .

(٥) « الهداية شرح بداية المبتدي » للمرغيناني مع « حاشية اللكنوي » ٦ : ٧٠ .

وإنما اعتبر الاستعمال ترجيحاً إذا استويا في اليد ؛ لأن للاستعمال زيادة دليل على الصدق ليس من جنس اليد فيصلح للترجيح ، كيد ذي اليد في دعوى النتاج والشراء من ثالث ، فإن بينة ذي اليد ترجح باليد ؛ لأن اليد دليل زائد على الصدق ، [وأنه من خلاف جنس البينة ، فيصلح لترجيح إحدى البينتين ، فكذا الاستعمال دليل زائد على الصدق][1] ؛ لأن الظاهر أن الاستعمال إنما يكون من المالك ، كما أن الظاهر أن اليد تكون للمالك لا لغيره ، وأنه ليس من جنس اليد ؛ لأن الاستعمال انتفاع بعد ثبوت اليد ، فكان جنساً[2] آخر سوى اليد ، فيصلح للترجيح .

وكذلك إذا كان للآخر عليه هرادي ؛ لأن الهرادي ليس باستعمال للحائط على ما بيّنا ، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة .

وإن كان لأحدهما عليه جذوع ، وللآخر عليه حائط سترة ، فالحائط الأسفل لصاحب الجذوع لكونه مستعملاً بوضع حمل مقصود عليه ، ولصاحب السترة[3] السترة على حالها بمنزلة سفل لأحدهما عليه علو لآخر[4] .

وإن كان لأحدهما عليه سترة ، وللآخر عليه هرادي ، فالحائط لصاحب السترة ، فأما إذا كان لأحدهما جذع واحد ، ولا شيء للآخر [أو للآخر][5] عليه هرادي ، هل يقضي لصاحب الجذع الواحد ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا في ظاهر الرواية .

وقال بعض مشايخنا : إنه لا يقضى لصاحب الجذع الواحد ؛ لأن الحائط لا يبنى بوضع[6] جذع واحد ، وكان كما إذا كان له عليه هرادي .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ب) : خمساً .

(٣) في (م) و (ب) : السرة ، وسقط من (ك) .

(٤) في (ك) و (هـ) : الآخر .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٦) في (ك) و (م) : لوضع .

وروى ابن سماعة عن محمد أنه يقضي لصاحب الجذع الواحد ، وذلك لأن لصاحب الجذوع[١] مع اليد نوع استعمال ؛ لأن وضع الجذوع استعمال للحائط حتى قضينا لصاحب الجذوع ، فيكون وضع جذع واحد استعمالاً للحائط بقدره ، وليس للآخر ذلك فيكون صاحب الجذع الواحد أولى بسبب الاستعمال ، كما يكون أولى لو كان له جذوع ولا شيء للآخر ، أو كان للآخر عليه هرادي وبواري ، هذا إذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلاً[٢] ببنائهما ، وأما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببنائهما إن كان اتصالهما جميعاً اتصال تربيع ، أو اتصال ملازقة ، فإنه يُقضى بينهما نصفان ؛ لأنهما استويا في الدعوى والاتصال بالأرض والبناء جميعاً ، فيقضي بينهما نصفان .

وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع ، واتصال الآخر اتصال ملازقة ، فصاحب التربيع أولى ؛ لأن صاحب التربيع [مستعمل للحائط المتنازع فيه ؛ لأن قوام الحائط بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه ؛ لأن تفسير التربيع][٣] إذا كان الحائط من مدر[٤] أو آجر[٥] أن يكون أنصاف لَبِن[٦] الحائط المتنازع فيه داخلاً في أنصاف لَبِن[٧] لَبِن[٧] الغير المتنازع فيه ، وانصاف لبن غير المتنازع داخلاً في المتنازع فيه .

وإن كان الجدار[٨] من خشب ، فالتربيع أن يكون ساجة[٩] أحدهما مركبة في الأخرى ، فأما إذا ثقب وأدخل لا يكون تربيعاً ، فإذا كان تفسير التربيع هذا كان لصاحب التربيع مع الاتصال نوع استعمال ، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال ،

---

(١) في (هـ) : الجذع .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) المَدَر : الطين اللزج المتماسك ، والقطعة منه : مَدَرَة . « المعجم الوسيط » ٢ : ٨٩٦ .

(٥) هو اللَّبِن المُحْرَق المُعَدُّ للبناء . « المعجم الوسيط » ١ : ٢١ .

(٦) في (م) و (ب) : لأن .

(٧) في (م) و (ب) : لأن .

(٨) في (م) و (ب) : التربيع .

(٩) الساجة واحدة الساج ، والساج : ضرب من الشجر يعظم جداً ويذهب طولاً وعرضاً . وله ورق كبير جمعه : سيجان . « المعجم الوسيط » ٢ : ٤٨٦ (سوج) . والمعنى المراد في عبارة المؤلف : أن تكون الخشبة التي يُبنى بها مركبة على خشبة أخرى مثلها .

فيكون صاحب[١] الاتصال أولى ، وكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ، فإن الراكب أولى ؛ لأن له مع الاتصال استعمال فكذلك هذا ، فأما إذا كان متصلاً ببناء أحدهما اتصال ملازقة ، أو اتصال تربيع ، وليس للآخر اتصال ، ولا له عليه جذوع ، فإنه يُقضى لصاحب الاتصال ، إن كان اتصال تربيع فلا إشكال ، وإن كان اتصال ملازقة فكذلك ؛ لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوك ، ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف جنس الأول ، وهو الاتصال بالبناء ، فيترجح على الآخر .

وكذلك إذا كان متصلاً ببناء أحدهما وللآخر عليه هرادي ، يقضي لصاحب الاتصال ، لأن [الهرادي][٢] وجوده كعدمه ، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر عليه جذوع ، فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى ، عليه عامة المشايخ ، وهكذا روي عن أبي يوسف في « الأمالي »[٣] .

وفسر الكرخي ذلك ، فقال : إن كان الحائط المتنازع فيه تداخل بجانبه بحائطين لأحدهما ، والحائطان متصلان بحائط آخر لصاحب الحائطين بمقابلة الحائط المتنازع ، حتى يصير مربعاً شبه القبة[٤] ، فحينئذٍ يكون الكل في حكم بناء واحد ، فصاحب هذا الاتصال أولى على ما ذكره الكرخي .

وعن أبي يوسف رحمه الله : أن المعتبر اتصال جانبي[٥] الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما ، أما اتصال الحائطين بحائط آخر له غير معتبر ، وأن لو وجد تأكد به .

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) في (هـ) : الإملاء .

والأمالي لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الرجل الثاني في المذهب الحنفي ، المتوفى سنة ١٨٢ ، ومن الأمالي نسختان في مكتبة ولي الدين جار الله في استنابول ، حسبما جاء في « الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط » قسم الفقه وأصوله ١ : ٦٩٥ .

(٤) في (م) : حتى يصير بها شبه القبة .

(٥) سقط من (ك) .

قال شمس الأئمة السرخسي : عليه عامة المشايخ فقد ترجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع ، وإن كان لكل واحد منهما على الحائط يد استعمال ؛ لأن الاستعمال بالتربيع سابق على الاستعمال بالجذوع ؛ لأن التربيع يكون حالة البناء ، وحالة البناء يكون سابقاً على وضع الجذوع ، فالاستعمال بالتربيع يكون على الاستعمال بوضع الجذوع ، وكان صاحب الاتصال أولى لهذا ، لأنه لا يرفع جذوع الآخر ، بخلاف ما لو أقام صاحب التربيع بينة على أن الحائط له ، فإنه يرفع جذوع الآخر .

والفرق : وهو أن البينة حجة تظهر في حق الدفع والإبطال والاستحقاق على الغير ، ألا ترى أن الملك الثابت بالبينة كما صلح للدفع صلح لاستحقاق الشفعة على الغير ، فأما اتصال التربيع فهو نوع ظاهر ، فالملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر ، والظاهر يصلح للدفع ولا يصلح لإبطال حق صاحب الجذوع .

وإن كان الاتصال في طرف واحد ، ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى ، وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه [عبد الله][1] المرشدي[2] .

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : أن صاحب الجذوع أولى ، وإن كان في إعطاء الحائط المتنازع فيه عود مركب على عود هو على حائط أحدهما خاصة وللآخر عليه جذوع ، فصاحب الجذوع [أولى ؛ لأن صاحب][3] الجذوع مستعمِلٌ للحائط بجذوعه ، وللآخر مجرد اتصال .

وإن كان لأحدهما على الحائط عشر خشبات ، [وللآخر ثلاث خشبات][4] فصاعداً إلى العشرة فالحائط بينهما ؛ لأنهما استويا في الاستعمال الذي بني الحائط لأجله ؛ لأن الحائط يبنى للسقف[5] ، والسقف[6] كما يحصل بالعشرة يحصل بما دون العشرة

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (ب) .

(٢) لم أعثر له على ترجمة فيما لدي من المصادر .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (هـ) : التسقف .

(٦) في (هـ) : التسقف .

ذلك إلى الثلاث[١] ، فاستويا في اليد ، أكثر ما في الباب أن لصاحب العشرة زيادة استعمال ، إلا أن[٢] الجنس واحد ، والترجيح لا يثبت بالزيادة في الجنس الواحد ، فلهذا يُقضى بينهما ، هذا هو جواب ظاهر الرواية .

وعن أبي يوسف في « الأمالي » أن أبا حنيفة كان يقول أولاً كما هو ظاهر الرواية ، ثم رجع وقال : يقضي لكل واحد منهما تحت خشبة في يده ، وصاحبه خارج فيه ، والقول قول صاحب اليد ، والباقي بينهما لاستوائهما فيه .

وعن أبي يوسف أنه كان يقول أولاً فيما إذا كان لأحدهما عليه عشر[٣] خشبات ، وللآخر ثلاث[٤] كما هو ظاهر الرواية ، ثم رجع وقال : يُقضى بالحائط [كله][٥] [لصاحب][٦] العشر ؛ لأن يد الاستعمال أقوى إلا أنه لا يؤمر الآخر برفع الجذوع ، والصحيح ما ذُكر في ظاهر الرواية[٧] .

ولو كان لأحدهما عليه عشر خشبات إلى الثلاث[٨] ، وللآخر عليه ما دون الثلاث[٩] خشبة أو خشبات ، فالحائط لصاحب الثلاث[١٠] فصاعداً إلى العشرة ، ولصاحب موضع[١١] الثلاث[١٢] موضع جذوعه ، هكذا ذكر في بعض المواضع .

---

(١) في (هـ) : الثلاث .

(٢) في (هـ) : لأن .

(٣) في (م) : عشرة .

(٤) في (م) : ثلاثة .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٧) في (م) و (ب) تكرر قوله : ثم رجع وقال : يقضي بالحائط .

(٨) في (هـ) : الثلث .

(٩) في (هـ) : الثلث .

(١٠) في (هـ) : الثلث .

(١١) في (ك) : ما دون .

(١٢) في (هـ) : الثلث .

وذكر في بعض المواضع : ولصاحب[١] ما دون الثلاث[٢] موضع جذعه مع أصل الحائط ، ومعناه أنه يُقضى بملك الحائط بينهما على قدر جذوعهما ، لأنه[٣] يُقضى بملك الحائط لصاحب العشرة ، وللآخر مجرد حق الوضع ، إذ لو[٤] كان المراد ذلك لكان يقال : الحائط لصاحب العشرة وللآخر حق وضع الجذوع ، فلما قال : وللآخر موضع جذعه مع أصل الحائط ، علمنا أنه أراد به أن الحائط بينهما على عدد أجذاعهما ، حتى أنه إذا كان لأحدهما عشرة جذوع وللآخر جذع واحد يُقضى بينهما [على أحد عشر سهماً ، وهذا قول أبي حنيفة ، (رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة)[٥] وهو قول أبي يوسف ، وكان ينبغي في القياس أن يقضي بينهما][٦] ، هكذا ذكر الكرخي في « مختصره » .

قال في « النوازل » : وكان أبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالقياس أولاً ، ثم رجعا عنه .

وذكر الحاكم الشهيد في « مختصره »[٧] في كتاب الدعوى : أنه إذا كان لأحدهما عليه عليه عشر خشبات ، وللآخر عليه خشبة واحدة .

---

(١) في (ب) : لصاحبه .

(٢) في (م) و (ك) و (ب) : الثلث .

(٣) في (هـ) : لا أنه .

(٤) في (م) : إذا كان .

(٥) ما بين قوسين سقط من (ك) و (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٧) الحاكم الشهيد أبو الفضل ، محمد بن محمد بن أحمد ، المروزي السلمي ، الإمام العلم الكبير ، سمع الهيثم بن خلف القدوري ، والحسن بن سفيان النسوي ، وغيرهم ... ، وألف الكثير ، منها : المختصر الكافي ، والمنتقى وغيرَها ، جمع فيه كتب محمد بن الحسن المبسوطة ، وما في جوامعه المؤلفة .

ولي قضاء بخارى ، ثم وزارة السامانية .

قال أبو عبد الله الحاكم : « ما رأيت في جملة من كتبت عنهم من أصحاب أبي حنيفة أحفظ للحديث ، وأهدى إلى رسومه ، وأفهم له منه » .

وكان يحفظ ستين ألفاً من حديث رسول الله ﷺ . قتل شهيداً وهو في صلاة الصبح ساجدًا سنة ٣٣٤ .

« الجواهر المضية » ٣: ٣١٣ « تاج التراجم » ص ٢٧٢ « الفوائد البهية » ص ١٨٥ .

وأما مختصره : فهو مختصر « الزيادات » للإمام محمد بن الحسن الشيباني . كما في « كشف الظنون » ٢: ١٨٥١ .

وذكر في كتاب الصلح : أن لكل واحد منهما ما تحت خشبه ، ولا يُقضى بينهما نصفان يستحق[١] ذلك في الخشبة[٢] الواحدة .

ونحوها في كتاب [الصلح ، وقال في كتاب][٣] الإقرار : هو لصاحب العشرة ، إلا موضع الخشبة .

قال القدوري : أراد بقوله في كتاب الإقرار هو لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة استثناء حق الوضع ، يعني : لصاحب القليل حق وضع خشبه .

وفي « المنتقى » قال أبو يوسف : وإذا كان لأحدهما على الحائط جذوع ، وللآخر عليه أكثر من ذلك أجعله بينهما نصفان ، ثم قال بعد ذلك : إذا كان لأحدهما عليه ثلاثة وللآخر عليه عشرون فالحائط لصاحب العشرين ، ولصاحب الثلاثة موضع جذوعه ، وإنما أجعله بينهما نصفين إذا تقاربت أو كان لصاحب الأقل أكثر من نصف جذوع الآخر .

وجه القياس في التسوية بين الجذع الواحد والثلاثة فصاعداً يُقضى بينهما نصفان : أن الاستعمال بوضع الخشبة يُثْبِتُ يد صاحبها على الحائط ، فلا يعتبر الكثرة بعد ذلك للترجيح ، كما لو تنازعا في ثوب وعامته في يد أحدهما ، وطرفه في يد الآخر .

وجه رواية التسوية بين الثلاث وما زاد عليها ، وترجح الثلاث فصاعداً على ما دون الثلاث : أن صاحب الثلاث يساوى ما زاد على صاحب[٤] الثلاث في الاستعمال الذي بنى الحائط لأجله وهو التسقيف ؛ لأن[٥] التسقيف يتأتى بالثلاث كما يتأتى بما زاد على الثلاث لا في الاستعمال ، وأما صاحب الواحد لا يساوي صاحب

---

(١) في (ك) و (هـ) و (ب) : يستحسن .

(٢) في (م) : الخشب .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) سقط من (ك) و (هـ) .

(٥) في (هـ) : فإن .

الثلاث في ذلك ؛ لأن التسقيف لا يتأتى بالواحد ، وإن كان يتأتى ولكن بطريق الندرة ، يظهر الفرق من هذا الوجه .

وفي هذه[١] المواضع جعل الخشبات بمنزلة الثلاث وبه أخذ بعض المشايخ ؛ لأنه يمكن التسقيف بهما كما يمكن بالثلاث ، ثم على رواية كتاب الصلح ، إذا قضى لكل واحد منهما بما تحت خشبه ، إذا كان لأحدهما عليه عشرة ، وللآخر عليه واحد ، كيف يُقضى بما بين الخشبات ؟ لم يُذكر هذا في « الكتاب » .

وقد اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يُقضى على أحد عشر سهماً ، وبعضهم قالوا : يُقضى بينهما نصفان لاستوائهما في ذلك ، ألا ترى أن في الدار التي فيها منازل وفي يدي رجل منزل منها وفي يد آخر باقي المنازل ، إذا اختلفا في الساحة يُقضى بالساحة بينهما لاستوائهما في الساحة ، كذا ههنا .

وقال بعضهم : بمنزلة الواحدة إذ لا يمكن التسقيف بينهما إلا على سبيل الندرة ، انتهى[٢] .

ومما يتصل بهذا الفصل :

قال أبو حنيفة رحمه الله : في خُصّ[٣] بين رجلين ، والقِمْط[٤] إلى أحدهما ، وادعى كل واحد منهما الخُصّ ، فإنه يُقضى بالخُصّ بينهما ، ولا ينظر إلى القِمْط .

وقال أبو يوسف ومحمد : يقضي بالخُصّ لمن إليه القمط[٥] ؛ لأن الظاهر شاهد له ؛ لأن الذي يشد الخُصّ يقوم وقت الشد على سطحه فيكون القمط إليه ، وعلى هذا إذا

---

(١) في (هـ) : بعض .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ب) .

(٣) بيت من شجر أو قصب أو البيت يسقف بخشب يجمع على أخصاص وخِصاص وخُوص . « المعجم الوسيط » ١ : ٢٦١ .

(٤) حبل من ليف أو خوص تشد به الأخصاص . « المعجم الوسيط » ٢ : ٧٩٤ .

(٥) « مختلف الرواية » للسمرقندي ٣ : ١٦٦٢ ، « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٩٣ ، « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٥٠٤ .

اختلفا في حائط بينهما ، ووجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات إلى أحدهما ، يقضى بالحائط بينهما عند أبي حنيفة ، ولا يقضى لمن إليه البناء وأنصاف اللبن والطاقات .

وقال أبو يوسف ومحمد : يُقضى لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللَّبِن والطاقات ؛ لأن الظاهر شاهد له ؛ لأن الظاهر أن المالك هو الذي يجعل وجه البناء والطاقات إلى نفسه .

ولأبي حنيفة : أن القِمْط بعض الخُصّ وأنصاف اللبن والطاقات بعض [الحائط][1] ، والشيء لا يكون دليلاً على نفسه ، وما قالا يدل على الملك ، أما لا يدل على الملك [بالخصوص][2] ، فالإنسان كما يزين وجه جدار خاص يزين وجه جدار مشترك لأجل النظر والاستراحة ، وكذلك في الخص قد جعل القمط إلى جانب جاره ليستوي جانبه حتى نصفه ، فيسقط الاحتجاج به ، بقي ما ذكرنا من الدليل خالياً عن المعارض .

❊ ❊ ❊

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

الفصل الخامس عشر
في دعوى الطرق ، ومسيل الماء الجاري ، والناوقات[١]

قال محمد رحمه الله : رجل له باب من داره في دار رجل ، فأراد أن يمر من ذلك الباب ، ومنعه صاحب الدار عن المرور في داره ، وقال : ليس لك حق المرور في داري ، وادعى صاحب الباب أن له حق المرور ، فالقول قول صاحب الدار ؛ لأنه صاحب يد في الطريق ؛ لأن الدار بجميع أجزائها في يده ، وصاحب الباب خارج ، والقول قول صاحب اليد ، وعلى الخارج البينة .

فإن جاء بشهود فشهدوا أنه كان يمر فيها من هذا الباب لم يستحق بذلك شيئاً ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن هذه شهادة قامت على يده على الطريق في الزمان الماضي ، فكانت شهادة بيد منقضية ، [والشهادة بيد منقضية][٢] باطلة عندهما .

فإن شهدوا أن له طريقاً ثابتاً فيها ، وسموا[٣] حدوده ، وبينوا طوله وعرضه بالذرعان ، قبلت شهادتهم ، وقضي له بذلك ، وكذلك إذا لم يبينوا حدوده لا طوله ولا عرضه ، تقبل شهادتهم ، ويقضي له بقدر عرض[٤] الباب الأعظم عرضاً ، وإلى السماء طولاً ، هكذا ذُكر في « الكتاب »[٥] .

من المشايخ من قال : المسألة مؤولة ، وتأويلها : أنهم شهدوا على إقرار المدعى عليه أن للمدعي طريقاً ثابتاً في هذه الدار ، أما لو شهدوا على الثبات ، لا تقبل شهادتهم ؛ لأن مقدار الطريق يتفاوت ، فهذه شهادة بالمجهول ، والشهادة بالمجهول باطلة ، والأصح : أن هذه الشهادة مقبولة على كل حال ؛ لأن الجهالة إنما تمنع قبول الشهادة

---

(١) تقدم شرح الناوقات أول الكتاب ، ص ٤ ، وهي جمع ناووقة ، ويقال : ناووق ، وهي الخشبة المنقورة التي يجري فيها الماء في الدواليب ، أو تعرض على النهر أو على الجدول ليجري فيها الماء من جانب إلى جانب . « المُغْرِب » للمطرزي ، ص ٤٧٠ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (ب) : رسموا .

(٤) في (م) : عرصه ، وفي (ك) و (ب) : عرضة .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٩٦ ، و « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٥٠٥ .

لتعذر القضاء بالمشهود به ، والقضاء بالمشهود به ههنا ممكن ؛ لأن مقدار عرض الطريق حالة الاشتباه مقدر بعرض باب الدار ، ألا ترى أن الشركاء لو اختلفوا في مقدار الطريق عرضاً يقدر بذلك .

قال الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص الكبير رحمه الله : هذا إذا لم يبينوا العرض والطول ؛ لأن الشهادة بدون الطول والعرض جائز ، وربما يصير بيان ذلك سبباً لرد الشهادة .

وذكر أبو سليمان رحمه الله : أنه إذا بين الطول والعرض فلذلك[١] أجوز ، وقد ذكرنا شيئاً من ذلك في الفصل الثاني من « الكتاب » .

وكذلك لو شهدوا أن أباه مات وترك طريقاً في هذه الدار ميراثاً له ، قبلت الشهادة .

وكذلك على هذا إذا كان له باب مفتوح من داره على حائطه في زقاق ، وأنكر أهل الزقاق [أن يكون له حق][٢] المرور في زقاقهم ؛ فلهم منعه إلا أن تقوم له بينة على أن له طريقاً ثابتاً فيها ، على نحو ما ذكرنا في الدار .

وإذا كان لرجل ميزاب[٣] في دار رجل ، فأراد رب الدار أن يمنعه من أن يسيل فيه الماء ، فله منعه حتى يقيم البينة أن له حق تسييل الماء فيه ، وليس لصاحب الدار أيضاً أن يقطع الميزاب[٤] ، وهذا لأن الميزاب[٥] في الأصل محتمل ، يحتمل أن يكون بحق بأن شرط في القسمة القسمة لهذا الرجل حق تسييل الماء في دار هذا الرجل ، ويحتمل أن يكون بغير حق ، فبالشك لا يثبت لصاحب الميزاب[٦] حق تسييل الماء ، ولا يثبت لصاحب الدار حق قطع الميزاب[٧] .

---

(١) في (ك) و (هـ) : فذلك ، وفي (ك) : فكذلك .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ)

(٣) في (م) و (ك) و (ب) : الميراث . والمثبت من (هـ) .

(٤) في (م) و (ك) و (ب) : الميراث . والمثبت من (هـ) .

(٥) في (م) و (ك) و (ب) : الميراث . والمثبت من (هـ) .

(٦) في (م) و (ك) و (ب) : الميراث . والمثبت من (هـ) .

(٧) في (م) و (ك) و (ب) : الميراث . والمثبت من (هـ) .

والمسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٩٧ ، و « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٥٠٥ ، و « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٨٨ .

وذكر في كتاب الشرب ، في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء ، واختلفا في ذلك ، فالقول قول صاحب الماء ؛ لأن[١] في مسألة كتاب الشرب وضع المسألة فيما إذا كان جارياً وقت الخصومة ، وإذا كان الماء جارياً وقت الخصومة [لا شك أنه يكون القول قول صاحب الماء ؛ لأن صاحب الماء في هذه الحالة صاحب يد في النهر ، فيكون القول قوله فيه ، وكان له حق تسييل الماء فيه إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه ، وكذلك إذا لم يكن جارياً وقت الخصومة ، إلا أنه علم أنه كان يجري إلى أرض هذا الرجل قبل ذلك ، كان القول قول صاحب الماء ، ويقضي له بالنهر إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه ، حتى أن في مسألة النهر إذا لم يكن الماء جارياً إلى أرض هذا الرجل وقت الخصومة ، ولم يعلم بجريانه إلى أرضه قبل ذلك ، فإنه يُقضى لصاحب الأرض بالنهر إلا أن يقيم صاحب الماء بينة أن النهر ملكه .

وفي مسألة الميزاب وضع المسألة فيما لم يكن الماء جارياً وقت الخصومة][٢] ولا علم جريانه قبل ذلك[٣] .

وإذا كان هكذا فصاحب الماء لا يكون صاحب يد في هذه الحالة ، فلا يقبل [قوله ، وهذا بلا[٤] خلاف بين المشايخ .

فأما إذا كان الماء جارياً في الميزاب وقت الخصومة فقد اختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : القول قول صاحب الميزاب[٥] كما في مسألة النهر ، ومنهم من قال : لا يقبل[٦]][٧] قول صاحب الميزاب[٨]، وفرّق هذا القائل بين مسألة النهر وبين مسألة الميزاب .

---

(١) في (م) و (ك) : لأن .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٥٠٥ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٥ .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) في (ك) : الميراث .

(٦) سقط من (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٨) في (ك) الميراث.

وذكر الفقيه أبو الليث عن المتأخرين من أصحابنا أنهم استحسنوا في الميزاب إذا كان تصويب سطح [صاحب الميزاب إلى موضع][١] الميزاب[٢] وعلم أن التصويب قديم [لم يحدثه صاحب السطح ، وعلم أنّ[٣] الميزاب قديم][٤] أن يجعل له حق تسييل الماء ؛ لأن الظاهر شاهد له والقديم[٥] حجة شرعية ، فإن جاء صاحب الميزاب ببينة فشهدوا أنهم رأوه يسيل فيه الماء فليست هذه الشهادة بشيء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد [رحمهما الله][٦] لأنهم شهدوا له بيد منقضية .

وإن شهدوا أن له مسيل ماء في هذا الميزاب ، فإن بينوا أنه لماء المطر ، أو لماء الوضوء ، أو لماء الاغتسال فلا شك أن هذه الشهادة مقبولة ، ويكون له ما شهدوا له به إن شهدوا أنه لماء الوضوء والاغتسال [فهو لماء الوضوء والاغتسال][٧] ، وليس له أن يسيل فيه ماء المطر ، وإن لم يبينوا شيئاً من ذلك ، ذكره في « الكتاب » أن الشهادة مقبولة .

واختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : المسألة مؤوَّلة ، وتأويلها أنهم شهدوا على إقرار صاحب الدار أن له مسيل ماء في داره من هذا الميزاب ، وإن كان هكذا لا شك أن الشهادة تقبل ؛ لأنه ثبت إقراره بالبينة ، وإقراره حجة عليه ، ويرجع في البيان إليه أنه لماء المطر ، أو لماء الوضوء والاغتسال[٨] ، فأما إذا شهدوا على البتات ولم يبينوا شيئاً من ذلك ، لا تقبل الشهادة ؛ لأن العمل بإطلاق اللفظ هنا غير ممكن ؛ لأن ضرر ماء [المطر وماء الوضوء جنسان مختلفان ؛ لأن ماء المطر يكثر ولا يدوم ، وماء][٩] الوضوء يقل ويدوم ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) الميراث .

(٣) في (ب) : أن صاحب الميزاب قديم .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) في (هـ) : القدم .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٨) في (م) : أو لماء الوضوء أو لماء الاغتسال فلا شك.

(٩) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وإذا كان الضرر مختلفاً كان الجنس مختلفاً ، واللفظ الواحد لا ينظم أمرين مختلفين كاسم القرء[١] وأشباهه ، وإنما يتناول أحدهما ، وذلك الواحد مجهول فلا تقبل الشهادة .

ومن المشايخ من قال : تقبل الشهادة [وإن لم يبينوا شيئاً ، واختلفوا فيما بينهم أنه إذا قبلت هذه الشهادة][٢] ماذا يُثْبِت بعضهم ؟ قالوا : يثبت حق تسييل ماء المطر .

ومنهم من قال : يثبت كلا الأمرين حق مسيل ماء المطر ، وحق مسيل ماء الوضوء والاغتسال جميعاً .

ومنهم من قال : يؤمر صاحب الدار بالبيان [لأن بالشهادة يثبت حق سيل الماء ، أما الكيفية لم تثبت ، فيؤمر صاحب الدار بالبيان][٣] ، فإن قال : لماء الوضوء[٤] ، فهو لماء الوضوء لا غير ، وإن قال : لماء المطر ، فهو لماء المطر لا غير ، ويحلف على الآخر ؛ لأن هذا أمر يجري فيه البدل والإقرار فيجري فيه اليمين .

وإن شهدوا أنه مسيل ماء دائم للوضوء ، والاغتسال ، وماء المطر ، فهو جائز ، ويثبت جميع ذلك ، ولو لم يكن للمدعي بينة أصلاً استحلف صاحب الدار ويقضي فيه بالنكول .

وفي « المنتقى » : قال هشام : سألت محمداً رحمه الله عن نهر عظيم الشرب لأهل قرى لا يحصون ، حبسه قوم من أعلى النهر عن الأسفلين ، وقالوا : هو لنا وفي أيدينا ، وقال الذين في أسفل : النهر هو لنا كله ، ولا حق لكم فيه ؟

قال : إذا كان النهر يجري إلى الأسفلين يوم يختصمون ترك على حاله يجري كما يجري ، وشربهم جميعاً منه كما كان ، وليس للأعلين أن [يسكروه عنهم][٥] ، وإن كان

---

(١) يطلق القُرء على الحيض عند الحنفية ، وعلى الطهر عند الجمهور ، وهو كذلك في اللغة يطلق على الأمرين ولذلك ولذلك حصل الخلاف فيه بين العلماء بناء على إطلاقه اللغوي على المعنيين .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) من قوله « فهو لماء الوضوء » إلى قوله « لماء الوضوء » تكرر في (م) .

(٥) في (م) : يسدوه على . وهما بمعنى واحد .

الماء منقطعاً عن الأسفلين يوم يختصمون ، ولكن علم أنه كان يجري إلى الأسفلين فيما مضى وأن أهل الأعلى يحبسونه عنهم ، و[١] أقام أهل الأسفل بينة أن النهر كان يجري إليهم ، وأن أهل الأعلى حبسوه عنهم ، أمر أهل الأعلى بإزالة الحبس عنهم .

وهذه المسألة دليل على أن الشهادة على يد منقضية صحيحة عند محمد .

قال هشام : قلت لمحمد : أرأيت هؤلاء الذين لا يحصون إذا ادعى بعضهم هذا النهر ، وأقام البينة أنه لقرى معلومة لا يحصها أهلها ، أنقضي بها لتلك القرى بدعوى هذا وإقام البينة والمدعى عليهم لا يحصون ، وقد حصر بعضهم وفيهم الصغير والكبير ؟

قال محمد رحمه الله : إذا كان هذا على ما يصف قائماً هذا النهر بمنزلة طريق من طرق المسلمين نافذ ، فإن أقام قوم البينة أنه لهم دون غيرهم استحقوه ، وخرج من أن يكون نهراً لجماعة المسلمين ، وصار لأهل تلك القرى خاصة ، واكتفى القاضي بواحد [من المدعين وبواحد][٢] من المدعى عليهم .

وإن كان النهر خاصاً لقوم معروفين يحصون لم يقضِ عليهم بحضرة واحد منهم وقضى على من حضر منهم .

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : وإذا كان الدار التي يدعي فيها المسير ، أو الطريق بين ورثة ، فأقر بعضهم بالمسيل والطريق ، وجحد ذلك الباقون ، لم يكن للمقر له أن يمر فيه ولا أن يسيل فيه الماء ؛ لأن الإقرار بالطريق والمسيل من بعض الشركاء إقرار باطل ؛ لأن الطريق والمسيل إنما يكون في مكان بعينه ، فإقرار أحد الشريكين بمكان بعينه من الموضع المشترك إقرار باطل ؛ لأن الساكت يتضرر بهذا الإقرار زيادة ضرر ؛ لأنه يحتاج إلى قسمين : قسمة مع المقر له حتى يتميز نصيبه ، وقسمة أخرى مع المقر بهذا المكان المقر به ، وعند ذلك عسى يتفرق أنصبائه ، وفي ذلك ضرر له ، وتصرف بعض الشركاء في الموضع المشترك على وجه يوجب زيادة ضرر

(١) في (هـ) : أو .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

بالباقين باطل ، وإذا بطل هذا الإقرار صار وجوده وعدمه بمنزلة ، ولو عدم كان الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

وهو بخلاف ما لو أقر بعض الشركاء بجزء شائع من الدار المشترك بينه وبين غيره ، حيث يصح الإقرار ؛ لأنه ليس في هذا الإقرار زيادة ضرر على ما في يد الشركاء ؛ لأن الساكت لا يحتاج إلى القسمين ، إنما يحتاج إلى قسمة واحدة بينه وبين المقر ، ثم[١] يدخل المقر له في نصيب المقر .

وبخلاف ما لو أقر بعض الشركاء بنصيبه من الشرب أو ببعض نصيبه حيث يصح هذا الإقرار ، وإن أقر بإجراء الماء في مكان بعينه وهو النهر كما في الطريق ؛ لأنه ليس في الإقرار ضرر بالساكت ؛ لأنه لا يحتاج إلى قسمين ؛ لأن قسمة الشرب إنما تكون من حيث المهايأة[٢] كما قبل الإقرار ، ويصير نوبة المقر له إن أقر له بجميع نصيبه ، فإذا أقر له ببعض نصيبه يدخل المقر له في نوبة المقر ، فلا يلحق الساكت زيادة ضرر بهذا الإقرار ، أما ههنا بخلافه .

فإن قسم الورثة هذه الدار بعد هذا الإقرار من بعض الشركاء [فوقع الطريق][٣] والمسيل في نصيب المُقِرِّ يؤمر بتسليمه إلى المُقِرِّ له ، وينقلب ذلك الإقرار صحيحاً لزوال المانع من صحته ، وهو [ضرر][٤] الساكت .

وإن وقع الطريق في المسيل في نصيب غير المقر ، فالمقر يضرب بنصيبه إلا قدر الطريق والمسيل ، هكذا ذكر في « الكتاب » ولم يحك فيه خلافاً .

قالوا : ويجب أن يكون المذكور في « الكتاب » قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قول محمد : يضرب المقر له بنصف قيمة الطريق والمسيل ، والمقر يضرب بحصته إلا قدر قيمة نصف الطريق والمسيل قياساً على مسألة كتاب الإقرار ، فإنه ذكر في كتاب الإقرار :

---

(١) في (م) و (ب) : لم .

(٢) المهايأة : الأمر المتهايأ (المتفق) عليه . « المعجم الوسيط » ٢: ١٠٤٤ .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

دار بين رجلين فيها عشرة بيوت ، أقر أحد الشريكين ببيت بعينه لآخر لا يصح إقراره للحال ، فإذا قسم المقر والساكت الدار فيما بينهم بعد ذلك إن وقع البيت المقر به في نصيب المقر ، فإنه يؤمر بتسليمه إلى المقر له ، وإن وقع في نصيب صاحبه ذكر على أن قول أبي حنيفة وأبي يوسف : يضرب المقر له بجميع ذرعان البيت في نصيب المقر ، والمقر يضرب بنصف ذرعان الدار إلا قدر ذرعان البيت حتى أنه إذا كان ذرعان البيت المقر به عشرة ، وذرعان الباقي[١] تسعون ، فالمقر له يضرب بعشرة ، والمقر يضرب بأربعين ، وعلى قول محمد : المقر له يضرب بنصف ذرعان البيت ، وذلك خمسة أذرع ، والمقر يضرب بخمسة وأربعين ، فههنا يجب أن يكون كذلك الأمر[٢] .

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : يضرب [للمقر][٣] له بجميع قيمة الطريق والمسيل ، وعلى قول محمد يضرب بنصف قيمة الطريق والمسيل ، إلا أن في مسألة المسيل والطريق اعتبر القيمة ، وفي مسيل البيت اعتبر [الذرعان ؛ لأن المقر به][٤] في مسألة المسيل والطريق حق المرور ، وحق مسيل الماء لا الرقبة ، فلا يمكن اعتباره بالذرعان ، والمقر به في مسيل البيت الرقبة فأمكن اعتباره بالذرعان ، وطريق معرفة قيمة حق المرور وتسييل الماء أن ينظر إلى قيمة الدار ، وفيها حق المرور للغير وإلى قيمتها ، وليس فيها حق المرور لأحد ، فإن كانت قيمتها وليس فيها حق المرور لأحد خمسمائة ، وكانت قيمتها وفيها حق المرور للغير أربعمائة ، عرفت أن قيمة حق المرور مائة ، فيضرب المقر له بمائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، والمقر بأربعمائة ، وعند محمد يضرب المقر له بخمسين ، والمقر بأربعمائة وخمسين[٥] .

---

(١) في (م) و (ب) : في .

(٢) سقط من (هـ) . والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٢٠٠ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين المعكوفتين بياض في (م) و (ب) .

(٥) حصل تقديم وتأخير في (ب) .

وإذا كان مسيل ماء في دار رجل في قناة[١] ، فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً ، ليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار ، أما إذا أراد أن يجعله ميزاباً على الهواء فلأنه يريد أن يشغل شيئاً من هواء[٢] داره ، وأما إذا أراد أن يجعله ميزاباً على وجه الأرض ، فلأنه يريد أن يزيل منفعة وجه الأرض عن صاحب الدار ؛ لأن الماء في القناة يجري تحت القناة والآن تجري على وجه الأرض .

ولو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة فإن كان في ذلك ضرر على صاحب الدار بأن احتاج إلى حفر حافتي النهر لجعله قناة ، فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار ، وإن لم يكن في ذلك ضرر على صاحب الدار بأن لم يحتج إلى ذلك بأن كان الميزاب عريضاً ، فله ذلك .

وذكر الكرخي أنه إذا تساوى الأمران في الضرر فله أن يجعل القناة ميزاباً والميزاب قناة .

ومن المتأخرين من قال : ما ذكر محمد في « الكتاب » محمول على ما إذا كان له حق المسيل لا غير ، فأما إذا كانت البقعة التي تسيل فيها الماء ملكه ، فله أن يتصرف فيها بما شاء .

قال في « الكتاب » : وإن كان الميزاب على الهواء ، فليس له أن يجعله قناة ولم يفصِّل[٣] ، بين ما إذا كان لصاحب الأرض فيه ضرر أو لم يكن ؛ لأن ههنا يحتاج إلى حفر الأرض وأنه لا يخلو عن الضرر ، ولو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه ، أو أعرض أو أقصر ، أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك ، ليس له ذلك إلا برضا أهل الدار ، وكذلك لو أراد أن ينقل الميزاب عن موضعه أو يرفعه أو يسفله لم يكن له ذلك إلا برضا أهل الدار ، ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله به لم يكن لهم ذلك .

ولو بنى أهل الدار بناء ليسيل ميزابه على ظهره فلهم ذلك ، ولو كان لرجل طريق في دار رجل ، فأراد صاحب الدار أن يبني في ساحة الدار ما يقطع طريقه لم يكن له ذلك ، وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار .

---

(١) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٥ و ١٠٦ نقلاً عن « المحيط » .

(٢) في (م) : هو .

(٣) في (م) : وله تفصيل ، وفي (ب) : وله يفصل .

وفي « نوادر هشام » قال : سألت محمداً عن رجل ادعى على رجل أن مجرى مائه في بستانه ، ولم يكن الماء جارياً يوم اختصما فشهد شاهدان أنه كان جارياً إلى بستان هذا المرء أمس ! ، قال : كان أبو يوسف يجيز هذه الشهادة ، وكان أبو حنيفة لا يجيزها ما لم يشهدوا له بالملك أو الحق ، وهو قول محمد رحمه الله .

ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه [فذلك جائز في قولهم وهو نظير ما لو ادعى رجل داراً في يدي رجل وشهد الشهود أن هذه الدار كانت في يد المدعي قبلت الشهادة عند أبي يوسف ، وقضى بالدار للمدعي ، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد لا يقضي بالدار للمدعي ، ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه][1] أنها كانت في يد المدعي قضى بالدار للمدعي .

قال أيضاً : لو سألته عمن ادعى قبل آخر ناوقة موضوعة على نهر هذا أمس جاء السيل حتى قلعها أمس ورمى بها .

قال محمد رحمه الله : إذا شهدوا بذلك أمرته أن يعيد الناوقة كما كانت موضوعة .

قلت : فإن أراد أن يجري فيها الماء فمنعه صاحب النهر ، وجحد أن يكون له فيها مجرى ؟

قال : له أن يمنعه حتى يقيم البينة على أن مجرى مائه فيها .

قلت : فما منفعته في ذلك إذا لم يسل ؟

قال : يقول صاحب الميزاب : إذا كان مركباً فربما أجد بينة[2] في الحال على أن مسيل مائي فيها فيمكنني تسييل الماء فيها من غير توقف[3] .

ذكر ابن سماعة في « نوادره » في الميزاب[4] الذي كان يجري فيها الماء في دار رجل : لا تقبل الشهادة في هذا في قول أبي حنيفة حتى يشهدوا أنه حق له ، وقال أبو يوسف :

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ك) و (ب) : فربما آخذ ببينته في الحال .

(٣) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٥ باختصار .

(٤) في (ك) : الميراث .

إذا شهدا أن هذا مجرى مائه ، كان له أن يجري فيه الماء ، ولا يشترط أن يشهدوا له بالملك أو الحق ، وهذه المسألة ومسألة مجرى الماء في البستان سواء ، وإن لم يكن لصاحب المجرى بينة في هذه المسائل يحلف صاحب الدار وصاحب البستان بالله ليس له فيه حق ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وعلى قول أبي يوسف[١] : يحلف أن هذا[٢] ليس مجرى مائه . انتهى[٣] ، والله أعلم[٤] .

❊ ❊ ❊

(١) في (ب) زيادة : رحمه الله .

(٢) في (ب) : أنه .

(٣) قوله : « انتهى » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) قوله : « والله أعلم » غير موجودة في (م) و (ك) .

الفصل السادس عشر

في القضاء لأحد الخارجين عند ظهور العدالة لشهوده ، ثم ظهور العدالة لشهود الخارج الآخر ، أو إقامة الخارج الآخر شهوداً بعد ذلك

رجلان ادعيا عيناً في يدي رجل ، يدعي كل واحد أنه ملكه ورثه عن أبيه ، أو ادعيا الملك مطلقاً ، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه ، فظهرت عدالة أحدهما[١] ، فالقاضي يقضي بالعين كله لمن[٢] ظهرت عدالة شهوده ؛ لأن حقه قد ظهر من كل وجه ، وحق الآخر عسى يظهر بأن يُعَدَّل شهوده ، وعسى لا يظهر بأن لا[٣] يُعَدَّل شهوده ، وليس لمعرفة عدالة شهوده غاية معلومة ووقت معلوم ، ولا يجوز تأخير حق ظاهر لحق موهوم به عسى لا يظهر وعسى يظهر[٤] ، وليس لظهوره وقت معلوم ، ويبطل بينة الأخرى حتى إذا ظهرت عدالتهم فالقاضي لا يقضي له بشيء ؛ لأن القاضي لما قضى[٥] بالعين كله للذي ظهرت عدالة شهوده مع قيام ما يوجب القضاء بالنصف الآخر ، وهو شهادة شهوده تضمن القضاء بالدار كله له إبطال بينة الآخر ، والقاضي له ولاية إبطال البينة إذا لاح له دليل الإبطال ، والقاضي إذا أبطل البينة في حادثة لا يجوز القضاء بها في تلك الحادثة أصلاً ، فإن أقام الآخر بينة بعد ذلك على صاحبه المقضي له أن العين له قبل القاضي بينته وقضى بكل العين له ، سواء جاء بشهود آخرين أو بتلك الشهود ، لأنه لو لم يقبل شهوده إنما لم يقبل لصيرورته مقضياً عليه ببينة المقضي له ، ولا وجه إليه ؛ لأن بينة المقضي له قامت على صاحب اليد الأول لا على المدعي الآخر .

---

(١) في (م) : شهود أحدهما .

(٢) في (م) : لكل من .

(٣) في (م) : لم .

(٤) في (م) : عسى يظهر ، وعسى لا يظهر .

(٥) سقط من (ك) .

فإن قال المقضي له الأول بعد ذلك : أنا أعيد البينة على المقضي له الثاني أن العين لي ، فالقاضي لا يلتفت إلى بينته ؛ لأنه صار مقضياً عليه من جهة المقضي له الثاني ، ولو ظهرت عدالة شهودهما وقضى بالعين بينهما لاستوائهما في الحجة .

ثم إن أحد المدعيين أقام بينة أن العبد عبده ، لا ينتفع بهذه البينة ، ولا يقضى له على صاحبه بشيء ؛ لأن كل واحد من المدعيين صار مقضياً عليه في النصف الذي قضى به لصاحبه ؛ لأنه ببينته استحق الكل .

ولولا بينة صاحبه لقضي[١] له بكل العبد ، فإنما حرم كل واحد منهما عن النصف ببينة صاحبه ، فصار هو مقضياً عليه [من جهة صاحبه ، والإنسان متى صار مقضياً عليه في شيء لا يصير مقضياً له في عين ذلك الشيء .

فإن قيل : كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضياً عليه][٢] في النصف الذي [قضى][٣] به لصاحبه ، ولم يكن في ذلك النصف ملك قبل القضاء لصاحبه ؟

قلنا : إن لم يكن له فيه ملك فله حق الملك ؛ لأنه أقام البينة أن الكل له ، وأنها توجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها ، [قيل[٤] : اتصال القضاء بها][٥] يوجب حق الملك ، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك ، ولو ثبتت الحقيقة يصير مقضياً عليه ، كذا ههنا .

ولو عدلت بينة أحدهما ولم يعدل بينة الآخر ، أو لم يقم الآخر شاهداً أصلاً ، أو[٦] أقام شاهداً واحداً ، فقضى به لمن عدلت بينته ، ثم جاء الآخر ببينة عادلة [أو جاء

---

(١) في (م) و (ب) : يقضي .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (م) : قيل ، وفي (ب) : قبل .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) في (م) و (ب) : « و » .

بشاهد آخر عدل][1] قضى له بالعين ، وقبل بينته ؛ لأنه لو لم يقبل بينته إنما لم يقبل لصيرورته مقضياً عليه من جهة صاحبه ، وهو لم يصر مقضياً عليه من جهة صاحبه ؛ لأنه لم يكن له في المقضي به لا حقيقة الملك ولا حق الملك لانعدام الحجة الموجبة للقضاء ، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له ، فإذا لم يكن الحق ثابتاً له كيف يتصور إزالته ، فعلم أنه لم يصر مقضياً عليه له ، فسمع دعواه وبينته بعد ذلك .

فلو كان كل واحد من المدعيين ادعى أن العين له أودعه من صاحب اليد ، وأقام أحدهما البينة ، فقبل أن يزكي بينته أقر ذو اليد أن العبد للذي لم يقم البينة أودعه إياه ، ودفع القاضي العبد إلى المقر له ، ثم زكيت بينته الذي أقامها ، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له ، ثم إن المقر له أتى ببينته أنه عبده أودعه إياه ذا اليد ، قبلت بينته ، وقضى له بالعبد ؛ لأن المقر له لم يصر مقضياً عليه ؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذي اليد [لا على المقر له ، وجعل المقر له كالوكيل عنه .

فإن قيل : الملك قد ثبت للمقر له بإقرار ذي اليد][2] وبتصديق المقر له إياه ، ثم استحق عليه بالقضاء ببينة المدعي ، فيجعل المقر له مقضياً عليه .

قلنا : إقرار ذي اليد كان بعد إقامة المدعي البينة على ذي اليد وعند ظهور عدالة الشهود يثبت الاستحقاق من وقت الشهادة ، فظهر أن إقرار ذي اليد كان باطلاً ؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكاً للعبد ، وإذا بطل إقرار ذي اليد بطل تصديق المقر له لأنه بناء عليه ، وإذا بطل الإقرار والتصديق صار وجودهما والعدم بمنزلة .

ولو عدما وباقي المسألة بحالها كان المقضي عليه الذي كان العبد في يده دون المقر ، كذا ههنا .

وكذلك لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء ببينته لصاحبه[3] يقضى

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) في (ك) و (هـ) : لصاحبه ببينته .

للمقر له وتبطل بينة صاحبه ؛ لأن بينة المقر له ظهر أن صاحبه أقام البينة على مودع المقر له وهو ليس بخصم ، والبينة القائمة على غير الخصم باطلة .

فإن قيل : بينة المدعي متى قامت على المودع إنما يبطل إذا كان المودع غائباً وقت إقامة البينة ، أما إذا كان حاضراً كانت البينة مقبولة ، ويكون إقامة البينة على المودع والمودع حاضر بمنزلة إقامة البينة على المودع ، وههنا المقر له حاضر وقت إقامة المدعي البينة على مودعه ، فصار بمنزلة ما لو أقام المدعي البينة على المقر له .

[قلت : المقر له وإن كان حاضراً وقت إقامة البينة على الذي كان العبد في يده حقيقة فهو غائب حكماً ؛ لأنه ليس بخصم للمدعي وقت إقامة البينة ؛ لأنه لم يكن له في العبد ملك ولا حق ملك وقت إقامة المدعي البينة][1] .

[وكذا لم يثبت له زيادة خصوصية بهذا العبد من بين سائر الأجانب ، وهو كونه بحال لو أقام شاهداً يقضي له ، فصار غائباً حكماً حتى لو كان المقر له أقام شاهداً واحداً قبل إقرار ذي اليد له بالعين][2] وثبت له زيادة خصوصية بهذا العين من بين سائر الناس وهو كونه بحال لو أقام شاهداً واحداً يستحق القضاء حتى كانت خصومته معتبرة وقت إقامة المدعي البينة على مودعه ، وكان حاضراً حقيقة وحكماً كانت البينة القائمة [على مودع المقر له بمنزلة القائمة][3] على المقر له ، فتقبل بينته ويصير المقر[4] مقضياً عليه ، فلا تسمع بينته بعد ذلك .

فإن قال غير المقر له : أنا أعيد شهودي على المقر له هل تقبل بينته ؟

فهذا على وجهين :

إن قال ذلك بعدما قضى القاضي ببينة المقر لا تسمع بينته ؛ [لأنه صار مقضياً عليه ببينة المدعي المقر له .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين مكوفتين تكرر في (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٤) في (هـ) : المقر له .

وإن قال ذلك قبل القضاء ببينة المقر له قبلت بينته][1] لأنه لم يصر مقضياً عليه ، ثم يقضي له بجميع العبد ؛ لأنه لما أعاد البينة ، فقد أبرأ ذا اليد عن الخصومة ، ورضي بنفاذ إقراره واستأنف الخصومة مع المقر له وله ولاية إبراء المقر عن الخصومة واستئناف الخصومة مع المقر له ؛ لأن ما يدعيه غير المقر له في يد المقر له ، فتقررت يد المقر له ، واجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد وهو المقر له والدعوى في الملك المطلق ، وكانت[2] بينة الخارج أولى ، والله أعلم بالصواب[3] .

❊ ❊ ❊

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : فكانت .

(٣) قوله : « بالصواب » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

الفصل السابع عشر
في دعوى الدين

إذا أرادت المرأة إثبات بقية[١] مهرها على الزوج فلها ذلك ، وإن لم يكن لها حق المطالبة ببقية المهر في الحال ، وكذلك من له الدين المؤجل إذا أراد إثباته فله ذلك ، وإن لم يكن له حق المطالبة [في الحال][٢] ، وهذا لأن إثبات الحق لا يعتمد المطالبة للحال لا محالة[٣] .

ألا ترى أن إثبات الدين على الميت على وارث لم يصل إليه [شيء][٤] من تركة الميت صحيح ، وإن لم يكن لرب الدين حق المطالبة من هذا الوارث إذا لم يصل إليه شيء من تركة الميت ، ولكن يعتمد الفائدة ، وللمرأة في إثبات بقية مهرها في الحال فائدة ، وكذلك في إثبات الدين المؤجل في الحال فائدة لجواز أن شهوده يغيبون ، فلا يقدر على إثبات الدين عند محل الأجل .

ادعى [على غيره][٥] عشرة دراهم دين وشهد الشهود أنه دفع إليه عشرة دراهم لا تقبل الشهادة ؛ لأن دفع العشرة قد يكون بجهة أخرى غير الدين .

قال هشام في « نوادره »[٦] : قلت لمحمد : [رجل][٧] لي عليه ألف درهم ، وللرجل على امرأة ألف درهم ، فخاصمها فيه[٨] ، فأقامت المرأة شاهدين وأنا غائب :

---

(١) في (ب) : نصف .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٦ نقلاً عن « المحيط » .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٨) في (م) و (ب) : وللرجل على ملك هذه المرأة ألف درهم مخاصماً فيه .

أني أقررت أن الدراهم التي على هذا الرجل الذي يطالبها ملكها لهذه المرأة لا شيء له فيها وإنما هي باسمي من ثمن عبد بعته لها والرجل الذي يطالب المرأة مقر بأن لي عليه ألف درهم أو منكر ، فأقامت المرأة البينة أن لي عليه ألف درهم وأنا أقررت أنها ملك[١] لها ، وإن اسمي في ذلك عارية ، قال محمد رحمه الله : هذا أمر جائز ، وشهادة قاطعة .

ادعى ديناً على ميت ، فخصمه[٢] الوصي أو الوارث ، فلو حضر الوصي أو أحد الورثة [وأثبت الدين عليه وقضى القاضي بذلك كان ذلك قضاء على الكل .

ولو أقر أحد الورثة بذلك][٣] يلزمه الدين في حصته حتى يستغرق جميع حصته ، هكذا ذكر الخصاف في « أدب القاضي » في باب إثبات الدين والحقوق[٤] .

فهذه إشارة إلى أن بمجرد إقرار بعض الورثة يلزمه[٥] كل الدين في [نصيبه من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ألا ترى أنه قال : لو أقر أحد الورثة بذلك يلزمه الدين][٦] حصته حتى يستغرق جميع حصته ولم يشترط فيه قضاء القاضي ، وليس الأمر كذلك بل يحتاج الى قضائه للزوم المقر كل الدين في نصيبه ، وإليه أشار محمد رحمه الله في « الزيادات » حيث قال : لو أقر الوارثان[٧] لرجل بالدين على الميت ، [ومعهما ورثة أخرى فلم يقض القاضي بشيء بحكم إقرارهما حتى شهدا لذلك الرجل على الميت][٨] بذلك الدين قبلت شهادتهما .

---

(١) في (م) و (ب) : ملكها .

(٢) في (ب) : لخصمه ، وفي (ك) : فخاصمه .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) « شرح أدب القاضي للخصاف » للصدر الشهيد ٣ : ٤٦٠ - ٤٦١ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٧ .

(٥) في (م) : لم يلزمه .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٧) سقط من (ك) .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

[ولو قضى القاضي بالدين][1] على المقرين في نصيبهما ، ثم شهدوا بذلك الدين لذلك الرجل على الميت لا تقبل شهادتهما ؛ لأن في الوجه الأول لم يحولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما ، [وفي الوجه الثاني حولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما][2] ثم إنما لا يلزم المقر الدين في نصيبه خاصة بمجرد الإقرار قبل قضاء القاضي لوجهين :

أحدهما : أن هذا إقرار في معنى الشهادة ؛ لأنه إقرار على الغير ، وهو الميت ثم الشهادة لا تصير موجبة إلا بقضاء القاضي ، فكذا الإقرار الذي هو في معنى الشهادة .

والثاني : أنه يحتمل أن رب الدين يجد بينة في ذلك أو يصدقه باقي الورثة ، فلو ألزمناه [جميع الدين بإقراره في نصيبه في الحال فقد ألزمناه][3] ذلك مع الاحتمال ، وأنه لا يجوز ، وإنما ينقطع هذا الإحتمال ويلزمه كل المال بقضاء القاضي .

فإن قيل : إذا كان لا يلزم المقر كل الدين في نصيبه بمجرد إقراره فبأي طريق يقضي القاضي عليه بكل الدين ؟

قلنا : طريقه أن الدين يقضى من أيسر المالين قضاء ألا ترى أنه إذا كان في التركة عين ودين ، فالدين يقضى من الدين دون العين ، وألا ترى أن بعض التركة إذا كان حاضراً والبعض غائباً ، والدين يُقْضَى من الحاضر .

إذا ثبت هذا فنقول إذا لم يجد رب الدين بينة ، ولم يصدقه باقي الورثة فأيسر المالين قضاء نصيب المقر ، فيُقضى عليه بذلك حتى يوفي من نصيبه ، وإن كان الدين متعلقاً بكل التركة .

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

وفي كتاب « الأقضية » : رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم ، وأن فلاناً أمر هذا أن يدفعها إليه من هذا الألف الوديعة التي عنده له ، وجحد المودع الأمر بذلك ، فأقام المدعي بينة على الألف الوديعة ، والأمر بالدفع ، وقضى القاضي عليه ، فإنه يكون ذلك قضاءً على الغائب ، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب[١] .

رب الدين إذا أقام البينة عل أن الورثة باعوا عيناً من التركة ، [والتركة][٢] مستغرقة بالدين ، وقالت الورثة : إن أبانا باع هذا العين[٣] في حياته ، وأخذ الثمن ، وأقاموا جميعاً البينة ، فبينة رب الدين أولى ؛ لأن رب الدين ببينته يثبت الضمان عليهم ، وهم ينفون[٤] .

في « فتاوى الفضلي »[٥] رحمه الله : [إذا ادعى][٦] بعض الورثة على مورثه ديناً ، وصدقه بعض الورثة ، وكذبه البعض قال : يستوفى الدين من نصيب[٧] من صدقه بعد أن يطرح نصيب المدعي من ذلك الدين ، وقد ذكرنا كثيراً من مسائل هذا الفصل في كتاب أدب القاضي .

ادعى على ميت ألف درهم دين ، وقضى القاضي له بذلك ببينة أقامها وأخذها ، ثم جاء رجل آخر وادعى على الميت ألف درهم دين ، وأنكرت الورثة وأقر الغريم الأول ، فإن ما أخذه الأول يكون بين الأول وبين الثاني دعوى الدين على المودع لا يصح بخلاف دعوى الورثة عليه .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٧ نقلاً عن « المحيط » .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) في (ب) : العبد .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٩ نقلاً عن « خزانة المفتين » .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٧ نقلاً عن « المحيط » .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) ، وفي (ب) : لو ادعى ، وفي (هـ) : ادعى .

(٧) في (م) : يقف في الدين .

التركة إذا كانت مستغرقة بالدين ، فجاء غريم آخر ، وأراد إثبات دينه بالبينة ، فإنما تقبل بينة الوارث لا على غريم آخر ، ولكن لا يحلف الوارث ؛ لأن فائدة الحلف النكول الذي هو إقرار ، والوارث لو أقر بالدين والتركة مستغرقة بالدين لا يصح إقراره ، ولا يظهر الدين في حق غريم آخر .

هذا هو المذكور في سائر الكتب ، ولم يذكر في شيء من الكتب أنه هل يصح إقرار هذا الوارث في حق نفسه ، حتى لو ظهر للميت مال آخر يستوفي دين هذا الغريم من نصيب الوارث المقر ، وينبغي أن يصح ، ولكن لا يحلف لهذه الفائدة الموهومة[1] ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٠٩ نقلاً عن « المحيط » .

الفصل الثامن عشر

في إقرار المدعي ببعض ما قضاه المدعى عليه أو[١] نفي ذلك عن نفسه وفي دعوى المدعى عليه لنفسه بعض ما قضى [به][٢] عليه

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : رجل في يديه دار مبنية جاء رجل وأقام بينة أنها داره وذكرا البناء في شهادتهما أو لم يذكرا ، ثم ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء ، فإن القاضي يقضي بالدار ببنائها للمدعي ، أما إذا ذكروا البناء فلا شك فيه ، وأما إذا لم يذكروا البناء ؛ فلأن البناء مركب في الأرض تركيب إقرار فيدخل تحت ذكر الأرض خصوصاً في ذكر الدار ؛ لأن في الغالب تستعمل الدار في المبنى ، ثم إذا قضى القاضي للمدعي بالدار ببنائها [وأقر المدعي][٣] بعد ذلك وقال : ليس البناء لي ، وإنما هو للمدعى عليه ولم يزل له ، أو قال ذلك بعد الشهادة قبل القضاء ، فإن هذا إكذاب للشاهد وبطلت الشهادة والقضاء بالبناء والدار جميعاً .

وإن قال : البناء للمدعى عليه فهذا ليس بإكذاب لشهوده ، هكذا ذكر المسألة في « الأقضية » .

وذكر في آخر شهادات « الأصل » أن الشهود إذا ذكروا البناء في شهاداتهم ، [وقضى القاضي بشهادتهم][٤] ، ثم أقر المدعي بعد ذلك بالبناء للمدعى عليه كان ذلك إكذاباً لشهوده ، [وبطلت الشهادة والقضاء وإن لم يذكروا البناء في شهادتهم وقضى عليهم بالدار والبناء ، ثم أمر بالبناء للمدعى عليه لا يكون ذلك إكذاباً لشهوده][٥] .

---

(١) في (م) و (ب) : « و » .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وجه الفرق على رواية شهادات [« الأصل »] [(١)] : أن البناء إذا لم يكن ملفوظاً في الشهادة فالقضاء بالبناء ما كان لكونه مشهوداً بل تبعاً للأرض ؛ لأن حكم الأصل يثبت في التبع ، [إلا إذا وجد][(٢)] دليل يوجب قطع التبعية ، فإذا أقر المدعي بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه فهذا إقرار حجة قطعه عن التبعية ، وحجة أصالته في الملك لا أن يكون إكذاباً لتلك الشهادة .

فأما إذا كان البناء ملفوظاً في الشهادة فالقضاء بالبناء لكونه مشهوداً به فالإقرار بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يكون إكذاباً للشهود ، فيوجب بطلان الشهادة .

ووجه التسوية على رواية كتاب « الأقضية » : أن مطلق اسم الدار في الغالب من كلام الناس وفي عاداتهم يستعمل بإزاء الأرض والبناء ، والشرع يشهد لذلك حتى أن من حلف لا يدخل داراً ، فدخل صحراء كانت داراً ، وقد انهدم بناؤها لا يحنث ، والثابت باعتبار العادة وغلبة[(٣)] الاستعمال كالثابت بمطلق اللفظ حقيقة فاستوى ذكر البناء وعدمه .

ثم على رواية كتاب « الأقضية » فرق بينما إذا قال المقضي له : ليس البناء لي وإنما هو للمدعى عليه ، وبينما إذا قال : البناء للمدعى عليه يوم شهادة الشهود أو قال : لم يزل ملكاً للمقضي عليه فلم يجعل الإقرار [الأول][(٤)] تكذيباً للشهود وجعل الثاني والثالث تكذيباً .

وعلى رواية كتاب الشهادات لم يفصل وجعل مطلق الإقرار بالبناء للمدعى عليه تكذيباً للشاهد إذا كان البناء مذكوراً في الشهادة .

وجه ما ذكر في الشهادات : أن مطلق الإقرار بالبناء للمقضي عليه يناقض شهادة الشهود للمدعي بالبناء والإكذاب من حكم المناقضة .

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : عليه .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وجه ما ذكر في الأقضية : أن قول البناء : ليس لي وإنما هو للمدعى عليه كلام محتمل يحتمل أنه للمقضي عليه ؛ لأنه كان له يوم شهد الشهود [فيكون إكذاباً للشهود ويحتمل أنه له ؛ لأنه تملكه من جهتي بعدما شهد الشهود فلا يكون إكذاباً بالاحتمال ، ولا كذلك قوله : كان البناء له يوم شهد الشهود][1] ، لم يزل ملكاً له .

هذا إذا أقر المقضي له بعد القضاء له أن البناء ليس له ، وأنه للمقضي عليه ، ولو أن المقضي له لم يقر بذلك لكن المقضي عليه ادعى البناء لنفسه ، فعلى رواية كتاب الأقضية لا تسمع دعواه ولا تسمع بينته إن ذكر الشهود البناء في شهاداتهم [أو لم يذكروا ، على رواية كتاب الشهادات ، تسمع دعوى المقضي إذا ادعى البناء لنفسه إن لم يذكر الشهود البناء في شهاداتهم][2] [وسمع دعوى المقضي عليه][3] وإن ذكروا لم يسمع دعواه .

وفي « المنتقى »[4] في « الإملاء »[5] عن محمد رحمه الله : رجل ادعى داراً في يدي رجل وأنكر الذي في يديه الدار حق المدعي فشهد للمدعي شاهدان أن الدار داره ولم يزيدوا على ذلك فلما ذكرا ، قال المدعى عليه : البناء بنائي أنا بنيته ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك قال : إن كان شهود المدعي حضوراً فالقاضي يسألهم عن البناء ، فإن قالوا : البناء للمدعي مع الدار فالقاضي لا يلتفت إلى قول المدعى عليه .

وإن قالوا : لا ندري لمن البناء إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعي فليس ذلك بإكذاب منهم لشهادتهم ويقضي للمدعى عليه بالبناء .

إن أقام البينة على البناء يؤمر بالهدم وتسليم الأرض إلى المدعي ، وإن لم يحضر المدعى عليه بينة على البناء قضى عليه القاضي بالأرض بشهادة شهود المدعي

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

(٤) المسألة باختصار في « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٩٩ نقلاً عن « الفصول العمادية » .

(٥) لم أهتد إلى المراد بالإملاء ولمن هو ، لكن إن كان للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، فلعله كتابه « الأمالي » سُمِّي هنا « الإملاء » وهو من غير كتب ظاهر الرواية ، كما هو معلوم ، انظر « كشف الظنون » ١ : ١٤١ .

وأتبع الأرض البناء ، وإن جاء المدعى عليه بعد ذلك بالبينة أن البناء بناؤه أخذه ؛ لأن القاضي لم يقض على المدعى عليه بالبناء بشهادة الشهود ، وهذه الرواية توافق رواية شهادات « الأصل » .

ولو أن شهود المدعي شهدوا أن الدار للمدعي[١] ، ثم ماتوا أو غابوا ، فلم يقدر عليهم ، فلما أراد القاضي أن يقضي بالدار [ببنائها للمدعي ، قال المدعى عليه : أنا أقيم البينة أن البناء بنائي لم يقبل ذلك منه ، ويقضي بالدار][٢] للمدعي ببنائها ؛ لأن الشهود حين شهدوا بالدار فقد شهدوا بالبناء إلا إن بينوا أنهم لا يدرون لمن البناء فيكون على ما وصفت لك في أول المسألة .

قال : ألا ترى أن القاضي لو قضى بالدار في هذا الوجه ببنائها للمدعي ، ثم حضر شهوده وقالوا : إن البناء لم يكن للمدعي ، إنما كان للمدعى عليه ضمنوا قيمة البناء للمدعى عليه ، فإن قالوا للقاضي حين رجعوا عن البناء : ليس البناء للمدعي ، ولا ندري[٣] لمن البناء لم يضمنوا من قيمة البناء شيئاً ، وكان البناء للمدعي ، وقيل للمدعى عليه : أقم البينة أن البناء بناؤك على الشهود الذين شهدوا للمدعي ، فإن أقام عليهم البينة ضمنهم قيمة البناء ، ألا ترى أن البناء دخل فيما شهدوا به .

ولو شهد شهود المدعي أن الدار له ، ولم يزيدوا على هذا ، ثم ماتوا أو غابوا ثم جاء رجل آخر وادعى بناء هذه الدار لنفسه ، وشهد له شاهدان آخران بذلك ، فإن القاضي يقضي بالأرض للمدعي الذي شهد شهوده بالدار ، ويقضي بالبناء بين المدعيين نصفين ، فإن أقام المدعى عليه بينة أن البناء بناؤه ، قُبِلَ ذلك منه .

ولو أن شهود المدعي للدار شهدوا أن الأرض للمدعي وقالوا : لا ندري لمن البناء قضى بالأرض له ، وقضى بالبناء لمدعي البناء خاصة ، قال : وكذلك في جميع ما وصفت لك .

---

(١) المسألة مطولة في « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٩٩ و ٥٠٠ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) في (ك) و (ب) : يدرى .

والأرض يكون فيها النخيل والأشجار فشهد شهود المدعي أن هذه الأرض له ، فهذا بمنزلة شهادتهم بالدار إذا لم يفسروا ، فالقاضي يقضي بالأرض ، ويتبعها النخيل والشجر من غير أن يكون ذلك شهادة بالنخيل والشجر ، [حتى لو رجعوا بعد ذلك عن النخيل والشجر ضمنوا فيه النخيل والشجر ، ولو أنهم حين شهدوا قالوا : لا علم لنا بالنخيل والشجر ، ثم رجعوا عن النخيل والشجر][1] فلا ضمان عليهم في النخيل والشجر .

وكذلك لو شهدوا أن هذا الخاتم لفلان ولم يذكروا الفص ، أو شهدوا أن السيف لفلان ولم يذكروا الحلية ، فالقاضي يقضي بالسيف وبالحلية ، وبالخاتم والفص لفلان من غير أن يكون الفص والحلية مشهوداً به ، حتى لو أقام المشهود عليه بينة أن البناء والفص والحلية له قبلت شهادتهم كان القاضي قضى بذلك للمدعي أو لم يقض فيه .

أيضاً : إذا شهد الشهود على رجل بجارية في يديه أنها لهذا المدعي وقضى القاضي له بها ثم غاب الشاهدان أو ماتا ، وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه لم يره[2] الشهود أخذه المدعي ، وكذلك لو كان الولد ظاهراً وشهد الشهود بالجارية للمدعي ، ولم يتعرضوا للولد فالقاضي يقضي بالجارية وبالولد للمدعي[3] .

فإن قال الذي في يده الجارية : أنا أقيم البينة على أن الولد لي ، لم يلتفت إلى بينته ويقضي بالجارية وولدها للمدعي ، وإذا قضى القاضي بذلك ثم حضر الشهود وقالوا : لم يكن الولد للمدعي إنما كان للمدعى عليه ، فالقاضي لا يقضي بالولد للمدعى عليه ، وإن أقام البينة على الولد ، ولو كان الشهود حضوراً وسألهم القاضي عن الولد قبل القضاء فقالوا : هو للمدعى عليه ، أو قالوا : لا ندري لمن هو ، فالقاضي لا يقضي في الولد بشيء ، ويقضي بالجارية للمدعي .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : يرده .

(٣) في (ك) و (هـ) : يقضي للمدعي بالجارية وبالولد .

قال : ولا يشبه الولد في هذا الوجه البناء ، وعلل فقال : لأن البناء موصول بالدار فقد أشار إلى أن شهود المدعي في مسألة الدار إذا قالوا وقت الشهادة بالدار : لا ندري لمن البناء أنه يقضي بالبناء لمدعي الدار .

وإذا شهد الرجل بجارية في يدي رجل أنها له وقضى له بها ، ثم غاب الشاهدان وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه لم يره الشهود ، وأخذ المدعي الولد ثم رجع الشهود عن شهادتهم ضمنوا قيمة الأم والولد .

قال : لأن الولد بمنزلة الأم ، وكذلك لو كان الولد ظاهراً ، وشهدوا بالأم ، ولم يتعرضوا للولد ، ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا قيمة الأم والولد ، وإن قالوا : الأم لهذا الولد عبد للذي في يديه فهو كما قالوا .

قال ابن سماعة في « نوادره » : قلت لمحمد [رحمه الله][1] : أوَلا يسألهم عن أي وجه صار الولد عبداً له ؟ قال : نعم ، فإن أبوا أن يخبروا قبلت شهادتهم .

هشام في « نوادره »[2] عن محمد أنه قال : سمعت أبا يوسف يقول : إذا كان في يدي رجل أمة ، وابنة هذه الأمة في يدي رجل آخر ، أقام رجل بينة أن هذه أمته وأخذها لم يكن له على البنت سبيل .

ولو أقام البينة على نخل في يدي رجل [أنه نخله وثمرة هذا النخل في يدي رجل آخر أخذ الثمرة والنخيل ، قال : ولا يشبه الثمر الولد ، ألا ترى أنه لو أوصى بغلة نخله عشر سنين جاز ، ولو أوصى بما][3] تضع شاته عشر سنين لم يجز .

قال هشام : سألت محمداً عن أرض مزروعة حنطة أقام آخر بينة أن الأرض له وقال الشهود : لا ندري لمن الزرع .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٨٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (م) و (ب) .

قال : إذا لم يعلم الزارع فالزرع يتبع الأرض .

قلت : فإن أقام[١] الذي في يديه الأرض بينة أنه هو الذي زرع .

قال : أجعل الزرع [له][٢] .

قلت : فإن كان الزرع محصداً أو كدساً والشهود لم يشهدوا بالزرع لأحد .

قال : الزرع لمن في يده الأرض ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) في (م) : ما قام ، وفي (ب) : فأقام .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وسقط من (ب) .

الفصل التاسع عشر

فيما[١] يقع به التناقض في الدعوى وما لا يقع

ادعى عيناً في يدي رجل أنه له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكَّله بالخصومة فيه ، وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً .

ولو ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيه أولاً ، ثم ادعى أنه له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضاً ، ولا تقبل بينته إلا أن يُوفِّق[٢] فيقول : كان لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم اشتريته منه بعد ذلك وأقام على ذلك بينة فحينئذٍ تقبل بينته ، هكذا ذكر المسألة في « الأصل »[٣] ، وقد ذكرنا وجه الفرق في كتاب الشهادات من هذا الأصل .

قال في « الأصل » أيضاً : ولو ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيه لا تقبل بينته ويصير متناقضاً إلا أن يوفق[٤] .

قال فيه أيضاً : والدَّيْن في هذا نظير العين حتى لو ادعى على رجل دين ألف درهم في صك جاء به باسمه ، ثم ادعى أن ذلك المال وذلك الصك بعينه لفلان وكله بالخصومة فيه ، قبلت بينته فلا يصير متناقضاً .

أحد الورثة إذا أقر أن هذا المحدود ميراث عن أبينا ، ثم ادعى أنه وصية عن أبي لابني فلان[٥] ، وأقام البينة قبلت بينته ، ولا يصير متناقضاً ؛ لأن الكل ميراث ، والميراث متروك الميت[٦] . انتهى[٧] .

---

(١) في (ك) و (هـ) : في بيان ما يقع به .

(٢) في (م) و (ب) : يؤقت .

(٣) « مختلف الرواية » للسمرقندي ٣ : ١٦٧٨ ، « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٠٠ ، « بدائع الصنائع » للكاساني ٩ : ٢٩ .

(٤) في (ب) : يؤقت .

(٥) في (م) : لأبي عن ابني فلان .

(٦) في (ك) و (هـ) زيادة : والكل متروك الميت .

(٧) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

استأجر من آخر محدوداً إجارة طويلة مرسومة وآجره من غير مقاطعة ، وأقر المستأجر الثاني بالقبض ثم إن المستأجر الأول مع المستأجر الثاني فسخا الإجارة الثانية بينهما ، وطالب المستأجر الأول المستأجر الثاني بمال المقاطعة ، فقال المستأجر الثاني : إن هذا المحدود كان للآجر الأول من يوم الإجارة الثانية إلى هذا اليوم ، ولم يجب علي مال المقاطعة ، وأقام البينة فقد قيل : تصح دعواه وتقبل بينته على ذلك ، كأنه قال : غصبه مني الآجر الأول ، ولكن هذا بعيد ، والصحيح أنه لا تصح دعواه ولا تقبل بينته لمكان التناقض ، ولو أقام المستأجر الأول بينة على الثاني قد قبض المستأجر وأقام الثاني بينة على أنها كانت في يد الأول تمام المدة فبينة الأول أولى[١] ؛ لأنه يثبت الأجرة في ذمة الثاني ببينته ، [والثاني ببينته][٢] ينفي ذلك .

إذا استحق العبد من يد المشتري وقضى القاضي بالعبد للمستحق ، فأراد المشتري أن يرجع على بائعه فادعى البائع أنه نتج عنده ، ولم يمكنه إثباته ، ورجع المشتري عليه بالثمن بقضاء القاضي ، فأراد البائع أن يرجع على بائعه بالثمن ، وصدقه بائعه بالشراء منه ، له أن يرجع على بائعه ، وإن زعم أن العبد نتج عنده ، فيكون دعوى الشراء من غيره تناقضاً منه ، إلا أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم[٣] ، ولأن القاضي لما قضى عليه بالثمن للمستحق فقد كذبه فيما زعم من نتاج العبد عنده والتحق دعوى النتاج بالعدم ، وكذلك لو أنكر بائعه الشراء منه ، فأقام بينة هو على الشراء منه رجع عليه بالثمن ، وإن صار متناقضاً لما زعم أن العبد نتج عنده ؛ لأنه صار مكذباً فيما زعم على ما ذكرنا .

قال[٤] الشيخ الإمام الأجل نجم الدين النسفي : عن رجل ادعى على رجل ديناً من الدراهم أو الدنانير ، فقال المدعى عليه : قد قبضتها في سوق سمرقند ، وطلب منه البينة ،

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٦ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) « حاشية ابن عابدين » ٧ : ٤٦١ .

(٤) في هامش (هـ) : « سئل » ووضع فوقها كلمة « نسخة » .

فلم يجد بينة على ذلك ، ثم ادعى[١] القضاء بعد ذلك في قرية كذا ، وأقام على ذلك بينة هل يكون متناقضاً ؟ وهل تبطل دعواه ؟

قال : لا تبطل دعواه إن[٢] وَفَّق ، ولم يبين وجه التوفيق .

ووجه ذلك : أن يقول : قبضها في سوق سمرقند كما ادعيت أولاً فجحدني[٣] القضاء وعجزت عن إثباته بالبينة فقبضتها ثانياً في قرية كذا ، وقيل : على الرواية التي لا تشترط التوفيق ويكتفى بإمكان التوفيق ينبغي أن لا يبطل دعواه ، ويقبل ذلك منه من غير توفيق .

إذا ادعى رجل داراً في يدي رجل أنها داره ورثها من أخيه ثم ادعى أنه اشتراها من أخيه في حياته وصحته ، [فأقام على ذلك بينة لا تقبل بينته ، وبمثله إذا ادعى الشراء أولاً من أخيه في حياته وصحته][٤] ثم ادعى الإرث وأقام على ذلك بينة تقبل بينته ؛ لأن في الفصل الأول التوفيق بين الكلامين غير ممكن فثبت التناقض ، وفي الفصل الثاني التوفيق بين الكلامين ممكن ، فلا يثبت التناقض .

إذا قال المدعى عليه : الدين ابن مبلغ مال دعوى مركنى تبورمسانيده أم[٥] ، ثم قال : لفلان حواله كرده بودم وأورسانيده است[٦] ، فقد قيل : لا تسمع هذه المقالة الثانية لمكان التناقض ، وقيل : تسمع ولا تناقض ؛ لأن إيفاء المحتال عليه إيفاء المحيل معنى ، ألا ترى من حلف ليعطين فلاناً[٧] حقه فأحاله على غيره وقبض من المحتال عليه

---

(١) في (ك) : ثم ادعى القاضي القضاء .

(٢) في (م) : فإن .

(٣) في (ك) و (ب) : فجحد في .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٥) ألفاظ فارسية معناها : المال الذي تدعيه أوصلته اليك . كما أفادنيه أحد الإخوة الفارسيين .

(٦) ألفاظ فارسية معناها : كنت أحلت بفلان وأوصله إليك .

(٧) في (ب) : ثلاثاً .

بر الحالف في يمينه ، وكذلك لو حلف لا يعطي فلاناً حقه فأحاله على غيره وقبضه المحتال له ، حنث في يمينه ، وجعل إعطاء المحتال عليه بأمر المحيل ، إعطاء المحيل معنى .

في « مجموع النوازل »[١] سئل نجم الدين النسفي : عن رجل ادعى ديناً في تركة ميت ، وصدَّقه الوارث في ذلك وضمن له إبقاء الدين ، ثم ادعى الوارث بعد ذلك أن الميت كان قد قضى المال في حياته ، وأراد إثبات ذلك بالبينة ، قال : لا تصح دعواه ولا تسمع بينته ، وهذا ظاهر ؛ لأنه متناقض ؛ لأنه أقر بوجوب المال أولاً ، وبدعوى القضاء يدعي أنه غير واجب ، وهذا تناقض ظاهر .

سئل هو أيضاً عن رجل خلع امرأته ، وقال [في][٢] ذلك المجلس : مرادرابن خانه هيج جرنيست[٣] ، ثم ادعى عليه شيئاً من الأقمشة التي هي في ذلك البيت ، هل تصح دعواه ؟

قال : إن كان قال : هذه الأقمشة كانت في البيت وقت الخلع ، لا تصح دعواه لمكان التناقض ، وهذا ظاهر ، وإن قال[٤] : لم تكن هذه الأشياء في ذلك البيت وقت الخلع [تصح عندي ، وعندي أن فيما إذا أنكر الزوج كون هذه الأشياء في البيت وقت الخلع][٥] يجب أن يكون الجواب على التفصيل ، إن كان دعوى الأقمشة بعد إقرار الزوج مرادراين خانه هيج جيرست في مدة لا يمكن إدخال تلك الأشياء في البيت في تلك المدة ، لا يصح دعواه ، لأنا تيقنا[٦] كون هذه الأشياء في البيت وقت الخلع إذا

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٦ نقلاً عن « المحيط » .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) عبارة فارسية معناها : ليس لي في هذه الدار شيء ، وقد جاءت المسألة بعبارتها الفارسية في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٦ و ٦٧ .

(٤) في (هـ) : كان .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٦) في (ب) : لاكتفائنا .

كانت هذه الحالة[١] ، وإن كان دعوى الأقمشة بعد إقراره ذلك في مدة يمكنه إدخال تلك الأشياء في البيت في تلك المدة يصح دعواه ؛ لأنا لم نتيقن بكون هذه الأشياء في البيت وقت الخلع إذا كانت الحالة هذه ، وجنس هذه المسألة في شهادات « الجامع »[٢] من « شرحي »[٣] .

ادعى على رجل مقداراً معلوماً من مال الشركة في يده ، وأنكر المدعى عليه الشركة والمال ، ثم إن المدعي ادعى ذلك المال المقدر بجهة الدين، تسمع دعواه ثانياً ولا يصير متناقضاً ؛ لأن مال الشركة يصير مضموناً على الشريك ديناً في ذمته عند جحوده ، فيمكن الجمع بين الدعوتين ، إذ يمكنه أن يقول : كان لي في يده هذا المقدار بجهة [الشركة ، وصار ديناً عليه حين أنكر الشركة والدين ، ولو كان ادعى ذلك المقدار بجهة][٤] الدين أولاً ، ثم ادعاه بجهة الشركة ، لا تسمع دعواه ثانياً ، ويثبت التناقض ؛ لأن الدين لا يصير مال الشركة بحال .

ولو ادعى على آخر أن له في يده كذا ، كذا من مال الشركة ، فأنكر المدعى عليه [الشركة ، ثم إن المدعى عليه][٥] ادعى دفع ذلك المال إلى المدعي ، فإن كان أنكر الشركة أصلاً بأن قال : لم يكن بيننا شركة أصلاً ، وما دفعت إليَّ شيئاً من المال أصلاً ، لا يسمع منه دعوى دفع المال لمكان التناقض .

وإن أنكر الشركة والمال في الحال ، بأن قال : لا شركة بيننا ، وليس لك في يدي مال الشركة ، يسمع منه دفع المال ولا تناقض ههنا[٦] .

توضيحه : أن مال الشركة وديعة في يد الشريك ، والجواب في المودع إذا أنكر المودعة ، ثم ادعى الرد على التفصيل الذي ذكرنا كذا[٧] ههنا .

---

(١) في (هـ) : الحالة هذه .

(٢) « الجامع الصغير » لمحمد بن الحسن الشيباني ، ص ٣١٩ .

(٣) يريد كتابه « شرح الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني » .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٥ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٧) سقط من (ك) .

وإذا[١] ادعى الأول في فصل الوديعة والشركة فيما إذا أنكر الإيداع أو الشركة أصلاً ، وقال : إنك أبرأتني عن دعواك ، قيل : صح الدعوى ؛ لأن بالجحود يصير الوديعة ومال الشركة ديناً فيستقيم دعوى الإبراء إذ لا تناقض ثمة ، وكذلك[٢] في دعوى الدفع .

صبي له عقار موروثة ، ادعى بعد بلوغه أن وصيه باع عقاره مكرهاً ، وسلمه مكرهاً فلم يملكه[٣] المشتري وعليه رده على [التفصيل الذي ذكرنا ، كذا ههنا][٤] .

ادعى أن الوصي قد كان باعه بغبن فاحش صح منه الدعوى الثانية وقبلت بينته لعدم التنافي بجواز أنه باعه مكرهاً بغبن فاحش فالجمع بين الدعوتين ممكن من هذا الوجه[٥] .

وإذا قال[٦] : أدعي عيناً في يدي رجل ملكاً مطلقاً ، ثم ادعاه في وقت آخر على ذلك الرجل عند ذلك القاضي بسبب حادث صحت دعواه ، ولو ادعى أولاً الملك بسبب ، ثم ادعاه بعد ذلك الرجل ملكاً مطلقاً عند ذلك القاضي ، لا تصح دعواه ، هكذا ذكر في دعوى « أجناس » الناطفي[٧] [وعليه الفتوى][٨] .

والفرق : أن الملك القديم يجوز أن يصير ملكاً حادثاً ؛ لأن المملوك أول من أمس يجوز أن يصير مملوكاً أمس ملكاً حادثاً ، بسبب حادث بأن يبيعه ثم يشتريه ، فالتوفيق بين الدعوتين ممكن فيصح دعوى الثاني ، فأما الملك الحادث لا يجوز أن يصير ملكاً قديماً ؛ لأن المملوك أمس لا يتصور أن يكون مملوكاً أول من أمس ، فالتوفيق بين الدعوتين غير ممكن ، فلا يصح دعواه الثاني .

---

(١) في (ك) و (هـ) : وإن .

(٢) في (ك) و (هـ) : ولا كذلك .

(٣) في (م) و (ب) : يملك .

(٤) غير موجود في (ك) و (هـ) ، وقوله : « التفصيل الذي ذكرنا » غير موجود في (ب) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧١ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٦) غير موجودة في (هـ) .

(٧) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧٠ نقلاً عن « المحيط » . وفي (ك) و (هـ) زيادة : وفي الصور .

(٨) ما بين معكوفتين في (ك) و (هـ) .

ولو ادعى النتاج أولاً في دابة ، ثم ادعاها [ملكاً مطلقاً][(١)] عند ذلك القاضي ، ينبغي أن لا يصح دعواه الثاني ، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق أولاً ، ثم ادعاه بعد ذلك بسبب عند ذلك القاضي[(٢)] .

والفرق : أن دعوى النتاج على ذي اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته ؛ إذ لا يتصور التملك بالنتاج من جهة غيره ، ألا ترى أنه لو كان ادعى أن هذه الدابة ملكه بالنتاج من جهة ذي اليد ، لم تكن دعواه صحيحة ، فلا يمكن[(٣)] أن يجعل كلامه الثاني بياناً لكلامه الأول ، [بل يكون كلاماً آخر مخالفاً لكلامه فيصير متناقضاً ، أما دعوى الملك المطلق على ذي اليد يحتمل دعوى ملك حادث من جهة ذي اليد فأمكن أن يجعل كلامه الثاني بياناً لكلامه الأول][(٤)] ، وبالبيان يتقرر الكلام[(٥)] ولا تناقض[(٦)] .

وإذا قال عنه غير القاضي : هذا العين ملكي بسبب الشراء من فلان ، أو قال : بسبب الإرث من فلان ، ثم ادعى ذلك العين عند قاضٍ من القضاة ملكاً مطلقاً ، فالقاضي لا يسمع دعواه إذا ثبت عنده أنه قد قال قبل هذا : إن هذا العين ملكي بسبب كذا ، وهذا إذا كان ادعى الشراء من رجل معلوم بأن ذكر اسم ذلك الرجل ، واسم أبيه ، واسم جده ، أو ما أشبه ذلك من الأسباب التي يقع بها التعريف ، فأما إذا كان ادعى الشراء من رجل مجهول بأن قال : اشتريته من محمد ، ولم يزد عليه ، ثم ادعاه بعد ذلك عند القاضي ملكاً مطلقاً ، فالقاضي يسمع دعواه ، وإن ثبت عند القاضي أنه قد قال قبل هذا : إن العين ملكي بسبب كذا .

والفرق : أنه إذا ادعى الشراء من غيره فقد أقر بالملك لذلك الغير ؛ لأن كل مشترٍ مقر لبائعه فيما اشترى منه ، وقد صح هذا الإقرار منه إذا كان البائع معلوماً ؛ لأنه إقرار

---

(١) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (هـ) : بعد ذلك بسبب .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧٠ نقلاً عن « المحيط » .

(٣) سقط من (م) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) في (ب) : الكلامين .

(٦) في (هـ) : يتناقض .

بالمعلوم للمعلوم ، فيثبت به الملك لفلان بإقراره ، وبعدما يثبت الملك لفلان ، لا يمكنه إثباته لنفسه إلا بسبب يوجب الانتقال ، ودعوى الملك المطلق بعد ذلك لا يتعرض بسبب الانتقال ، فلا يثبت به الانتقال ، وهو المحتاج إليه ، وفيما إذا كان البائع مجهولاً لم يصح منه هذا الإقرار ؛ لأن الإقرار للمجهول لا[1]يصح ، فصار كأنه لم يدَّع الشراء أصلاً ، وهناك يصح منه دعوى الملك المطلق ، فههنا كذلك .

وإذا ادعى داراً في يدي رجل [ملكاً][2] بسبب الشراء ، وظهر أن الدار المدعى به يوم الدعوى لم يكن في يد المدعى عليه ، بل كانت في يد غيره ، ثم هذا المدعي ادعى هذه الدار في مجلس آخر على صاحب اليد ملكاً مطلقاً ، فقد قيل : تسمع دعواه ؛ لأن الدعوى الأول وقع باطلاً فصار وجوده والعدم بمنزلة ، وقيل : لا تسمع دعواه وهو الصحيح ؛ لأن بدعوى الأول ادعى استحقاق الدار لنفسه بسبب ، وهذا أمر له ، وأقر أنه ليس له حق دعوى الدار بعد ذلك بنفسه ملكاً مطلقاً ، وهذا أمر عليه ، فلا يعتبر دعواه الأول في حق إثبات استحقاق الدار لنفسه ، يعتبر في حق بطلان دعواه الملك المطلق لنفسه بعد ذلك .

توضيحه : أن دعواه الدار على غير صاحب اليد بسبب كذا لا يكون أدنى حالاً من إقراره أن الدار له بسبب كذا عند غير صاحب اليد ، وذلك يبطل دعواه الدار ملكاً مطلقاً بعد ذلك فكذلك دعواه[3] .

سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عمن ادعى نصف دار معين في يدي رجل ، ثم ادعاه بعد ذلك جميعاً ؟

قال : لا تسمع دعواه ، ولو كان على العكس تسمع .

---

(١) في (م) و (ب) : لم .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) غير موجود في (هـ) و (ب) .

والصواب : أنه تسمع في الوجهين جميعاً ، إلا إذا كان قال وقت دعوى النصف : لا حق لي فيها سوى النصف فحينئذ لا تسمع دعواه جميعاً لمكان التناقض ، وبدونه لا تناقض ، فتصح الدعوى .

وذكر في آخر بيوع « الزيادات » : رجل اشترى من رجل عبداً ، ثم إن البائع ادعى أنه كان فضولياً في هذا البيع ، وأراد استرداد العبد من يد المشتري ، وأنكر المشتري ذلك ، وادعى أن المشتري كان فضولياً في هذا العبد[١] ، وأراد [رد العبد و][٢] ، استرداد الثمن ، لا تصح دعواه ؛ لأن إقدامه على هذا العقد إقرار منه بصحة هذا العقد ونفاده ، وذلك بالملك له أو بالأمر من المالك ، فالذي يدعي كونه فضولياً في البيع ينكر نفاده بعد ما أقر به ، وأنه تناقض ظاهر ، وإن أراد أن يقيم بينة على ما ادعى من كونه فضولياً في البيع [لا تسمع بينته[٣] .

وكذلك لو لم يكن له بينة وأراد أن يحلف صاحبه على ما ادعى من كونه فضولياً في البيع][٤] ليس له ذلك ؛ لأن سماع البينة والتحليف يترتبان على صحة الدعوى ، وهذه الدعوى لم تصح ههنا لمكان التناقض .

ذكر في المأذون الكبير[٥] : العبد المأذون إذا اشترى عبداً وقبضه ، ثم أقر أن هذا العبد الذي اشتراه من فلان قد كان فلان أعتقه قبل أن يبيعه منه ، فاشتراه وهو حر ، وأنكر البائع ذلك ، فإن العبد مملوك له على حاله ، ولا يصدق المأذون فيما أقر به على البائع ؛ لأن المشتري من البائع لو كان حراً وأقرَّ بمثل ما أقر به المأذون[٦] لايصدق فيما أقر به على البائع ، فكذا إذا كان المشتري مأذوناً لأن المشتري إذا كان حراً فالعبد يعتق

---

(١) في (ك) و (هـ) : وادعى المشتري أن البائع كان فضولياً في هذا البيع .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) ، وجاء في (ك) و (ب) : العبد .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧١ و ٧٢ نقلاً عن « المحيط » .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) النص في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٩ نقلاً عن « المحيط » . والمأذون الكبير هو كتاب مفقود للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، كما في « تاج التراجم » لقاسم بن قطلوبغا ص ٣٢٩ .

(٦) في (ب) : على البائع .

عليه بحكم إقراره ، وإذا كان عبداً مأذوناً فالعبد لا يعتق عليه ؛ لأن هذا إقرار بحرية طارئة بعد الرق وأنه صحيح من الحر غير صحيح من العبد المأذون .

ولو كان العبد المأذون لم يقر بذلك وإنما أقر أن البائع كان باع هذا العبد من فلان قبل أن يعتقه[١] مني ، وصدقه فلان في ذلك وكذبه البائع ، فإن المأذون لا يصدق فيما ادعى على البائع حتى لا يسترد الثمن من البائع ويصدق في حق نفسه ، حتى يؤمر بدفع العبد إلى فلان ؛ لأن المأذون أقر بعين في يده أنه لأجنبي ، وإقرار[٢] المأذون بذلك صحيح في حق نفسه .

[وإن أقر البائع بما ادعاه المأذون رجع المأذون على البائع بالثمن ، وكذلك لو أقام المأذون البينة على ما ادعى على البائع ، أو حلف المأذون البائع على ما ادعى ونكل ، رجع المأذون على البائع بالثمن][٣] .

[فقد جمع محمد رحمه الله بين ثلاثة فصول : إقرار[٤] البائع بما ادعاه المأذون ، وإقامة المأذون البينة على البائع وتحليف المأذون البائع على ما ادعاه ، وأجاب في الكل أن المأذون يرجع على البائع بالثمن][٥] ، وهذا الجواب ظاهر في فصل الإقرار ؛ لأن أكثر ما في الباب أن دعوى المأذون لا تصح لمكان التناقض ، فصار من حيث التقدير كأنه لم يدعِ ، فإقرار البائع يصح ؛ لأن الدعوى ليس بشرط لصحة الإقرار ، وإذا صح إقرار البائع لزمه رد[٦] الثمن ؛ لأن المبيع لم يسلم للمأذون من جهة البائع بزعمه ، والمأذون صدقه في ذلك ، فكان له أن يرجع بالثمن .

---

(١) في (ك) و (هـ) : يبيعه .

(٢) في (م) و (ب) : أقر .

(٣) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) : وإن أقر البائع بما ادعاه المأذون وإقامة المأذون البينة على البائع وتحليف المأذون البائع على ما ادعاه وأجاب في الكل المأذون يرجع على البائع بالثمن .

(٤) في (ب) : أقر .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٦) سقط من (ب) .

أما مشكل في فصل إقامة البينة وفي تحليف البائع ، وكان ينبغي أن لا يسمع البينة من المأذون على ما ادعى ، ولا يكون له حق التحليف البائع على ما ادعى ؛ لأن سماع البينة يترتب على دعوى صحيحة ، وكذا حق التحليف يترتب على دعوى صحيحة ، وهذا الدعوى من المأذون لم يصح لمكان التناقض ؛ [لأنه يدعي أن البائع باع منه المغصوب وإقدامه على الشراء إقرار منه أن المشترى ليس بمغصوب فهو معنى قولنا أن المأذون متناقض في هذه الدعوى ، والتقريب ما ذكرنا ، وقد وضع محمد رحمه الله هذه المسألة في « الزيادات » وفي « الجامع الصغير » : وذكر أن المشتري لو أقام البينة على ما ادعى من بيع البائع المبيع من غيره ، قبل أن يبيعه منه أنه لا يسمع دعواه ، ولو أراد أن يحلف البائع على ذلك ليس له ذلك ؛ لأن دعواه لم تصح لمكان التناقض][1] على ما ذكر[2] ، فلا يترتب عليه سماع البينة والتحليف ، فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر في المأذون ، ومنهم من صححه ، واختلفوا فيما بينهم .

قال بعضهم : في المسألة روايتان : على رواية « الزيادات » و « الجامع » لا تسمع البينة ، ولا يُحَلَّف البائع ، وعلى رواية المأذون تسمع البينة ويحلف البائع .

وجه ما ذكر في « المأذون » : أن التناقض ثابت من حيث الظاهر ، لا من حيث النص ، فإن المشتري لم يقر نصاً أن البائع ليس بغاصب ، وإنما أثبتنا هذا الإقرار من حيث الظاهر ، فإن الظاهر أن العاقل المسلم لا يشتري من الغاصب ، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للإبطال ، [فلم يجز[3] إبطال][4] بينة المشتري بالمناقضة الثابتة[5] من حيث الظاهر ، فكانت البينة مقبولة واليمين مستحقة حتى لو أقر المشتري نصاً أن البائع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (هـ) : ذكرنا .

(٣) في (ب) : يجب .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) .

(٥) في (ك) و (ب) : الثانية .

ليس بغاصب ، وأنه بسبيل من بيعه ، [ثم ادعى أنه كان غاصباً ، ولم يكن بسبيل من بيعه][(١)] لم تصح دعواه ، ولم تسمع بينته على الروايات كلها .

وقال بعضهم : ما ذكر في « الزيادات » و « الجامع » قياس وما ذكر في المأذون استحسان ، وفي « الأجناس » : مشتري الأرض إذا أقر أن الأرض المشتراة مقبرة أو مسجد ، أو أنفذ القاضي إقراره بحضرة من يخاصمه ، ثم أقام المشتري البينة على البائع ليرجع بالثمن عليه ، قبلت بينته .

وفي « فتاوى أبي الليث » : دار في يدي رجل ادعى آخر شركة فيها من جهة أنهما ورثاه من أبيهما فلان ، فقال الذي في يده الدار : ما كان لأبي في هذه الدار حق ، أو قال : ما كانت هذه الدار لأبي ، ثم إنه أقام البينة أنه كان اشترى هذه الدار من أبيه في حياته وصحته قبلت بينته ، لأن التوفيق بين الكلامين ممكن ، فإنه يمكنه أن يقول : لم يكن لأبي وقت الموت ولم يصر ميراثاً بيننا لما أنه قد كان باعها مني قبل ذلك .

ولو قال : لم يكن لأبي قط ، أو قال : لم يكن لأبي فيها حق قط ، ثم ادعى الشراء بعد ذلك من أبيه ، لم تسمع دعواه ، ولم تقبل بينته ؛ لأن التوفيق ههنا غير ممكن[(٢)] .

وإن ادعى إقرار الأب في هذه الصورة بعد ذلك تسمع دعواه ؛ لأن التوفيق بين دعوى إقرار الأب بالدار وبين ما تقدم من مقالته أنها لم تكن لأبيه ممكن ؛ لأنه يمكنه أن يقول : ما كانت لأبي لأنها كانت لي ، وقد أقر لي بها ، وإقرار الإنسان بالعين لغيره إذا لم يكن مملوكاً له صحيح .

وفيه أيضاً : رجل اشترى كرماً[(٣)] من رجل وادعى ابنه - وهو غير بالغ - أن هذا الكرم له ورثه من أبيه ، وصدقته الأم وزعمت أنها ما كانت وصية بجهة صحيحة يوم البيع ، وقد كانت أقرت يوم البيع أنها كانت وصية من جهة أبيه .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٣ نقلاً عن « المحيط » .

(٣) الكرم : بستان العنب . « المعجم الوسيط » ٢ : ٨٣٠ .

قال : دعوى الابن باطل إلا أن يكون مأذوناً في التجارة ، أو مأذوناً في الخصومة من جهة من له عليه ولاية ، وتصدق المرأة على نفسها فتضمن قيمة ما باعته ، ولا يصدق على المشتري ، ووجوب الضمان عليهما قولهما ، وأحد الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله بناءً على ما مر قبل هذا أن وجوب ضمان العقار بالبيع والتسليم روايتان عن أبي حنيفة . انتهى[١]

رجل مات وترك ابنين وبنتين ، فادعى أحد الابنين مع إحدى البنتين أن أبانا باع هذه الدار منا في حال صغرنا ، وأبرأنا[٢] الثمن ، واليوم هذه الدار ملكنا أثلاثاً ، ثلثاها للابن ، وثلثها للبنت .

فقد قيل : لا تصح هذه الدعوى ؛ لأن قولهما في الابتداء : « باع هذه الدار منا » يوجب التسوية بينهما ، وقد صرحا بالمثالثة في الانتهاء .

ولكن هذا بعيد ؛ لأن قولهما في الابتداء : « باع هذه الدار » يحتمل المثالثة ، ألا ترى أن من قال لرجلين : « بعت منكما هذا العين على أن ثلثاها لهذا » ، وثلثه لهذا صح ، فتصريحهما بالمثالثة في الانتهاء تعيين ما احتمله ابتداء الكلام ، وأنه لا يوجب تناقضاً ، ولكن ينبغي ههنا أن البيع كان في حالة الصحة ، بدونه لا تسمع دعواهما ؛ لأن البيع من الوارث في مرض موت المورِّث لا يصح عند أبي حنيفة أصلاً .

ادعت المرأة مهر المثل ثم ادعت بعد ذلك المسمى [يسمع دعواها الثاني ، ولو ادعت المسمى أولاً ، ثم ادعت مهر المثل لا][٣] يسمع دعواها الثاني ؛ لأن في الوجه الأول الجمع بين الدعوتين ممكن ، ولا كذلك في الوجه الثاني[٤] .

---

(١) قوله : « انتهى » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٢) في (م) : وأخذ منا الثمن .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧١ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

في « مجموع النوازل »[١] : رجل ادعى على رجل عند القاضي أنه غصب منه غلاماً تركياً ، وبين صفاته ، وطلب إحضاره ليدعيه ويقيم عليه حجة ، فأحضر المدعى عليه غلاماً بعض صفاته يخالف بعض ما وصفه المدعي ، فادعى المدعي هذا العبد وقال : هذا العبد ملكي ، [وأقام عليه البينة سمع دعواه ، وقبل منه البينة ، هكذا ذكر ، وهذا الجواب مستقيم فيما إذا قال : هذا ملكي][٢] ، [ولم يزد عليه ، ويجعل كأنه إنشاء ، وكذلك هذا الجواب مستقيم أيضاً فيما إذا قال : هذا العبد ملكي][٣] أيضاً ، ويصير مدعياً عبدين ، وأما إذا قال : هذا العبد هو العبد[٤] الذي ادعيته أولاً ، لا تسمع دعواه لمكان التناقض .

وإذا ادعى رجل على غيره أنه أخوه ، وادعى عليه النفقة ، فقال المدعى عليه : هو ليس أخي ، ثم مات المدعي فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه ، وقال : هو أخي لا يعتبر ذلك منه ، ولا يقضى له بالميراث .

ولو كان مكان دعوى الأخوّة دعوى البنوّة ، أو دعوى الأبوّة ، وباقي المسألة بحالها ، يقبل ذلك منه ، ويقضى له بالميراث .

والفرق : أن في دعوى الأخوة وأشباهها والإقرار بها العبرة لدعوى المال ، ألا ترى أن من أقر أن فلاناً أخوه ، ولا يدعي عليه مالاً بسبب هذه الدعوى لا تصح دعوته ، فعلم أن العبرة في الإقرار بالأخوة وأشباهها وفي دعواهما[٥] وأشباههما في دعوى المال ، والتناقض في دعوى المال مانع صحة الدعوى ، أما دعوى صحة[٦] البنوة والأبوة

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٠ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) في (هـ) : ودعوتها وأشباهها .

(٦) سقط من (ك) و (هـ) .

والإقرار بهما لا عبرة لدعوى المال ، بل هي مجرد دعوى النسب ، والتناقض في دعوى النسب غير مانع صحة الدعوى .

إذا ادعى المديون القضاء وأنكر رب الدين ذلك وحلف ، ثم إن المديون صالح رب الدين عن ذلك على شيء ، ثم أقام البينة أنه قد كان قضاه الدين ، هل تسمع بينته ؟

اختلف المشايخ فيه ، وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على القبول ، وصورتها :

رجل استعار من آخر دابة ، وهلكت الدابة تحت[١] المستعير ، وأنكر رب الدين الإعارة ، وصالحه المستعير على مال ، جاز ، فإن أقام المستعير بعد ذلك بينة على العارية ، وقال : إنها نفقة ، قبلت بينته ، ولو أراد استحلاف المستعير فله ذلك[٢] .

وعندي أن الجواب في مسألة الدين على التفصيل : إن صالحه عن الدين لا تقبل منه دعوى قضاء الدين[٣] لمكان التناقض ؛ لأن الصلح عن الدين إقرار بقيام الدين وقت الصلح ، وأنه مناقض دعوى القضاء قبل ذلك ، وإن صالحه عن دعوى الدين تقبل به دعوى القضاء ؛ لأنه تناقض ههنا .

وفي « المنتقى »[٤] : رجل له على رجل ألف درهم ، [فقال المدعى عليه : ما كان لك (عليَّ)[٥] ألف درهم][٦] قط ، وقد ادعيت هذه الألف أمس فدفعتها إليك ، فقال المدعي : ما قبضت منك شيئاً ، وإن لي عليك ألف درهم ، فصالحه من دعواه على خمسمائة درهم ، ثم إن المدعى عليه جاء ببينة ، فشهد[٧] الشهود أنهم رأوا

(١) في (هـ) : تحت يد المستعير .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٠ ، و « حاشية ابن عابدين » ١٢ : ٣٠٧ .

(٣) في (ك) و (هـ) و (ب) : القضاء .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦١ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

(٥) ما بين قوسين زيادة من (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (هـ) : فشهدت .

المدعى عليه دفع إلى المدعي أمس ألف درهم ، لم[١] يلتفت إلى هذه الشهادة ؛ لأن هذا إنما افتدى يمينه بها[٢] .

ولو أن المُدَّعَى عليه قال للمدعي حين ادعى : صدقت ، قد كان لك عليَّ ألف درهم ، لكني قد قضيتها أمس ، وقال المدعي : ما قضيتني شيئاً ، فدفع الألف إليه أو صالحه على خمسمائة ، ثم شهد الشهود للمدعى عليه أنه دفع إليه الألف بالأمس ، [كان له أن يرجع عليه بما أعطاه][٣] والصلح باطل .

وفي دعوى « المنتقى » : رجل ادعى داراً في يد رجل وهو يجحد ، فقال المدعي للقاضي : هذه داري وشهودي عليها غيَّب ، فاسأله أن يبيعها مني ، فسأله القاضي ، فأبى أن يبيعه ، فالمدعي على دعواه ، هكذا حكاه عن محمد رحمه الله ، فلم يجعل طلب المدعي من القاضي سؤال البيع[٤] من المدعى عليه تناقضاً في دعوى رقبة الدار بعد ذلك ، وأشار إلى المعنى ، فقال : لأنه فسر ذلك وقاسها على مسألة ذكرت في شفعة[٥] « المنتقى » ، صورتها :

رجل باع داراً في جوار رجل هو شفيعها ، والشفيع يزعم أن الدار المبيعة له ، فقال الشفيع للقاضي : هذه داري وأنا أدعي رقبتها ، لا تبطل شفعته[٦] لدعواه الرقبة ، أن في مسألة الشفعة في « المنتقى » ذكرت في موضعين في باب واحد ، في أول الباب ذكرت على نحو ما ذكرنا ، وفي آخر الباب ذكرت أن بدعوى الرقبة تبطل شفعته ، فعلى قياس ما ذكر في آخر الباب ينبغي أن تبطل دعواه في الرقبة في المسألة بسؤال البيع .

---

(١) في (ك) و (م) : ثم .

(٢) غير موجود في (م) .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٤) في (ب) : فلم يجعل طلب المدعى عليه البيع في المسالة من المدعى عليه .

(٥) في (ب) : في شفعة مسألة المنتقى .

والشفعة : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه .

« معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية » لمحمود عبد الرحمن ٢: ٣٤١ .

(٦) في (هـ) : شفعتها .

وفي دعوى « المنتقى » : عن أبي يوسف في الشفيع : إذا ادعى أن الدار المشتراة له وأن لي بينة غُيَّب ، أو قال : لا بينة لي ، ولكن أخذه بالشفعة .

قال : طلب الشفعة إقرار بأنها ملك البائع ، ولا أقبل بينته على الملك[١] إن جاء بها .

فعلى قياس هذا ينبغي أن تبطل دعواه في الرقبة عند أبي يوسف بسؤال البيع في المسألة المتقدمة ؛ لأن سؤال البيع إقرار أن الدار ملك البائع .

وفي « المنتقى » : في كتاب الدعوى ابن سماعة عن محمد[٢] : رجل ادعى على رجل أنه أخذ منه مالاً وهو كذا كذا ألف درهم ، ووصفه بصفة معروفة ، فأقام المدعى عليه بينة أن هذا المدعي أقر أن هذا المال المسمى العشر[٣] أخذ منه فلان ، وأنكر المدعي ذلك فليس هذا بإبطال لدعوى المدعي ، ولا بإكذاب لبينته ؛ لأن الإكذاب إنما يثبت لمكان التنافي ، ولا منافاة بين الآخذين إذا خلت الشهادتان عن الوقت ، فيجوز أن يكون فلاناً أخذه ثم رده عليه ، فأخذه هذا المدعى عليه .

وفي أقضية « المنتقى » : ابن سماعة عن أبي يوسف : رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار ، وكانت الألف بصك قد كتبت [عليه ، وكتب أن لا شيء عليه غيرها ، وكانت المائة دينار بصك قد كتب عليه ، وكتب][٤] ألا شيء عليه غيرها ، والوقت واحد ، أو لا وقت فيها ، فالمال كله لازم ، قال : ألا ترى أنه لو قال : لي عليه ألف درهم [ولا مال لي غيره غير ذلك][٥] ، [وجاء ببينة على ذلك][٦] ، [أو قال : لي عليه مائة دينار][٧] ولا مال لي عليه غير ذلك ، ثم ادعى ألف درهم وجاء ببينة على

(١) في (ب) : المالك .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٧ .

(٣) في (ك) : المقر .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ذلك أني أقبل البينة وألزمه المالين ، ويكون معنى قوله : لي عليه ألف درهم ولا مال لي عليه غير ذلك من جنس [الدراهم ، ومعنى قوله : لي عليك مائة ينار ، ولا مال لي عليه غير ذلك من جنس][(١)] الدنانير ، كذا[(٢)] ههنا .

وذكر المعلى قال : سألت محمداً : عن رجل ادعى على رجل مائة دينار في صك ، وألف درهم في صك ، وفي كل واحد من الصكين قد كتب : وهو جميع مالي عليه ، وأقام بينة على كل أحد من الصكين .

قال : عليه أحد المالين يعطيه أيهما شاء ، وروى هشام عنه أنه لا يلزمه شيء . انتهى[(٣)] .

عين في يدي رجل ، وهو يقول : هذا العين ليس لي ، لا يصح نفيه حتى لو ادعى هذا العين بعد ذلك رجل ، وادعاه ذو اليد أيضاً ، وقال : هو لي ، صح دعوى ذي اليد ، وهذا باتفاق الروايات إذا لم يكن وقت ما قال ذو اليد : « هذا العين ليس لي » هناك منازع يدعي العين لنفسه[(٤)] ، وإن صار ذو اليد متناقضاً إلا أن هذا التناقض ليس بضار ؛ لأن قوله : « هذا العين ليس لي » إذا لم يكن منازع لا يثبت لغيره حقاً ، وإن كان هذا أقر[(٥)] على نفسه بنفي الملك ، وكل إقرار لا يثبت على المقر حقاً لغيره وجوده والعدم بمنزلة ، وإن كان حال ما قال ذو اليد : « هذا العين ليس لي »[(٦)] هناك منازع يدعي هذا العين لنفسه ، صح نفيه ، حتى لو قال ذو اليد بعد ذلك : هو لي ، لا يلتفت إلى قوله : « هو لي » ، ويقضي لخصمه بالعين على رواية « الجامع » ، وعلى رواية كتاب الدعوى : لا يصح نفيه ، ويصح دعواه بعد ذلك العين لنفسه .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (هـ) : كذلك .

(٣) قوله : « انتهى » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) : إقرار .

(٦) في (م) و (ب) : ليس هذا الدين لي .

فالحاصل : إن قول صاحب اليد : « هذا العين ليس ملكي » عند وجود المنازع [إقرار بالملك له][(١)] على رواية « الجامع » إقرار بالملك فيه للمنازع .

وذكر[(٢)] هذه المسألة في كتاب الأقضية في موضعين ، وجعل قوله : « هذا العين ليس بملكي » عند وجود المنازع إقراراً بالملك فيه للمنازع في أحد الموضعين ، ولم يجعله إقراراً بالملك في الموضع الآخر ، ثم على رواية كتاب الدعوى إذا لم يكن إقراراً وقد كان قال صاحب اليد : « هو ليس بملكي » وليس بمعترض لهذا ، فالقاضي لا يكتفي بهذا الجواب من المدعى عليه ، بل سأله : أهو ملك المدعي ؟ فإن قال : نعم ، هو ملكه ، أمره بالتسليم إليه ، وإن قال : ليس بملكه ، وليس في يده ، فالمدعي يثبت يده بالبينة .

إذا قال الوارث : هذه الدار لم تكن لأبي ، وأنها كانت وديعة في يده لفلان ، سمى رجلاً معروفاً ، ثم أقام البينة أن الدار كانت في يد أبيه أخذها الذي في يديه بعد موته ، أو أقام بينة أنه أخذها منه في حياته ، ردت الدار إلى الابن إن كان موضعاً[(٣)] لها حتى يقدم المستودع ، وإن لم يكن موضعاً لها جعلت في يدي عدل .

هذا إذا أقر لرجل معروف ، وإن لم يكن أقر لمعروف ، لكن قال : لم تكن هذه الدار لأبي ، ثم قال بعد ذلك : كذبت في قولي إنها لم تكن لأبي ، بل كانت لأبي مات وتركها ميراثاً لي ، دفعت إليه الدار بعد تَلَوَّمَت[(٤)] فلم يحضر أحد يطلبها .

كمن في يده دار أو ثوب قال[(٥)] : ليس هذا لي ، فالقاضي لا يأخذ ذلك من يده حتى يحضر أحد فيدعيها .

وإذا قال : لا حق لي قبل فلان ، ثم ادعى عيناً في يده لا تسمع دعواه ، ولو أقر له فلان بعين في يده صح إقراره .

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) .

(٢) أي صاحب « المنتقى » .

(٣) في هامش (هـ) : « موضعها » وكتب فوقها : نسخة .

(٤) تلوّم على الأمر : تلبّث عليه ، والمعنى : يُنتظر في هذه الدار ويُتريث فيها ، « المعجم الوسيط » ٢ : ٨٨٤ .

(٥) غير موجود في (م) .

في الباب الثاني من صلح شيخ الإسلام ، وفي « نوادر » هشام قال : سألت محمداً عن رجل قال : لا حق لي في هذا الدار ، ولا خصومة ، ولا طلبة ، ثم جاء يزعم أنه وكيل فلان في دعوى هذه الدار ، قُبل ذلك منه[١] .

إذا قال المدعى عليه وقت القضاء : العين المدعى ليس ملكي ولا هو في يدي ، وقد كان قال وقت الدعوى : هو ملكي وحقي ، لا يسمع منه هذا الكلام لمكان التناقض ، والله أعلم[٢] .

❊ ❊ ❊

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٥ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) قوله : « والله أعلم » غيرموجودة في (ك) و (هـ) .

الفصل العشرون
فيما يبطل قول[١] المدعي [من][٢] قوله أو فعله

رجل ادعى على رجل مالاً معلوماً وأقام عليه البينة ، ثم [ثم شهد على المدعي قوم جاء بهم المدعى عليه أنه أقر بعد هذه الدعوى وإقامة البينة][٣] أنه استوفى من هذا المال كذا وكذا درهماً ، هل يبطل ذلك دعوى المدعي وبينته ؟

قالوا : المسألة على وجهين : إن كان الإقرار بلفظ يدل على استيفائه هذا القدر قبل هذه الدعوى والبينة بأن قال : ما فيه بوم أزين مال أو بدي بافتم ، أو قال : بافتم أزين مال أو يدي[٤] ، لا تبطل دعواه ولا بينته ؛ لأنه يمكنه أن يقول : استوفيت هذا القدر من المال بعدما ادعيته وأثبته بالبينة . انتهى[٥]

رجل ادعى على رجل أربعمائة درهم ، وأنكر المدعى عليه ذلك ، فإن أقام[٦] المدعى عليه بينة على دعواه ، وقضى القاضي به[٧] بالأربعمائة ، ثم إن المدعي أقر أن للمدعى عليه مائة درهم .

قال أبو القاسم الصفار رحمه الله[٨] : يبطل عن المدعى عليه الثلاثمائة الباقية ،

---

(١) في (ك) : دعوى .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .
وفي (م) و (ب) : أقر .

(٤) عبارة فارسية لم أستطع ترجمتها .

(٥) قوله : « انتهى » غير موجودة في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) في (هـ) : فأقام .

(٧) في (هـ) : له .

(٨) أبو القاسم ، أحمد بن عصمة ، الصفار ، الملقب حَم ، البلخي الفقيه ، المُحدث .
تفقه على نصير بن يحيى ، وأبي جعفر الهندواني، وسمع منه الحديث. وروى عنه أبو علي الحسن بن صديق بن الفتح الوزغجني . قيل مات سنة ٣٢٦ ، وقيل : ٣٣٦ وهو ابن ٨٧ سنة .
« الجواهر المضية » ١ : ٢٠٠ « الطبقات السنية » ١ : ٣٩٣ ، « الفوائد البهية » ص ٢٦ .

وبه أفتى عبد الكريم[١] ؛ لأن بقدر المائة يقع المقاصة بين ما للمدعي على المدعى عليه ، وبين ما للمدعى عليه على المدعي ، ويسقط ذلك القدر عن المدعى عليه ، فيصير المدعي مكذباً لشهوده ، فإنهم شهدوا له بالأربعمائة وله عليه ثلاثمائة .

وأفتى أبو أحمد عيسى بن النصر[٢] وغيره من أصحابنا أنه لا يبطل عنه الثلاثمائة الباقية ، لأن بوقوع المقاصة لا يسقط الدين كما لا يسقط بالقضاء ، إنما يسقط المطالبة لا غير ، ألا ترى أن هذا القضاء والمقاصة لو أبرأ رب الدين المديون عن الدين يصح ، فلم يسقط المائة ههنا عن المدعى عليه فلا يتحقق التكذيب ، فلا تبطل الشهادة ، فلهذا قالوا : لا تسقط الثلاثمائة الباقية ، والله أعلم .

القاضي إذا افترض[٣] النفقة للمرأة على الزوج فمضت مدة واجتمعت عليه النفقة ، وادعى أن المرأة كانت حراماً عليه عند الفرض وأقام البينة ، فبهذا القدر لا يبطل النفقة ؛ لأنه يجوز أنها كانت حراماً عليه ، إلا أنها كانت في العدة ، فيستقيم فرض النفقة .

ولو ادعى الزوج الخلع معها على المهر ونفقة العدة قبل فرض القاضي صح الدعوى ، وإن[٤] أقام البينة على ذلك قبلت بينته وبطل الفرض .

وفي « المنتقى » : بشر عن أبي يوسف رحمه الله : رجل استعار من آخر ثوباً ثم أقام البينة أن الثوب لابنه الصغير قبلت بينته ، فلم تكن الاستعارة على هذه الرواية إقراراً بالملك المستعار منه .

---

(١) عبد الكريم بن محمد الجرجاني ، أبو محمد ، ويقال : أبو سهل قاضي جرجان ، انتقل إلى مكة فاراً من القضاء ، ومات بها .

روى عن : عبد الملك بن جريج ، وقيس بن الربيع ، وأبي حنيفة النعمان بن ثابت .

روى عنه : سفيان بن عيينة - وهو أكبر منه - ، وغسان بن يحيى النسوي ، وقتيبة بن سعيد ، ومحمد بن إدريس الشافعي ، ومهران بن أبي عمر الرازي ، وهشام بن عبيدالله الرازي ، وأبو يوسف القاضي - وهو أكبر منه - .

ذكره ابن حبان في كتاب «الثقات» ، وقال : كان مرجئا ، وكان من خيار الناس .

قال قتيبة: لم أر مرجئا خيرًا منه ، كان على القضاء بجرجان فترك القضاء وهرب إلى مكة ، ومات بها في سنة نيف وسبعين ومائة .

«الجرح والتعديل» لابن أبي حاتم ٦: ٦١ ، «ثقات ابن حبان» ٨: ٤٢٣ ، «تهذيب الكمال» ١٨: ٢٥٩ .

(٢) لم أعثر له على ترجمة فيما لدي من المصادر إلا أن يكون في اسمه خطأ لم أهتد إلى صوابه .

(٣) في (هـ) : فرض .

(٤) في (ك) و (ب) : وإذا .

وذكر بعد هذه المسألة مسائل ، إذا قال الرجل لغيره : أسكني هذه الدار ، أعرني هذه الدابة ، ثم ادعاه بعد ذلك لنفسه لم تقبل حجته ، وجعل الاستعارة إقراراً بالملك للمستعار منه .

ولو قال : ادفع لي هذه الدار أسكنها فأبى أن يعطيه ، ثم إن هذا السائل ادعاها بعد ذلك لنفسه فهو على حجته .

وكذلك إذا قال : أعطني هذا الثوب ألبسه ، أعطني هذه الدابة أركبها .

وفي « نوادر » إبراهيم [عن محمد][1] رحمه الله : إذا شهد شاهدان أن لهذا الرجل على هذا الرجل ألف درهم ، وعلى هذا لرجل آخر مائة دينار ، فقال المشهود له : أما الألف فنعم ، وأما المائة الدينار فباطل ، قال : تبطل الشهادة في الرجلين جميعاً .

وكذلك لو شهد أنه غصبه هذين الثوبين ، فقال المشهود له : أما أحدهما فلم يغصبه بطلت الشهادة .

ولو شهدوا أن لفلان على فلان ألف درهم وقضا منه خمسمائة وكذبهما المدعي في القضاء فالشهادة جائزة .

وروى بشر في « نوادره »[2] عن أبي يوسف : في رجلين شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم قد قضى منها مائة ، وقال المدعي : لم أقبض شيئاً .

قال أبو حنيفة[3] : أقضي له بالألف ، وأجعله مقتضياً المائة .

قال بشر : وهو قول أبي يوسف .

رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها داره ، واشترى منه منذ شهر ، وأقام شاهدين فشهدا على وقت الشراء أو أقل ، فشهادتهما جائزة ، ولو شهدا على أكثر من ذلك لم يجز شهادتهما .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) سقط من (هـ) .

(٣) في (هـ) : رحمه الله .

وفي « نوادر » بشر عن أبي يوسف[١] : شاهدان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، فأنفذ القاضي شهادتهما ، ثم ادعى أحد الشاهدين أنها امرأته تزوجها قبل الذي طلقها ، وأتى على ذلك ببينة ، والمرأة تجحد ، لا يقبل ذلك[٢] منه ، [وكذلك لو لم يكونا شهدا أنها امرأته ، وإنما شهدا أنه طلق هذه ثلاثاً][٣] ، وكذلك هذا في العتق والبيع وغير ذلك إذا جحد البائع دعوى الشاهدين ، وقال : المتاع لي[٤] .

وكذلك إذا قال الشاهدان : نحن أمرناه بالبيع ؛ لأن ما نفذ من الحكم [شهادة بمنزلة الإقرار منهما ؛ لأنه لا حق لهما فيه ، ولا في ثمنه ، وسواء كان البائع جاحداً للبيع ، أو كان المشتري جاحداً للشراء ، ولو شهدا فرد][٥] الحاكم شهادتهما ، ثم ادعياه لأنفسهما ، فليس لهما في ذلك دعوى ، فإن لم يشهدوا عليه عند الحاكم ، ولكن شهدا المبايعة وختما على الشراء من غير إقرار بكلام شاهدين[٦] ، لا يقبل لهما دعوى .

وروي عن محمد : في رجل شهد على رجل أنه طلق امرأته ، ولم يشهد أنها امرأته ، وقال : لم أعرفها ، ولم أكن دخلت بها ، قبلت بينته ، وكذلك لو شهدا على إقرار المرأة أنها امرأته ، ولم يشهدا أنها امرأته ، فأجاز القاضي عليها إقرارها وجعلها امرأته ، ثم أقام الشاهد بينة أنه تزوجها منذ سنة ، فإني لم أعرفها ، قبلت بينته ، ويبطل[٧] قضاء القاضي ويردها على الشاهد ، فصار مسألة الطلاق مختلفة بين أبي يوسف ومحمد .

رجل في يديه مملوك ادعاه رجل أنه مملوكه ، والذي في يديه يجحده ، وادعاه لنفسه فحلَّفَه القاضي ما هو لهذا المدعي ، فأبى أن يحلف ، وقضى القاضي عليه بنكوله ، فقال الذي قد كانت في يده : قد كنت اشتريته منه قبل الخصومة ، وأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ، وقضي له به ، ولا يكون إباء اليمين إكذاباً للشراء ، ولو أقام بينة على أنه لي ولد في

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧٠ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله تعالى .

(٢) في (م) : هذا .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (م) و (ب) : وقيل المتاع .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٦) في (ب) : فأي هذين ، وفي (ك) : فإن هذين .

(٧) في (م) و (هـ) : بطل .

ملكي ، أو أقام بينة على أني اشتريته من فلان ، يريد به رجلاً آخر سوى المدعي ، وقد ولد في ملكه لا تقبل منه البينة[١] .

وإذا شهد شاهدان أن الدار التي في يد هذا لفلان ، فقال المشهود له : هذا البيت من هذه الدار لفلان ليس هو لي ، فقد أكذب شهوده ، فإن كان هذا قبل القضاء لم أقض لا له ولا لفلان بشيء ، وإن كان بعد القضاء ، قال : هذا البيت لفلان ، ولم يكن لي ، أجزت إقراره لفلان ، وجعلت البيت له ، ورددت ما بقي من الدار على المدعى عليه ، وضمنته قيمة ذلك البيت يعني[٢] للمشهود عليه .

ولأبي يوسف فيها قولٌ آخر : أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه ، ويكون ما بقي من الدار له ، يعني للمشهود له .

وفي « الإملاء » عن محمد[٣] : ثوب في يدي رجل ، أقر أنه لفلان ، ثم قال بعد ما سكت : بعته منه بمائة درهم[٤] ، وقال فلان : هو لي من غير البيع ، قُبلت بينته ، ولم يكن إقراره إكذاباً للبينة ، ولو كان المقر وصل كلامه فقال : هذا لفلان بعته منه بمائة دينار قبل قوله ، ولم يخرج من يده إلا بما قال .

عبد في يدي رجل قال لصاحب اليد : هذا عبدك ، ثم ادعى المقر بعد ذلك أنه عبده باعه من المقر له بألف درهم ، لم يُصدَّق على ذلك ، فإن قال المقر له : هذا العبد كان للمقر قبل أن يقر لي ، فقد وجب حق المقر الأول في العبد ، فيقال للمقر له : أقم البينة على انتقاله منه إليك . انتهى[٥]

وفي « نوادر »[٦] عيسى بن أبان[٧] : ثلاثة نفر أقاموا بينة على رجل بمالٍ لهم قبله من ميراثهم عن أبيهم ، فقضى القاضي به لهم ، ثم إن أحدهم قال بعد ذلك : ما لي في هذا

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧٢ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله تعالى .

(٢) في (م) و (ب) : بقي .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٤ نقلاً عن « المحيط » .

(٤) في (ك) : دينار .

(٥) قوله : « انتهى » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٦) هي نوادر محمد بن الحسن الشيباني ، من رواية عيسى بن أبان ، فنسبت إليه .

(٧) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٧٢ و ٧٣ .

المال الذي قضي لنا به على فلان من حق ، وإنما هذا لإخوتي ، قال : لا يبطل بهذا القول عن المقضي عليه شيء ، إلا أن يقول : ما كان لي أصلاً في هذا المال شيء ، وما هو إلا لإخوتي ، فحينئذٍ يبطل حقه عن المقضي عليه .

ولو قال قبل أن يقضي القاضي له بالمال : ما لي في هذا المال حق ، وما هو إلا لإخوتي ، يسأل عن ذلك بأي وجه صار لهما دونك ، وإنما ادعيتم من ميراث أبيكم ، فإن جاء بوجه يكون له فيه من قوله مخرج قُبِل منه ، وإن قال هذا القول ثم [مات][(١)] قضى القاضي للآخرين بالثلثين وترك نصيب المقر .

ولو كان الذين أقاموا البينة هم الذين ولُّوا معاملتهم[(٢)] ولم يدعوا المال عليه من الميراث ، ولكن من شيء بايعوه له ، ثم قال أحدهم : ما المال إلا لهذين ما لي فيه حق ، كان المال كله لهذين ، ولم يبطل عن المدعى عليه شيء منه ؛ لأنه قد يكون المال لرجل باسم رجل ، فقال رجل يعمل به [رجل آخر][(٣)] .

رجل أقر وقال : هذا العبد تركه فلان ميراثاً ، وأوصى به لي ، وكذلك لو قال : تركه ميراثاً ، ثم ادعى هبة في صحته ، لم أسمع دعواه ، ولم أقبل بينته[(٤)] .

وفي « نوادر » هشام ، قال : سألت محمداً عمن تزوج امرأة ثم ادعى أنه اشتراها ممن يملكها[(٥)] ، قال : لا أقبل بينته على ذلك حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان ، وهو يملكها بعد التزوج[(٦)] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : مقالتهم .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) هذه الفقرة جاءت في (ك) و (ب) كما يلي : رجل أقر وقال : هذا العبد تركه فلان ميراثاً ، ثم ادعى أن فلاناً الميت أوصى بثلثه ، وأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ، ألا ترى أنه يقال : تركه ميراثاً ، وأوصى لي ، وكذلك لو قال : تركه ميراثاً ، ثم ادعى هبة في صحته ، لم أسمع دعواه ، ولم أقبل بينته .

(٥) في (ب) : تملكها .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٩ و ٧٠ نقلاً عن « المحيط » .

وكذلك لو ساوم بدار في يدي رجل ثم ادعى أنه اشتراها من فلان وهو يملكها لم أقبل ذلك منه[١] حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان بعد ذلك ، وأقر الذي في يديه الدار أنه وكيل البائع . انتهى[٢]

جارية متنقبة في يدي رجل ، اشتراها منه رجل وهو بحضرتهما ، فلما أحلت نقابها قال المشتري : هذه جاريتي ، ولم أعرفها للنقاب ، لا تقبل دعواه ، ولا بينته[٣] .

وإن ساومه بمتاع في جراب مدرج ، وقال البائع : هذا هروي[٤] ، فلما أخرجه من جرابه ونشره ورآه ، قال : هذا متاعي ، قبلت بينته .

وكذلك لو اشترى منه ثوباً في منديل ، فقال له البائع : أبيعك هذا الثوب الذي في هذا المنديل ، فلما اشتراه فأخرج له الثوب من المنديل ، فقال[٥] المشتري : هذا ثوبي ولم أره ، قال : أقبل[٦] دعواه وبينته .

قال محمد رحمه الله : أنا أنظر في ذلك الشيء ، فإن كان يمكن أن يكون ساومه وهو يعرف مثل الجارية المتنقبة القائمة بين يديه ، فهذا يمكن أن يعرف به ويمكن أن لا يعرف ، فلا يقبل قوله : إني لم أعرفه ، إلا أن يصدقه الذي في يديه أنه لم يعرف ، فتقبل بينته حينئذ .

وإذا كان شيئاً لا يمكن أن يساومه وهو يعرف مثل ثوب في منديل لا يراه أو جارية قاعدة على رأسها كساء أو[٧] غطاء لا يرى منها[٨] شيء ، أقبل بينته عليه[٩] .

---

(١) في (ب) : بينته .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجودة في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٩ .

(٤) كذا في الأصول ، ولم أفهم المراد .

(٥) في (هـ) و (ب) : وقال .

(٦) الضمير يعود إلى الإمام محمد بن الحسن الشيباني كما يستفاد من السياق ، وكما جاء في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٩ نقلاً عن « محيط السرخسي » .

(٧) في (ك) و (هـ) : « و » .

(٨) سقط من (ب) .

(٩) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٩ نقلاً عن « محيط السرخسي » .

وفي « نوادر » ابن سماعة : [عن أبي يوسف][(١)] في رجلين شهدا لرجل ، وقالا : نشهد أن فلاناً غصب عبده هذا ، ولكنه قد رده[(٢)] بعد ذلك فمات عند مولاه ، وقال المغصوب منه : ما رده عليَّ ، وإنما مات عند الغاصب ، وقال المشهود عليه : [ما غصبته ولا رددته عليه وما كان من هذا شيء ، قال : إذا لم يدع شهادتهما يعني على الرد ضمنته القيمة[(٣)] .

وكذلك لو شهدا أنه غصب عبداً له وأن مولاه قتله في يد الغاصب ، وقال المغصوب منه : ما قتلته ، ولكن مات عند الغاصب ، وقال المشهود عليه][(٤)] : ما غصبت ولا قتل المشهود له عبداً[(٥)] له في يدي .

وكذلك لو شهدوا أن لهذا على هذا ألف درهم ولكنه قد أبرأه منها .

وقال المشهود له : ما أبرأته من شيء ، وقال المشهود عليه : ما كان عليَّ شيء ، ولا أبرأني من شيء ، قال : إذا لم يدع شهادتهما على البراءة قضيت عليه بالألف[(٦)] . انتهى[(٧)] .

رجل شهدت له بينة على رجلين أن له عليهما ألف درهم ، فقال الطالب : إن مالي على فلان وحده خمسمائة ، أو قال : إنما لي على هذا وحده ، قال أبو يوسف : ليس هذا إكذاباً للبينة .

بشر عن أبي يوسف : في رجل ادعى شراء جارية من رجل وأراد ردها بعيب العور ، فجحد البائع ، وقال : لم أبعك ، فأتى المشتري بشهود له أنه ابتاعها منه ، وهي عوراء ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : قدره .

(٣) « حاشية ابن عابدين » ١١ : ٢٣٨ .

(٤) زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) في (ب) : عبد .

(٦) « حاشية ابن عابدين » ١١ : ٢٥١ .

(٧) قوله : « انتهى » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

وأقام البائع بينة أنه قد برئ إليه من العور ، لم تقبل بينته على البراءة في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : أقبلها ، ليس هذا إكذاباً لشهوده ، فإنه يمكنه أن يقول : أبرأني ، ولم أبعه حيث كلمه[١] فطلبت إليه فأبرأني .

رجل ادعى داراً ببينة في يدي رجل أنها داره وأقام البينة على ذلك ، وذكر الشهود البناء في شهادتهم ، [أو لم يذكروا ثم ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء ، فالقاضي يقضي بالدار][٢] ببنائها للمدعي ، فإن أقر المدعي بعد ذلك أن البناء للمدعى عليه فهذا إكذاب لشهوده ، وبطلت الشهادة ، والقضاء في البناء والدار جميعاً ، هكذا ذكر في « الأقضية » .

وفي آخر شهادات « الأصل » قال : إذا ذكر الشهود البناء في شهادتهم ، ثم[٣] أقر أن البناء للمدعي ، فهذا إكذاب لشهوده ، وقد ذكرنا قبل هذا في فصل على حدة ، وإنما أوردناها ههنا لنفرق بين مسألة الدار وبين مسألة الحانوت ، فإن من ادعى حانوتاً في يدي رجل ، وشهد الشهود بالحانوت للمدعي ، ثم غاب الشهود أو ماتوا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء ، فإن القاضي يقضي بالحانوت ببنائه للمدعي ، فإن أقر المدعي بعد ذلك فقال : استانة ابن دكان مدعى عليه كرده است[٤] ، فهذا منه إكذاب لشهوده ، وإن لم يذكر الشهود البناء في شهادتهم[٥] ، أما على رواية كتاب « الأقضية » : لا يحتاج إلى الفرق ، وأما على رواية « الأصل » يحتاج إلى الفرق .

والفرق : أن الحانوت اسم للعَرْصَة[٦] والبناء جميعاً ، فالقضاء بالبناء في الحانوت لكون البناء مشهوداً به ، فإذا أقر بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يصير مكذباً شهوده ،

---

(١) في (ب) : ظلمه .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : ثم إن أقر .

(٤) عبارة فارسية لم أهتد لمعناها .

(٥) في (ب) : شهادتهم .

(٦) المراد هنا : ساحة الدار . « المعجم الوسيط » ٢: ٦٢٢ .

وكذلك[١] اسم الدار ، فإنه اسم للعرصة ، والبناء يدخل فيه بطريق التبعية ، لا يكون البناء مشهوداً ، فلا يصير لمدعي الإقرار بالبناء للمدعى عليه مكذباً شهوده .

وكذلك[٢] في هذه الصورة لو أن المدعى عليه ادعى كل البناء أو [بعضه][٣] لنفسه بعدما قضى القاضي عليه بجميع الحانوت لا يسمع دعواه ، وإن لم يذكر شهود المدعي البناء في شهادتهم بخلاف مسألة الدار على رواية « الأصل » ، والبيت في هذا نظير الحانوت ولا نظير الدار ، حتى لو ادعى رجل بيتاً في يدي رجل وقضى القاضي له بالبيت وبنائه ، ثم ادعى المدعى عليه البناء لنفسه وأقام على ذلك بينة لا تقبل بينته ، ذكر الشهود البناء في شهادتهم أو لم يذكروا .

وكذلك لو أقر المقضي له في هذه الصورة أن البناء للمدعي ، فهذا إكذاب منه للشهود كما في مسألة الحانوت ؛ لأن البيت اسم للعرصة والبناء كالحانوت .

في « مجموع النوازل » : فيمن أوصى لرجل بألف درهم ، فادعى الموصى له أنه ابن الميت ، ولم تقم له بينة فله أقل من الميراث ومن الألف .

وقال محمد[٤] : الوصية باطلة ولا شيء له[٥] ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) في (هـ) : ولا كذلك .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٤) في (هـ) : رحمه الله .

(٥) « حاشية ابن عابدين » ١١ : ٢٥٢ .

الفصل الحادي والعشرون
فيما يكون جواباً من المدعى عليه وما لا يكون ، وما يكون إقراراً منه وما لا يكون[١]

رجل ادعى ضيعة في يدي رجل أنه ملكه ، فقال المدعى عليه : تامل كنم ونكاه كنم[٢] ، فهذا ليس بجواب ، ويجبره القاضي على الجواب ، وهذا لأن الدعوى وقع في الملك ، فجوابه أن يقر المدعى عليه ، فيقول : نعم هذا ملكك ، أو ينكر ، فيقول : ليس هذا ملكك ، وإذا قال المدعى عليه : [اين محدود مرا ابتوسبردني نيست[٣] ، أو قال : بتوسليم كردني نيست[٤] ، (فهذا ليس بجواب عند بعض مشايخنا لما قلنا ، وعند بعضهم هذا جواب ، وهو الأصح[٥] ، وفي دعوى الدين إذا قال المدعى عليه)[٦]][٧] : من بتو جيزي دادني نيست[٨] ، فهذا ليس بجواب عند بعضهم ، وعند بعضهم هو جواب ، وهو الأشبه .

ادعى ضيعة في يدي رجلين فقالا : وتيران تيرازين ضياع ملك ما دست ودرست ماست ويك تبر ملك فلان غائب است ودردست ما إما نست[٩] ، فهذا جواب تام ، ولكن لا تندفع الخصومة عنهما عن السهم الآخر ما لم يقيما بينة على الوديعة على ما عرف .

---

(١) أكثر المؤلف في هذا الفصل من الكلمات والعبارات الفارسية .

(٢) عبارة فارسية معناها : أتأمل وأنظر ، والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) عبارة فارسية ترجمتها : محدودي هذا ليس محولاً إليك .

(٤) عبارة فارسية معناها : ليس مسلمًا لك .

(٥) قوله : « فهذا ليس بجواب عند بعض مشايخنا لما قلنا ، وعند بعضهم هذا جواب ، وهو الأصح » غير موجود في (ك) .

(٦) ما بين قوسين غير موجود في (ب) .

(٧) ما بين المعكوفتين سقط من (ك) .

(٨) عبارة فارسية ترجمتها : ليس لي شيء أعطيه لك .

(٩) عبارة فارسية معناها : سهمان من ثلاثة من هذه الضيعة لنا وهي في يدنا ، وقد وردت كذلك في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

وإذا قال في دعوى الدين بسبب البيع أو ما أشبه ذلك : من اين مبلغ بدين سبب دادني بنست[١] ، فهذا ليس بجواب ، هكذا قيل ، وقد قيل : هذا إنكار لأصل الدين ، فيكون خصماً في أصل الدين .

وإذا قال في دعوى الدين : من أعلم ست من أخبرينت ، فهذا ليس بجواب[٢] .

وفي دعوى العقار إذا قال : هذا المحدود ملكي ، ولم يقل : هو في يد المدعى عليه ، لا يلزم المدعى عليه الجواب ، وإذا قال : هو ملكي ، وفي يد هذا المدعى عليه ، فقال المدعى عليه للمدعي : أين محدود ملك بست[٣] ، فهذا ليس بجواب ، وقد قيل : إنه جواب ، وهو الأشبه ؛ لأن قول المدعى عليه في العقار : درست ست ، غير معتبر ، ولا تثبت به يد المدعى عليه على المدعي ، فلابد من إقامة المدعي البينة على كونه في يد المدعى عليه ، وإذا أقام البينة على ذلك يصير خصماً سواء ، قال : هو في يدي ، أو لم يقل .

وإذا ادعى منزلاً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه : عرصة ملك منست ، فهذا ليس بجواب ما لم يقل : عرصة اين منزل كه دعوى منكني .

وكذلك إذا قال الشاهد : عرصة ملك مدعي ابن ، فهذه الشهادة ليست بتامة .

وإذا ادعى نكاح امرأة فقالت : من رب ابن مدعي ثم ، فهذا جواب ، ولو قالت : من زن مدعي نيم ، أو قالت : من زن وي كه من غيب نيم ، فإن أشارت إليه فجواب ، وإن لم تشر إليه فقد قيل : إنه ليس بجواب ، لجواز أن يكون في المجلس مدع آخر ، وهي أرادت بقولها ذلك المدعي ، لا هذا المدعي الذي ادعى نكاحها . انتهى[٤] .

---

(١) عبارة فارسية ترجمتها : ليس لي أن أعطيك هذا المبلغ بهذا السبب .

(٢) ترجمة العبارة : ليس لي أن أعطيك هذا المبلغ بهذا السبب ، ليس لي علم ليس لي خبر . والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٢ و ٦٣ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) في هذه المسألة والمسألتين اللتين تليها عبارات فارسية وترجمة العبارة الأولى : هذا المحدود ليس بملك أن قال في يدي ، وليس بملك وإن لم يقل في يدي ، وترجمة العبارة الثانية : في يدي . والثالثة : عرصة المنزل الذي تدعيه . والأخيرة : العرصة ملكي . وقد وردت المسائل الثلاث بعباراتها الفارسية في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٢ و ٦٣ .

(٤) أورد المؤلف في هذه المسألة ثلاث عبارات فارسية ترجمتها : أنا لست زوجة هذا المدعي . لست زوجة المدعي . لست زوجة الذي يدعي .

ادعى داراً في يدي رجل فقال المدعى عليه : ابن خانه حق منست[١] ، فهذا ليس بجواب ؛ لأن الدعوى وقع في الملك ، والمدعى عليه لم يتعرض للملك لا بالنفي عن المدعي ، ولا بالدعوى لنفسه ، إنما ادعى أنها حقه ، ويجوز أن يكون حقاً له ، ولا يكون ملكاً له ، بأن كانت في يده بإجارة أو رهن أو ما أشبه ذلك ، وهذا لا يصير خصماً .

وكذلك إذا قال المدعى عليه للمدعي : ترادار بن خانه حق منست ، فهذا ليس بجواب ؛ لأن المدعي ادعى الملك ، ويحتمل أن المدعى عليه أراد بقوله : ترادارد ي حق مست ، ألحق بجهة الإجارة أو بجهة الرهن أو ما أشبه ذلك .

ادعى داراً في يدي رجل أنها داره غصبها ذو اليد منه ، فقال ذو اليد : كليد ابن خانه دردست من است به سبيي شرعي ومن برين مدعي سردني منست ، فهذا الجواب تام[٢] في حق إنكار الغصب [غير تام][٣] في حق الملك ؛ لأنه لم يتعرض للملك لا بالنفي ولا بالإثبات .

رجل ادعى داراً في يدي رجل فقال المدعى عليه : إنها داري ، ثم قال : إنها وَقْفٌ فهذا جواب تام تقبل بينة المدعى عليه[٤] .

وكذلك لو قال في الابتداء : هذه الدار وقف ، وفي يدي بحكم التولية ، فهذا جواب تام ، ولو أقام المدعي البينة بالملك لنفسه ، تقبل بينته ، وبعدما قضى القاضي للمدعي لو أقام المدعى عليه البينة على الوقفية لا تقبل بينته ؛ لأنه صار مقضياً عليه .

وإذا قال المدعى عليه العقار : هذا العقار المدعى به ليس في يدي يحتاج المدعي إلى إثبات يده بالبينة ، فإذا أبته[٥] الآن يقيم البينة على الملك ، وهذا حكم يختص بالعقار ،

---

(١) عبارة فارسية معناها : هذا البيت حقي .

(٢) في (م) و (ب) : قام . وترجمة العبارات الفارسية الثلاث التي مرت : هذه الدار حقي ليس لك في هذه الدار حق . ليس فيه حق لك . مفتاح هذ الدار في يدي بسبب شرعي ولست أسلمها لهذا المدعي .

(٣) في (م) و (ب) : غر قام .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) أي قطع وجزم بالمِلك ، من بَتَّ الأمر إذا جزم به . « المعجم الوسيط » ١ : ٥٧ .

فإن الدعوى إذا وقع في المنقول لا تسمع الدعوى إلا بحضرة المنقول ، وعند إحضار المنقول يعرف يد المدعي عليه فلا حاجة إلى إثباته بالبينة .

في فتاوى « الأصل » : إذا أنكر المدعى عليه أن يكون المحدود المدعى به في يده فالقاضي يحلِّفه على اليد أولاً ، فإن حلف يندفع عنه الخصومة ، وإن نكل يحلف على الملك ، وهذا مما لا يكاد يصح ؛ لأن[١] اليد على العقار لا يثبت بصريح الإقرار ، فكيف يثبت بالنكول الذي هو قائم مقام الإقرار ؟

ولو قال : لا أدرى أهو ملك هذا المدعي ، فهذا ليس بجواب ، ويجبره القاضي على الجواب ، فإن لم يجب يجعله مُنْكِراً ، و يسمع البينة عليه[٢] ، وبيان ما يكون إقراراً وما لا يكون سيأتي[٣] في كتاب الإقرار ، [والله أعلم][٤] .

❊ ❊ ❊

(١) في (م) و (ب) : أن .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) في هامش (هـ) : وقد مر .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (ب) .

الفصل الثاني والعشرون
في بيان من يصلح خصما ومن لا يصلح

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه : قال محمد رحمه الله في كتاب الإجارات[١] : إذا تكارى الرجل ثلاث دواب بأعيانها من بغداد إلى مدينة الري[٢] ، جازت الإجارة ، ثم إن المكاري باع هذه الدواب من رجل آخر ، أو وهب ، أو تصدق ، أو أجر ، أو أعار ، أو أودع ، فجاء المستكري ووجد الدواب ، فأراد أن يقيم البينة على استكرائه ، فهذا على وجهين :

أما إن كان المكاري حاضراً وفي هذا الوجه تقبل بينته على المكاري ؛ لأن المستأجر مع الذي في يديه الدابة تصادقا أن الملك في الدابة كان للمكاري ، والمكاري صدقهما في ذلك ، فيثبت الملك للمكاري في الدابة بتصادقهم ، وكان المكاري خصماً للمستأجر فتقبل بينته عليه ، ويستوي في حق سماع بينة المستكري أن يكون المكاري جاحداً أنه اكترى الدواب منه ، أو يكون مقراً بذلك ؛ لأن إقراره لا يصح بحق ذي اليد ، فيكون وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة .

ونظيره : رجل باع من رجل شيئاً ، فجاء رجل آخر وادعى أن هذا البائع باع هذا الشيء مني قبل أن يبيعه من هذا المشتري ، وصدق البائع المدعي في ذلك لا يلتفت إلى تصديق البائع ، ولو أقام المدعي بينة على دعواه ، قبلت بينته .

---

(١) « المبسوط » للسرخسي ١٥ : ١٧٩ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٨٣ .

(٢) سقط من (ك) .

وطريق القول أن البائع وإن كان مقراً بدعوى المدعي إلا أن الإقرار منه لا يصح لحق[١] المشتري الظاهر فيصير وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة ، كذا ههنا .

وإذا قبلت بينة المستكري ينظر إن كان المكاري باع الدواب ، وكان البيع بعذر بأن كان عليه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن الدواب ، لم يكن للمستأجر على الدواب سبيل ؛ لأن الإجارة تنقض متى حصل البيع بعذر ، وهذا على الرواية التي لا تشترط لفسخ الإجارة حالة العذر القضاء والرضا .

وإن كان باعها بغير عذر كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة الإجارة .

وإن كان المكاري أجرها من غيره ، أو أعار ، أوتصدق كان المستكري أحق بها إلى أن يستوفي إجارته ، سواء باشر هذه التصرفات بعذر أو بغير عذر ؛ لأن العذر لا ينتقض في هذه الأسباب ، ولا تنتقض الإجارة بمباشرتها .

وإن كان المكاري غائباً فبينة المستكري على الذي الدواب في يده مقبولة إن كان الذي الدواب في يده مشترياً ، أو موهوباً ، أو متصدقاً عليه ؛ لأنه يدعي الملك لنفسه فيما في يده ، فينتصب خصماً له لكل من ادعى حقاً فيما في يده ، والمستأجر ادعى حقاً فيما في يده ، فينتصب خصماً له .

بعد هذا إن كان المكاري باع الدواب بعذر فلا سبيل للمستكري عليها ، وإن كان باع بغير عذر ، أو وهب ، أو تصدق ، كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفي إجارته ، وإن كان في يده الدواب مستعيراً لا ينتصب خصماً للمستكري ، وإن كان مستأجراً[٢] هل ينتصب خصماً للمستكري ؟ ففيه اختلاف المشايخ .

---

(١) في (م) و (ب) : بحق .

(٢) في (م) و (ب) : المستأجر خصماً .

قال بعضهم : ينتصب خصماً ، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي[١] ، والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي .

وقال بعضهم : لا ينتصب خصماً ، وإليه مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخُوَاهَر زاده .

وبعض مشايخ زماننا قالوا : إن كان المستكري يدعي فعلاً على المستأجر بأن قال : استأجرتها وقبضتها ، ثم قال : غصبتها مني ، ينتصب خصماً له [ويسمع بينته عليه .

وإن لم يدع عليه فعلاً ولكن قال : استكريتها قبل أن تستأجرها أنت][٢] ، لا ينتصب خصماً [له][٣] ولا تسمع بينته عليه .

وإذا ادعى رجل داراً في يدي رجل أنها في إجارتي أجرنيها فلان ، وادعى ذو اليد أنها في إجارتي أجرنيها فلان آخر ، يسمع دعوى المدعي ، وينتصب صاحب اليد خصماً ، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق وصاحب اليد ادعى الإجارة ، وهذا الجواب يوافق قول الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي ، والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي في المسألة المتقدمة[٤] .

---

(١) أبو بكر أحمد بن محمد بن حامد بن هاشم الطواويسي ، روى عن محمد بن نصر المروزي ، وعبد الله بن شيرويه النيسابوري ، وغيرهما.

وروى عنه نصر بن محمد بن غريب الشاشي ، وأحمد بن عبد الله بن إدريس، خال الإدريسي الحافظ .

وتوفي بسمرقند سنة ٣٤٤ رحمه الله تعالى.

« الجواهر المضية » ١: ٢٦٥ « الطبقات السنية » ٢: ٤٢ ، « الفوائد البهية » ص ٣١ .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين المعكوفتين سقط من (ك) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٦ و ٣٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

وإذا المستأجر بغير حضرة الآجر سمع دعواه ؛ لأن ملك المنفعة له ، وأنه يوافق قول الإمام الزاهد أحمد الطواويسي ، والشيخ الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي ، وكذا إذا ادعى الآجر المستأجر بغير حضرة المستأجر ، سمع دعواه ؛ لأن ملك[١] الرقبة هو .

نوع آخر : قال محمد رحمه الله في آخر بيوع « الجامع » : رجل اشترى[٢] من آخر جارية بألف درهم ، ولم ينقد ثمنها ، وقبضها بغير إذن البائع ، وباعها من رجل آخر بمائة دينار ، وتقابضا ، وغاب المشتري الأول وحضر بائعه وأراد استردادها من يد المشتري الثاني ، فإن أقر المشتري الثاني أن الأمر كما وصف البائع الأول [كان للبائع الأول أن يستردها من المشتري الثاني ، وإن كذب المشتري الثاني البائع الأول[٣]][٤] أو قال : لا أدري أحق ما قاله البائع الأول أو باطل ، فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري الأول ؛ لأن الجارية صارت مملوكة للمشتري الثاني ، والبائع الأول مقر بذلك ، ثم يدعي هو على الغائب حقاً فلا يصدق إلا بحجة ، والحجة لا تسمع على الغائب إلا أن يكون عنه خصم حاضر ، والمشتري الثاني ليس بخصم عن المشتري الأول[٥] .

قال محمد رحمه الله في « الزيادات » : دار في يدي رجل ادعى آخر أنها له ، وأقام على ذلك بينة ، فقال ذو اليد : إنها كانت لي بعتها من فلان منذ شهر وسلمتها إليه ، ثم أودعنيها وغاب ، فالقاضي يسأل المدعي عن دعوى ذي اليد ، إن صدقه في ذلك ، فلا خصومة بينهما ؛ لأنه لما صدق المدعي في دعواه فقد أقر أنه ليس بخصم له ، والخصومة لا تتوجه إلا على الخصم فقد أقر

---

(١) في (هـ) : مالك .

(٢) في (ب) : استأجر .

(٣) في (ب) : كان للبائع الأول .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

ببطلان خصومته ، وإقرار الإنسان ببطلان حقه إقرار معتبر ، وإن كذب المدعي ذا اليد فيما ادعى إلا أن القاضي علم أن الأمر كما قال ذو اليد ، فقد علم أن يد ذي اليد ليست بيد [خصومة ، وعلم القاضي فوق تصديق المدعي ، ثم لما اندفعت][1] الخصومة عند تصديق المدعي ، فههنا أولى .

وإن كان القاضي لا يعلم بذلك لا تندفع الخصومة ؛ لأنه لما أقر بالملك لنفسه أولاً فقد أقر أنه خصم ، وأن خصومة المدعي متوجهة عليه ، فإذا ادعى البيع والإيداع بعد ذلك ، فقد ادعى ما يخرجه من أن يكون خصماً فلا يصدق في دعواه .

فإن قال ذو اليد : أنا أقيم البينة على ما ادعيت ، فالقاضي لا يقبل بينته ؛ لأنه لو قبل بينته ، وقضى بها كان ذلك قضاء على الغائب بالبيع ، وأنه ليس بخصم في إثبات البيع على الغائب ، لأنه لا حاجة إلى ذلك ؛ لأن حاجته إلى دفع الخصومة عن نفسه ، وهذه الحاجة تندفع بإثبات وصول الدار إلى يده من جهة غيره ، فلا حاجة إلى إثبات الملك والبيع على الغائب ، فلم يصر خصماً في إثبات البيع على الغائب ، والبينة لا تسمع إلا من خصم ، وإذا لم يقبل بينة ذي اليد ، قضى القاضي بالدار للمدعي ، فإن حضر الغائب بعدما قضى القاضي بالدار للمدعي ، وأقام البينة أن الدار داره يسأله القاضي : من أي وجه صارت الدار له ، فإن لم يبين سبباً يقبل بينته ، ويقضي القاضي بالدار له بمنزلة أجنبي آخر يقيم البينة على الملك المطلق ، وهذا لأنه لو لم يقبل بينته إنما لم يقبل لصيرورته مقضياً عليه بالقضاء على ذي اليد ، والقضاء بالملك المطلق على ذي اليد لا يكون قضاءً على من يدعي الملك المطلق ، وإنما يكون قضاءً على من يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

يوضحه أن القضاء بناء على البينة ، والبينة حجة ضرورية ، فالقضاء الذي هو بناء على البينة لا يعد ، وموضع الضرورة[١] صاحب اليد ومن تلقى الملك من جهته .

وإن قال : صارت الدار لي بجهة الشراء من جهة ذي اليد ، فالقاضي لا يقبل بينته على ذلك ؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء على من تلقى الملك من جهة ذي اليد ، فصار الغائب مقضياً عليه بالقضاء على ذي اليد ، فلو قبلت بينته بعد ذلك صار مقضياً له ، وأنه لا يجوز ؛ ولأن القاضي لما قضى بالملك المطلق للمدعي ، فقد جعل يد ذي اليد يد غصب ، والشراء من الغاصب لا يكون سبباً للملك .

ولم يذكر في « الكتاب » ما إذا حضر الغائب قبل الحكم للمدعي .

والجواب فيه أنه إن أقام البينة على الملك المطلق صار الغائب مع[٢] المدعي بمنزلة خارجين يدعيان ملكاً مطلقاً ، وأقاما البينة .

ولو ادعى الشراء من ذي اليد منذ شهر ، وأقام البينة ، قبلت بينته في دفع بينة المدعي ؛ لأنه تبين أنها قامت على غير خصم ، ويقال للمدعي : أعد بينتك على هذا الذي حضر إن شئت ؛ لأن بينتك الأولى قد بطلت .

رجل في يديه دار ، جاء رجل وادعى أنها له اشتراها من ذي اليد منذ سنة بكذا ، أو نقد الثمن ، وإن[٣] لم يقبضها ، وقال صاحب اليد : لا ، بل بعتها من فلان منذ شهر ، وسلمتها إليه ، ثم أودعنيها[٤] وغاب ، فالقاضي يسأل المدعي من دعوى صاحب اليد ؟ إن صدقه في ذلك فلا خصومة بينهما لما مر .

---

(١) في (هـ) زيادة : وموضع الضرورة .

(٢) في (م) و (ب) : على .

(٣) غير موجود في (هـ) .

(٤) في (هـ) : أودعتها .

وكذلك إن كذبه ، ولكن علم القاضي أن الأمر كما قال صاحب اليد ، فلا خصومة بينهما لما مر ، وإن لم يعلم القاضي ذلك أيضاً فأراد ذو اليد إقامة البينة على البيع من الغائب ، فالقاضي لا يقبل بينته ولا تندفع خصومة المدعي لما مر في المسألة الأولى ؛ ولأن الغائب لو كان حاضراً ، فأقام البينة على الشراء منذ شهر كان بينة المدعي أولى ، وقضى بالدار للمدعي ؛ لأنه أسبقهما تاريخاً فههنا كذلك .

وإن لم تندفع خصومة المدعي في هذه الصورة ، وقضى القاضي ببينته بالبيع [منه][1] منذ سنة ، ثم حضر الغائب ، وأقام بينة على الغائب منذ شهر ، فالقاضي لا يسمع بينته ، ولا يقضي به بالدار ؛ لأن من ضرورة القضاء للمدعي بالشراء منذ سنة بطلان كل شراء بعده ، فهذه بينة قامت على شراء باطل ، فلا تسمع .

ولو أن القاضي سمع بينة المدعي في هذه الصورة ، ولكن لم يقض بها حتى حضر الغائب ، وأقام بينة على ما قال صاحب اليد ، قبلت بينته في دفع بينة المدعي ، وخرجها[2] لقيامها على غير الخصم ، وليس للمدعي فيه ضرر ؛ لأنه تتحول الخصومة إلى الذي حضر ، ويقال للمدعي : أعد بينتك على الذي حضر ، فإن أعاد كان أولى لسبق تاريخه ، وإن لم يعد لا يقضي له بشيء .

ولو أن الغائب حين حضر قبل القضاء ببينة المدعي ، لم تقم بينته على ما قال صاحب اليد فيما قال لا تندفع الخصومة ؛ لأن المدعي لما أقام البينة على ما ادعى فقد استحق القضاء بها ، فلا يبطل هذا الحق بمجرد تصديق الذي حضر .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) : جرحها .

ولو أن الغائب حضر بعدما قضى القاضي بالدار للمدعي ببينته وأقام بينة على أن شراءه كان قبل شراء المدعي ، وقضي بالدار له ؛ لأنه استوفى التاريخ ، وأنه ليس بمقضي عليه ؛ لأن قضاء القاضي على صاحب اليد بالشراء منه منذ سنة يكون قضاءً على من يدعي تلقي الملك من جهته بعد سنة لا قبلها .

رجل اشترى من آخر داراً فقبضها ، فجاء رجل وادعى أنه شفيعها ، وأقام على ذلك بينة ، فقال صاحب اليد : قد بعتها من فلان وقبضها مني ، ثم أودعنيها وغاب ، فالقاضي يسأل الشفيع عن دعوى صاحب اليد ، فإن صدقه في ذلك أو[١] لم يصدقه ، لكن علم القاضي بما قال صاحب اليد [فلا خصومة بينهما لما قلنا][٢] ، وإن لم يعلم القاضي ذلك أيضاً ، فأراد صاحب اليد أن يقيم بينة على ما ادعى ، فالقاضي لا يسمع بينته ، ولا تندفع خصومة الشفيع [لما][٣] ذكرنا .

وإذا لم تندفع خصومة الشفيع في هذه الصورة ، [وقضى القاضي بالدار للشفيع ببينته ، ثم حضر الغائب ، وأقام بينة على ما ادعاه صاحب اليد ، فالقاضي لا يسمع بينته ؛ لأن قضاء القاضي بالدار للشفيع يوجب بطلان كل تصرف باشره المشتري ؛ لأن حق الشفيع متقدم على حق المشتري ، فهذه البينة][٤] قامت على تصرف جرى الحكم ببطلانه فلا يلتفت إليها .

ولو سمع القاضي بينة الشفيع ، ولكن لم يقضِ بها حتى حضر الغائب ، فأقام بينة على ما ادعاه صاحب اليد قبلت بينته في حق دفع بينة الشفيع

---

(١) في (م) و (ب) : (و) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وجرحها ؛ لأن بهذه البينة تبين أن الشفيع أقام البينة على غير الخصم ، ويقال للشفيع : أعد بينتك على الذي حضر ، وما لم يعد البينة ، لا يقضي له بالشفعة ؛ لأنه تبين أن البينة الأولى قامت على غير الخصم .

قال في « الكتاب » : ألا ترى أن الشفيع لو أقر بما ادعاه المشتري بعدما أقام البينة قبل القضاء له لا يكون بينهما خصومة ، ولا يقضي القاضي للشفيع حتى يحضر الغائب ويعيد البينة عليه ، فكذا إذا أثبت الغائب ذلك بالبينة ، فإن أعاد الشفيع البينة على الذي حضر قضى القاضي له بالشفعة ، فكان له أن يأخذ الدار بأي البيعين شاء ؛ [لأن شراء الأول كان ثابتاً ، وشراء الثاني قد ثبت بإقامة الذي حضر البينة عليه كما عاينا البيعين .

ولو عاينا البيعين كان للشفيع حق الأخذ بأي بيع شاء][1] كذا ههنا .

ولو قضى القاضي للشفيع بالشفعة قبل أن يحضر الغائب ، ثم أقر الشفيع بعد القضاء بما ادعاه المشتري الأول ، لا يلتفت إليه لما ذكرنا أن قضاء القاضي بالشفعة للشفيع يوجب انتقاض كل تصرف باشره المشتري ، فالشفيع بهذا الإقرار يريد إظهار بيع أبطله القاضي ، وليس له الولاية ، فلهذا لا يلتفت القاضي إلى إقراره .

ثم ما ذكرنا من الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن القضاء بالشفعة وأنه في معنى عقد ينفذ ظاهراً وباطناً فلا يمكن رده .

أما على قول محمد : لم ينفذ باطناً ، فينبغي أن يرد ، [وإنما لم يرد][2] ؛ لأن فيه قضاء بالنقض على الغائب ، والقضاء على الغائب لا يجوز . انتهى[3] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

رجل في يده دار ، ادعاها رجل ، إلا أنه لم يقم البينة على دعواه ، ثم قاما من عند القاضي ومكثا زماناً ، ثم تقدما إليه ، وجاء المدعي بشاهدين شهدا أن الدار له ، فقال المدعى عليه : إنها كانت لي إلا أني بعتها من فلان بعد ما قمنا عن مجلس القاضي ، أو قال : وهبتها من فلان وسلمتها إليه ، ثم أودعنيها وغاب ، فإن أقر المدعي بما قال ذو اليد أو لم يقر بذلك ، ولكن علم القاضي بذلك أو لم يعلم القاضي بذلك أيضاً ، إلا أن صاحب اليد أقام بينة على إقرار المدعي بذلك ، فلا خصومة بينهما ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، وأقام صاحب اليد بينة على ما ادعى فالقاضي لا يسمع بينته ، ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد[١] ، وقد مر هذا في المسألة المتقدمة .

وكذلك لو كان المدعي حين ادعى الدار أقام شاهداً واحداً ثم قاما من عند القاضي [ومكثا زماناً ، ثم تقدما إلى القاضي][٢] ، وجاء المدعي بشاهد آخر ، وأقام صاحب اليد بينة على أنه باع الدار من فلان بعدما قاما من عند القاضي ، أو قال : وهبها منه وسلمها إليه ، فإن أقر المدعي بذلك أو علم القاضي به [أو لم يعلم به][٣] أو أقام ذو اليد بينة على إقرار المدعي بذلك فلا خصومة بينهما ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، وأقام ذو اليد بينة على ما صنع فالقاضي لا يسمع بينته ، ولا تندفع الخصومة عنه .

ولو كان المدعي حين ادعى الدار أقام شاهدين فقد لا يقبل أن يقضي القاضي بالدار للمدعي قاما[٤] من عند القاضي ، ومكثا زماناً ، ثم إنهما تقدما عند القاضي ، وادعى صاحب اليد أنه باع الدار من فلان بعدما قاما من عند

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (م) و (ب) : فأقاما .

القاضي أو وهبها له ، وسلمها إليه ، [ثم][1] إن فلاناً أودعنيها منه وغاب ، وأقر المدعي بذلك أو علم به القاضي ، فإنه لا تندفع الخصومة من ذي اليد ، بخلاف ما إذا كان المدعي أقام شاهداً واحداً وقت الدعوى ، وباقي المسألة بحالها ، فإن هناك إذا أقر صاحب اليد بما ادعاه المدعي من البيع أو الهبة بعدما قاما من مجلس القاضي ، أو علم القاضي بذلك ، فإن هناك لا خصومة بين المدعي ، وبين صاحب اليد .

والفرق : أن بإقامة الشاهدين إن لم يثبت للمدعي حقيقة الملك في المدعى به فقد ثبت له حق الملك بوجود سبب الملك بكماله ، إلا أن تأخر ثبوت الملك إلى وقت القضاء ، وحق الملك للمدعي على المدعى يمنع صحة بيع المدعى عليه وهبته كي لا يبطل حق المدعي ، فالمدعي إنما أقر بهبة غير صحيحة ، والقاضي علم هبة غير صحيحة ، فلا يصلح ذلك دافعاً خصومة المدعي ، أما بإقامة الشاهد الواحد كما لم يثبت للمدعي حقيقة الملك في المدعى به لم يثبت له حق ؛ لأنه لم يتم بسبب الملك ، وهو شهادة شاهدين عدلين ، وإذا لم يثبت للمدعي في المدعى به حقيقة الملك ولا حق الملك ، كان تصرف المدعى عليه حاصلاً في خالص ملكه فيصح ، فإن ما أقر المدعي بهبة صحيحة ، وعلم القاضي هبة صحيحة فتندفع[2] الخصومة عن ذي اليد كما قبل إقامة الشاهد الواحد .

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا ادعى رجل داراً في يدي رجل ، وجاء بشاهد واحد أو شاهدين ، إلا أنهما لم يعدلا حتى أقر المدعى عليه بالدار لغيره كان إقراراً باطلاً في حق المدعي حتى يبطل ما أقام المدعي من الشاهد الواحد فقد سوى بين الشاهد الواحد وبين الشاهدين .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٢) في (م) : تندفع .

ثمة فرق بينهما ههنا ، والفرق وهو : أن الإقرار إخبار ، والأصل في الإخبارات أنه إذا تضمن إلحاق الضرر بالغير أنه يعتبر كذباً في حق ذلك الغير ، والإقرار بالعين للمدعى [به][1] بعد الشاهد الواحد يتضمن إلحاق الضرر بالمدعى ، فإنه متى صح إقراره يبطل ما أقام المدعي من الشاهد الواحد ، فيعتبر كذباً في حقه ، فلم يصح .

فأما بيع ذي اليد وهبته إنشاء تصرف وتهمة الكذب تتحقق في الإخبارات دون الإنشاءات ، فلا يمكننا رد هذا التصرف من حيث إنه كذب ، وإذا لم يمكن الرد بهذه الطريق ، طلبنا للرد وجهاً آخر ، فقلنا : إذا تضمن بيعه وهبته إبطال ملك أو حق ملك ، أو يد مستحقة على الغير يرد وما لا فلا ، وبعد إقامة الشاهد الواحد تصرفه لم يتضمن إبطال شيء ، وبعد إقامة الشاهدين تصرفه تضمن إبطال حق الملك[2] على المدعي فلم يكن صحيحاً . انتهى[3] .

دار في يد رجل ادعاها رجل وذهب ليأتي بالشهود فباعها المدعى عليه من رجل أو وهبها له ، وسلمها إليه ، ثم إن المشتري أو الموهوب له أودعها منه ثم [تقدما إلى][4] القاضي ، فإن كان القاضي يعلم بما صنع صاحب اليد أو أقر المدعي بذلك ، أو أقام صاحب اليد بينة على إقرار المدعي بذلك تندفع الخصومة عن ذي اليد ، وقد مر هذا غير مرة .

وإن يكن شيء من ذلك ولكن أقام صاحب اليد بينة على ما صنع لا تندفع خصومة المدعي من ذي اليد ، فلو أن القاضي لم يقضِ للمدعي بالدار بشهادة شهوده حتى حضر الغائب وصدق صاحب اليد فيما قال يدفع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : الملك .

(٣) قوله : « انتهى » غير موجودة في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) و (ب) : بعدما إلى .

الدار إلى الغائب لإقرار صاحب اليد بالدار له ، ويجعل القاضي الغائب خصماً للمدعي ، ولا يكلف المدعي إقامة[١] البينة ؛ لأن إقامتها على صاحب اليد صح ظاهراً ، فلا يبطل بإقرار ذي اليد ، ويجعل المقر له وهو المشتري كالوكيل عن ذي اليد ، وقد مر جنس هذا فيما تقدم وينقض البيع ، ويرجع المشتري بالثمن على البائع لاستحقاق المبيع من يد المشتري .

وكذلك لو شهد على البائع رجل واحد ثم حضر المشتري ودفع العبد إليه ، فأقام المدعي شاهداً آخر على المشتري ، قضى بالعبد له ، ولا يكلفه إعادة الشاهد الأول ؛ لأن الشاهد الثاني مضاف إلى الشاهد الأول فصار كأن الشاهدين شهدا على ذي اليد .

وكذلك لو كان ذو اليد باع الدار من غيره ولم يسلمه حتى حضر المدعي وأقام الذي في يديه البينة أنه باع العبد من فلان ولم يسلمه إليه لا يلتفت إلى بينة ذي اليد ، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقام البينة على البيع والقبض ثم الإيداع[٢] . انتهى[٣] .

عبد ادعى على رجل أنه كان ملكه وأنه[٤] أعتقه ، فقال المولى حين أعتقته : لم يكن ملكي إلا[٥] أني بعته من فلان ثم اشتريته منه ، وأقام البينة على بيعه قبل الإعتاق ، لا تقبل بينته ، ولو كان المولى قال له : أعتقتك قبل أن أشتريتك ، وقال العبد : لا ، بل أعتقتني بعدما اشتريتني ، فالقول قول العبد ؛ لأن العبد يدعي عتقاً جائزاً ، والمولى يدعي عتقاً فاسداً[٦] .

---

(١) في (ك) و (ب) : إعادة .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٢٣ .

(٣) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) في (م) : وأنه كان .

(٥) في (هـ) : لما .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٩ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

نوع آخر من هذا الفصل : قال محمد رحمه الله : رجل ادعى على رجل أنه فقأ عين عبد لي قيمته ألف درهم ، وجحد المدعى عليه دعواه ، والمدعي مقر أن العبد حي[١] فأقام المدعي بينة على دعواه ، فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقضي له بالأرش على المدعى عليه إلا بمحضر من العبد ، فإذا حضر العبد فالمدعي يقيم البينة أنه عبده ، وأن هذا فقأ عينه ، فيقضي القاضي له بالعبد ، ويقضي على الفاقئ بأرش العبد للمدعي .

قال محمد رحمه الله في « الكتاب » : وقد قال بعض فقهائنا : إن القاضي يقبل بينته ، ويقضي بأرش العبد على الفاقئ ، وإن لم يحضر العبد ، فإذا حضر العبد أنكر العبودية ، وقال : أنا حر الأصل ، أبطل القاضي ذلك القضاء ، ويرد الأرش إلى المدعى عليه ، وإن أقر بالعبودية للمدعي أمضى ذلك القضاء .

وجه قول هذا القائل : أن المدعي ادعى الأرش ديناً في ذمة الحاضر بسبب جائز في محل له ، وفي مثل هذا لا يشترط حضرة المحل للقضاء بالأرش كما لو ادعى أنه فقأ عين بِرْذَون[٢] له قيمته ألف درهم ، وأنكر المدعى عليه دعواه ، فأقام المدعي بينة على دعواه ، فالقاضي يقضي له على المدعى عليه بربع قيمة البرذون ، وإن لم يكن البرذون حاضراً ، كذا ههنا .

وجه ما ذكر محمد رحمه الله في « الكتاب » : أن القضاء بالأرش ههنا متعذر ؛ لأنا لو قضينا بالأرش ههنا ، إما أن نقضي بالأرش وبملك العبد للمدعي ، أو نقضي بالأرش لا غير ، ولا وجه إلى الأولى ؛ لأن البينة في حق العبد قامت على العبد ؛ لأنه في يد نفسه من حيث الظاهر ، حتى كان القول

---

(١) في (م) و (ب) : حر .

(٢) البرذون : يطلق على غير العربي من الخيل والبغال من الفصيلة الخيلية ، عظيم الخلقة ، غليظ الأعضاء ، قوي الأرجل ، عظيم الحوافر ، جمعه براذن . « المعجم الوسيط » ١ : ٦٨ .

قوله أنه حر الأصل ، وأنه غائب ، والقضاء على الغائب ، وليس عنه خصم حاضر ، لا يجوز ، ولا وجه إلى الثاني ؛ لأن ملك الطرف ، وملك بدل الطرف لا يقبل الفصل عن ملك الأصل على ما مر .

وإذا تعذر القضاء بالأمرين ، وبالأرش وحده ، توقف القضاء إلى أن يحضر العبد بخلاف مسألة البرذون ؛ لأن هناك القضاء بالأرش ممكن من غير أن يقع القضاء بالبرذون على غائب ؛ لأن القول أن البرذون برذونه ؛ لأنه يدعي مالاً لنفسه وليس له فيه منازع ، فإنه لم يعرف كون البرذون في يد ثالث ، وليس للبرذون يد نفسه ، فكان القول قوله أن البرذون له فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بالبرذون على الغائب ، [بخلاف العبد ؛ لأن العبد في يد نفسه ويعبر عن نفسه ، فلا يمكن القضاء بذلك للمدعي إلا بالقضاء على الغائب حتى لو كان العبد ميتاً يقضي بالأرش للمدعي ؛ لأنه لا يد للميت على نفسه فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يقع القضاء على الغائب][(١)] .

وكذلك إذا كان العبد صغيراً لا يعبر عن نفسه ، فالقاضي يقضي بالأرش للمدعي على الفاقئ[(٢)] ، ولا يشترط حضرة العبد ، كذا ههنا[(٣)] .

هكذا حكي عن القاضي عن الإمام أبي عاصم العامري ؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه ليس له يد نفسه ، بل هو بمنزلة الثوب والدابة ، حتى كان القول فيه قول صاحب اليد أنه ملكه ، فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بملك العبد على الغائب .

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٢) في (ب) : الغائب .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٧ .

فإن قيل : هل انتصب القاضي خصماً عن العبد للمدعي ؛ لأنه ادعى حقاً على الفاقئ وهو الأرش ، [ولا يمكن إثباته إلا بعد إثبات الملك لنفسه في رقبة العبد ، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب][1] .

قلنا : لا يمكن أن يجعل الفاقئ خصماً عن العبد حكماً ؛ لأنه ليس بين الفاقئ[2] وبين العبد فيما يرى المدعي إثباته من ملكه في رقبة العبد سبب ، ولا بد من سبب يكون بين الحاضر والغائب حتى يجعل الحاضر خصماً عن الغائب ، وأحد لم يقل به .

قال : ولو أن المدعى عليه أقر أنه فقأ عين العبد ، وأنه عبد هذا المدعي والعبد غائب ، فإنه يقضي بأرش العبد له بخلاف فصل البينة ، والفرق : أن الإقرار في حق الأرش دون نفس العبد فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يكون قضاءً على الغائب وهو العبد ، فأما البينة ، فحجة متعدية ، فلا يمكن إثبات ملك العبد بها في حق الأرش ، ورقبة العبد ؛ لأنه يكون على الغائب ، فهذا هو الفرق .

وذكر بعد هذا مسألة البرذون التي ذكرناها على سبيل الاستشهاد ، وأجاب على نحو ما بينا أن القاضي يقضي بربع القيمة للمدعى عليه ، وإن لم يكن البرذون ، وفيه نوع استشكال ينبغي أن لا يقضي القاضي للمدعي بأرش البرذون حتى يُرَي المدعي البرذون للقاضي فينظر إليه القاضي هل فقأ عينه أم لا ؟ ، ألا ترى أن من ادعى على آخر أنه شج رأسه فالقاضي [لا][3] يقضي[4] للمدعي على المدعى عليه بشيء حتى يري المدعي رأسه للقاضي .

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٢) في (ب) : القاضي .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) سقط من (ب) .

والجواب وهو الفرق بين الفصلين أن في فصل الشجة المدعي حاضر ، فيمكنه إراءة نفسه من غير كلفة ومشقة ، فأما البرذون فغائب فلا يمكنه إراءة البرذون إلا بكلفة ومشقة ، وكان بمنزلة ما لو ادعى على غيره أنه شج أباه ، وأبوه ميت فالقاضي لا يأمره بإحضار أبيه ، وزن مسألة البرذون من مسألة الشجة أن لو كان البرذون حاضراً ، فالقاضي لا يقضي للمدعي بالأرش حتى يري البرذون القاضي ، لأنه يمكنه إراءة البرذون من غير مشقة ، قال : ولو جاء رجل بعد ذلك والبرذون المفقوءة عينه في يده وهو يزعم أن البرذون له ، وطلب من القاضي أن يأمر المقضي له بالأرش حتى يدفع الأرش إليه ، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله ولا يأمر المقضي له بالأرش حتى يدفع الأرش إليه ما لم يقم البينة أن البرذون له ، وأن المدعى عليه فقأ عينه ، وهو يومئذٍ له ، مع أن القول قوله أن البرذون له ، وإنما كان كذلك لأن العين ليس في يده فيجعل[١] القول فيه قوله بخلاف البرذون ؛ لأن البرذون [في يده][٢] فأمكن أن يجعل القول فيه قوله ، [ولعل][٣] الذي في يديه البرذون [ملك البرذون][٤] من جهة المقضي له بالأرش بعدما فقأت عينه ، ولأنا إنما حكمنا له بالبرذون بظاهر يده ، والظاهر لا يصلح[٥] حجة للاستحقاق[٦] والأرش ، والظاهر لا يصلح لذلك ، فإن أقام الذي في يديه البرذون بينة [أن البرذون][٧] له أن هذا المدعى عليه فقأ عينه ، وهو يومئذٍ [له][٨] قضى له بالأرش ؛ لأنه ظهر ببينته أنه كان صاحب ملك ويد للبرذون يوم الفقئ ،

---

(١) في (هـ) : ليجعل .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وسقط من (ك) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وفي (ب) : نقل .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (ب) زيادة : لذلك .

(٦) في (ك) : للاستحقاق .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٨) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وسقط من (ب) .

وظهر أن بينة المقضي له بالأرش قامت على غائب ليس عنه خصم حاضر ، إذ البينة حجة في حق الناس كافة فبطلت بينة المقضي له بالأرش[١] .

فإن قيل : ينبغي أن لا تقبل بينة الذي جاء بالبرذون أن البرذون له ؛ لأنه صاحب اليد في حق البرذون .

قلنا : نعم ، إلا أن بينة ذي اليد إنما لا تقبل إذا أقامها لاستحقاق ما في يده ، والذي جاء بالبرذون إنما أقام البينة لاستحقاق الأرش ، وهو في حق الأرش خارج ، ألا ترى أن المشتري للدار إذا أنكر كون الدار في يد الجار ملك الجار ، فأقام الجار البينة أن الدار التي في يديه داره قبلت بينته ، وإن كان هو صاحب يد ؛ لأن غرضه من إقامة هذه البينة استحقاق ما ليس في يده وهي الدار المشتراة[٢] ، كذلك في مسألتنا ، فإن عارضه المقضي له بأرش فأقام بينة أن البرذون له وأن هذا المدعى عليه فقأ عينه وهو يومئذٍ له ، فبينة المقضي له بالأرش أولى ؛ لأنه خارج في حق البرذون ، والآخر صاحب اليد في حق البرذون ، وبينة الخارج في مطلق الملك عندنا أولى .

فإن قيل : الآخر إن كان صاحب يد في حق البرذون فهو خارج في حق الأرش ، والمقضي له بالأرش إن كان صاحب اليد في حق الأرش فهو خارج في حق البرذون ، فلماذا ترجحت بينة المقضي له بالأرش ؟

قلنا البرذون أصل والأرش تبع ، فجعلنا الأرش من حيث الحكم كأنه في يد الذي البرذون في يده ، وكان المقضي بالأرش خارجاً في حق الأرش [حكماً ، أو القول[٣] قول المقضي له بالأرش لما كان خارجاً في حق الأصل وهو البرذون ، فعند تعذر الجمع بينهما كان الترجيح ببينة من هو خارج في حق الأصل][٤] .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٧ نقلاً عن « محيط السرخسي » .

(٢) في (هـ) : المشتركة .

(٣) في (هـ) و (ب) : نقول .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

فإن قيل : إذا أقام البينة ترجح بينة المقضي له وتصير دافعة بينة الذي جاء بالبرذون ، [فلم لا تصير بينة الذي أقامها المقضي له قبل هذا دافعة بينة الذي جاء بالبرذون حتى لا تقبل بينة الذي جاء بالبرذون][1] ، وإن لم يعد المقضي له ببينته .

قلنا : لأن ذلك البينة قامت على الفاقئ لا على الذي أحضر البرذون ، وبينة الذي أحضر البرذون قامت على الفاقئ وهو المقضي له بالأرش ، وكانت بينة المقضي له على الأرش على إثبات ملكه في البرذون في حق الذي أحضر البرذون ، ولم يقم عليه وجودها والعدم بمنزلة .

نوع آخر : ذكر الخصاف في كتاب « الحيل »[2][3] : رجل في يديه رهن ، والراهن غائب ، فأراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضي حين يُسجِّل له بذلك ، ويحكم بكونه رهناً في يديه ، فالحيلة في ذلك أن يأمر المرتهن رجلاً غريباً حتى يدعي رقبة هذا الرهن ، ويقدم المرتهن إلى القاضي ، فيقيم المرتهن بينة عند القاضي أنه رهن عنده[4] ، فيسمع القاضي بينة على الرهن ، ويقضي بكونه رهناً عنده ، ويدفع عنه خصومة الغريب ، وهذا تنصيص من الخصاف أن البينة على الرهن مقبولة وإن كان الراهن غائباً ، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في « الجامع » في المسألة المخمسة .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) اسمه « الحيل الشرعية » للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف المتوفى سنة ٢٦١ شرحه شمس الأئمة الحلواني ، وشمس الأئمة السرخسي ، ومحمد بن محمود بن عبد الكريم الشهير بـ : خواهرزاده .
وهو مؤلف فيما يختص به الرجل من الحرام ويخرج به إلى الحلال وليست الحيل في ابطال حق واحقاق باطل » .
« كشف الظنون » ١ : ٦٩٥ .
وقد ذكر له أربع وعشرون نسخة في « الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط » قسم الفقه وأصوله ٣ : ٩٦٧ فانظرها إن شئت .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٥ : ٤٩١ و٤٩٢ و ٦ : ٤٣٠ .

(٤) في (ب) : عبده .

قالوا : وقد ذكر محمد هذه المسألة في كتاب الرهن وشوش فيه الجواب في بعض المواضع شَرْطُ حضرة الراهن لسماع البينة على الرهن ، وفي بعضها لم يشترط ، والمشايخ قد اختلفوا فيه .

بعضهم قال : الصواب أنه لا يشترط حضرة الراهن ، وما ذكر في بعض المواضع في كتاب الرهن أنه يشترط حضرة الراهن وقع غلطاً من الكاتب ، وجعل هذا القائل مسألة الرهن نظير مسألة الوديعة والإجارة والمضاربة ، فإن صاحب اليد إذا أقام بينة على أن هذا العين وديعة عنده من جهة فلان أو مضاربة ، أو غصباً ، أو إجارة ، فالقاضي يسمع بينته فههنا كذلك .

وبعض مشايخنا قالوا : في المسألة روايتان ، في إحدى الروايتين تقبل هذه البينة ؛ لأن الراهن لما رهنه فقد استحفظه ، فإذا تعذر عليه الحفظ إلا بإقامة البينة وإثبات الملك للراهن صار خصماً في ذلك ، كما في الوديعة وأشباهها ، وفي رواية أخرى : القاضي لا يقبل هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب ، وإليه أشار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وهذا لأن في قبول قضاء على الغائب ، ولا حاجة لصاحب اليد على إثبات الرهن ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإن بمجرد اليد تندفع عنه الخصومة ، كما لو أقام بينة أنها وديعة في يده ، وقد أجاب بهذا في نظائره في « السير الكبير »[1] ، فقد ذكر في « السير

---

(١) «السير الكبير » في الفقه ، للإمام : محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة ، وهو : آخر مصنفاته ، صنفه : بعد انصرافه من العراق ولهذا لم يروه عنه : أبو حفص ، وشرحه: شمس الأئمة السرخسي .

قال في آخره : انتهى إملاء العبد الفقير المبتلى بالهجرة الحصير المحبوس من جهة السلطان الخطير بإغراء كل زنديق حقير . وكان الافتتاح : بأوزجند في آخر أيام المحنة والتهام ، عند ذهاب الظلام بمرغينان في جمادى الأولى سنة ٤٨٠. انتهى .

ولم يذكر اسم أبي يوسف في شيء منه لأنه صنعه بعدما استحكمت النفرة بينهما وكلما احتاج إلى رواية عنه قال : أخبرني الثقة . وسبب تأليفه : أن السير الصغير وقع بيد الأوزاعي ، فقال : لمن هذا الكتاب ؟ فقيل : لمحمد العراقي ، فقال : ما لأهل العراق والتصنيف في هذا الباب ؟ فإنه لا علم لهم بالسير ، فبلغ ذلك محمدًا فصنفه ، فلما نظر فيه الأوزاعي قال : لولا ما ضمنه من الأحاديث لقلت : إنه يضع العلم من نفسه .

ثم أمر أن يكتب هذا الكتاب في ستين دفترًا ، وأن يحمل بالاستعجال على عجلة إلى باب الخليفة ، فقيل له ذلك فأعجبه وعده من : مفاخر أيامه .

ثم بعث أولاده إلى مجلسه ليستمعوا منه ، وكان إسماعيل ابن توبة المؤدب يحضر معهم ، فسمع ولم يبق من الرواة غيره .

كذا في : « شرحه » للسرخسي ١:١-٤ .

الكبير » العبد المرهون إذا أسر ثم وقع في الغنيمة[١] فوجد المرتهن قبل القسمة ، فأقام البينة أنه رهن عنده لفلان وأخذه ، لا يكون هذا قضاءً على الغائب بالرهن ؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن ؛ لأن الإيداع كان له ، فتبين بهذا أن قبول البينة لإثبات الرهن على الغائب ، ولا وجه إليه .

نوع آخر : قال محمد رحمه الله تعالى في وصايا « الجامع »[٢] : رجل هلك وترك ثلاثة آلاف درهم ، وترك وارثاً واحداً ، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ، وجحد الوارث ذلك ، [فالقاضي يسمع بينته على الوارث ، ويقضي بوصيته ، فإن دفع الوارث الثلث إلى الموصى له ، ثم جاء رجل آخر وأقام بينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ، وقد غاب الوارث ذلك][٣] ، فأحضر الموصى له إلى القاضي ، فالقاضي يجعل الموصى له خصماً ، ويسمع بينته عليه ويأمره أن يدفع نصف ما في يد الأول إلى المدعي الثاني ؛ لأن الثاني يدعي لنفسه نصف ما في يد الأول ، والأول يجحد ذلك فينتصب خصماً له ، وإذا قبلت بينة الثاني - والثابت بالبينة كالثابت عياناً - صار كأن القاضي عاين وصيتهما ، وهناك يجعل الثلث بينهما نصفين ، كذا ههنا .

فإن لم يكن عند الأول شيء بأن هلك ما في يده واستهلكه وهو معدم[٤] ، فأحضر الثاني الوارث ، وأراد أن يأخذ منه بعض ما في يده فجحد الوارث وصيته لم يكلف الثاني إعادة البينة على الوارث ؛ لأن الميت صار مقضياً عليه لما أقام الثاني بينة على الموصى له الأول ، وإذا صار الميت مقضياً عليه ، صار الوارث مقضياً عليه أيضاً ، فكان للموصى له الثاني أن يأخذ من الوارث خمس مافي يده ، ثم الثاني مع الوارث يتبعان الأول فيأخذان منه نصف

---

(١) في (هـ) : الغيبة . ولم أجده في « شرح السير » للسرخسي .

(٢) لم أجد المسألة في « الجامع الصغير » أو « الجامع الكبير » وهي في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٨ .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (ك) : مقدم .

ما أخذ ؛ لأنه أخذ نصف ما أخذ بغير حق ، فإذا أخذ ذلك اقتسماه على خمسة[١] أسهم ، سهم للموصى له الثاني ، وأربعة[٢] أسهم للوارث ، والخصومة إلى القاضي الذي قضى إلى الأول ، وإلى قاضٍ آخر سواء ؛ [لأن الأول إنما صار خصماً للثاني بحكم يده ، وفي حق هذا المعنى هذا القاضي وقاض آخر سواء][٣] ، ولو كان الموصى له الأول هو الغائب ، فأحضر الثاني الوارث ، فالقاضي يقضي على الوارث ؛ لأن الوارث خليفة الميت ، فينتصب خصماً عنه فيما يستحق عليه ، ويكون ذلك القضاء على الوارث قضاءً على الموصى له الأول ؛ لأن الوارث لما انتصب خصماً عن الميت ، صار الميت مقضياً عليه ، وإذا صار الميت مقضياً عليه ، صار الموصى له مقضياً عليه ؛ لأن الموصى له بمنزلة أحد الورثة .

وإن كان القاضي قضى بوصية الأول ، ولم يدفع إليه شيئاً حتى خاصمه الثاني والوارث غائب ، فإن خاصمه إلى ذلك القاضي بعينه جعله خصماً له[٤] ؛ لأن ذاك القاضي عرف أن ثلث التركة ملك الموصى له الأول ، إلا أنه أمانة في يد الوارث ، ويد الأمين كيد المالك ، فصار من حيث التقدير كأنه في يد الموصى له الأول ، وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر لم يجعله خصماً ؛ لأن الثاني يدعي نصف الثلث لنفسه ، ولم يعرف القاضي كون الثلث في يده لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث الحكم ، ولو ثبت ذلك إنما يثبت بإقرار الموصى له الأول ، فإنه يقول : الثلث ملكي ، وهو أمانة في يد الوارث ، إلا أن بهذا الإقرار لا يصير خصماً ؛ لأن في الحقيقة هذه دعوى على الوارث فلا يصدق في ذلك ، وإذا لم يصدقه القاضي في ذلك لم يثبت كونه خصماً .

---

(١) في (ك) : خمسمائة .

(٢) في (ك) : أربعمائة .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) غير موجود في (ك) و (هـ) .

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب ، والوارث حاضر ، ولم يدفع القاضي إلى الموصى له الأول شيئاً ، فالوارث خصم[١] للموصى له الثاني ، وإن خاصمه الثاني إلى قاضي آخر ؛ لأن القاضي إنما يجعل الوارث خصماً عن الميت لكونه خلفاً عنه ، والقاضي الثاني عالم بذلك ، فأما الموصى له إنما يصير خصماً لكون المال في يده إما حقيقة أو حكماً ، والقاضي الثاني لم يعلم بذلك وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول بأن المال الذي في يده بحكم الوصية من الميت ، أو كان ذلك معلوماً للقاضي إذا لم يكن شيء من ذلك ، والأول يقول : هذا مالي ورثته عن أبي والميت ما أوصى لي بشيء ، وما أخذت من ماله شيئاً ، فإنه يكون خصماً للموصى له الثاني بمنزلة ما لو ادعى رجل عبداً في يدي رجل أنه اشتراه من فلان ، وقال ذو اليد : هوعبدي ورثته من أبي ، فإنه يكون خصماً للمدعي ويقضى عليه ببينة المدعي ، كذا ههنا .

فإن قال : هذا المال وديعة عندي من جهة فلان الميت الذي يدعي الثاني الوصية من جهته ، أو قال : غصبته منه ، فلا خصومة بينهما ؛ لأنهما تصادقا أن هذا المال وصل إلى الموصى له من جهة الميت ، وكان يده يد وديعة أو يد غصب ، وأياً ما كان لا تكون يد خصومة في حق من يدعي تلقي الملك فيه من جهة المالك ، كما في مسألة الشراء ؛ إذا ادعى الذي في يديه العبد [أن العبد][٢] الذي في يده وديعة ، أو غصب لفلان الغائب الذي ادعى المدعي الشراء من جهته ، فإنه يندفع عنه الخصومة .

وإن قال : هو وديعة عندي من جهة فلان ، يعني به رجلاً آخر غير الموصي ، أو قال : غصبته منه فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قال ؛ لأنه انتصب خصماً بظاهر اليد ، فبمجرد دعواه أن يده يد وديعة أو يد غصب لا تندفع عنه الخصومة .

---

(١) في (م) و (ب) : خصماً .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وكان الفقيه أبو بكر البلخي[١] رحمه الله يقول : لا تندفع الخصومة في هذه الصورة ، وإن أقام البينة ، وقاسه على ما إذا ادعى عيناً في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب ، وهو يملكه ، وذو اليد ادعى أن فلاناً آخر غير ذلك الغائب أودعه إياه ، فإن هناك لا تندفع عنه الخصومة ؛ لأن المدعي يدعي تلقي الملك من جهة الغائب ، ولم يدع ملكاً مطلقاً ، فلم تندفع عنه الخصومة ، فههنا يجب أن تكون كذلك . انتهى[٢] .

رجل هلك وترك مالاً ووارثاً واحداً فأقام رجل بينة أن له على الميت ألف درهم دين ، فقضى القاضى له على الوارث ودفع إليه ألف درهم ، وغاب الوارث ، فحضر غريم آخر للميت ، وادعى عليه ألف درهم ، فإن الغريم الأول لا يكون خصماً للغريم الثاني[٣] .

فرق بين الغريمين وبين الموصى لهما ، فإن هناك إذا قضى القاضي للموصى له الأول بالثلث ، ودفع إليه بالثلث فحضر الثاني ، فالأول ينتصب خصماً للثاني ، والفرق : أن المستحق للموصى له بالثلث عين التركة ، ولهذا تبطل الوصية بهلاك التركة ، ولهذا لو أراد الوارث أن يعطي له الثلث من ماله لا يكون له ذلك إلا برضى الموصى له ولما كان المستحق عين التركة كان الثاني مدعياً بعض ما في يد الأول لنفسه من جهة الميت ، فانتصب الأول خصماً للثاني بحكم يد ، فأما الغريم ، فلا يستحق عين التركة ، ولهذا لو أراد الوارث أو الوصي بعد ثبوت دينه قضاء دينه من مال آخر ، كان لهما ذلك من

---

(١) أبو بكر بن أحمد بن علي بن عبد العزيز عرف بـ « الظهير » البلخي الأصل السمرقندي ، تفقه وقدم حلب ودمشق ، وأفتى ودرَّس ، وصنف « شرح الجامع الصغير » وله شعر ، أوقف كتبه على النورية بحلب ، ثم مات بدمشق سنة ٥٥٣ .

قلت : وأشار محقق « الجواهر المضية » إلى أن المترجم نفسه المذكور ٣: ٥٥ من « الجواهر » .

« الجواهر المضية » ٤: ١٠٤ ، « تاج التراجم » ص ٣٣٣ ، « الفوائد البهية » ص ٢٧ .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٦ : ١٥٤ .

غير رضى الغريم ، وكذلك لا يبطل حقه بهلاك المال وإنما حقه في ذمة من عليه الدين ، وهو الميت ، غير أنه بعد موته يتعين تركه القضاء منه ؛ لا أن يكون حقه في عين التركة ، ولما كان هكذا لابد من إثبات الدين في ذمة الميت ليتعين تركته للقضاء .

وفي دعوى الدين على الميت الخصم وارثه أو وصيه دون الغريم ، ولو كان الغريم الأول هو الغائب ، فأحضر الثاني وارث الميت كان خصماً له ؛ لأنه ثابت عن الميت فيما يدعي على الميت ، فأمكن جعله خصماً بطريق النيابة عن الميت ، أما الغريم فليس بثابت عن الميت حتى يجعل خصماً بطريق النيابة عن الميت ، ولا يمكن جعله خصماً بطريق الأصالة ؛ لأنه لا يدعي شيئاً لا في ذمته ، ولا في يده على ما مر ، ثم إذا قضى القاضي على الوارث ، وقد برأ ما أخذه الوارث ، رجع الغريم الثاني على الغريم الأول ، فأخذ منه بعض[1] ما قبض ، ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما ؛ [لأن الثابت بالبينة كالثابت بعلم القاضي ، ولو علم القاضي بأن لهما على الميت دين ، وقد قبض الأول تمام حقه وبرأ الباقي ، فالقاضي يأخذ منه نصف ما أخذه ويدفعه إلى الآخر حتى يستويان ، ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما][2] كذا ههنا .

ولو لم يكن الأول غريماً ، وكان موصى له بالثلث ، وقبضه وغاب الوارث ، فأقام رجل البينة أن له على الميت ديناً ، فالموصى له ليس بخصم له ؛ لأنه لا يدعي بعض ما في يده ، إذ لا حق للغريم في التركة على ما مرَّ ، إنما يدعي ديناً على الميت والموصى له بالثلث إنما ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعي في المال الذي وصل إليه بخلاف الوارث ، حيث ينتصب خصماً فيما يدعي في مال الميت وفي ذمته ؛ لأنه خلف عن الميت قائم مقام الميت مطلقاً لحاجته إلى ذلك ، أما الموصى له بالثلث بخلافه على ما مرَّ قبل هذا ، وكذلك

---

(١) في (هـ) : نصف .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

لو كان الأول غريماً والثاني موصى له بالثلث لم يكن الغريم خصماً له ؛ لأن الموصى له إن كان مقراً بالدين كان في زعمه أن حقه مؤخر عن الدين ، وإن لا حق له فيما في يده ، وإن كان منكراً للدين كان في زعمه أن الأول غاصب ، ويد الغاصب لا تكون يد خصومة ، والوارث خصماً في ذلك كله لما قلنا . انتهى .

رجل أقام بينة على وارث ميت أنه أوصى له بهذه الجارية بعينها ، وهي ثلث ماله[1] ، وقضى القاضي بذلك ودفعها إليه وغاب الوارث ، ثم أقام آخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بهذا ، وذكروا رجوعاً ، أو لم يذكروا رجوعاً ، قضى القاضي للثاني بحقه ؛ لأن الثاني ادعى جميع ما في يد الأول لنفسه ، إن ادعى الرجوع ، ونصفها إن لم يدعِ الرجوع ، وذو اليد يدعي كونها لنفسه ، وفي مثل هذا ينتصب خصماً ، كرجل ادعى أنه كان اشترى هذه الجارية أو نصفها من الميت قبل موته ، انتصب الموصى له خصماً [كذا ههنا ، ثم إذا انتصب الموصى له خصماً][2] فإن ذكروا رجوعاً قضى القاضي بكل الجارية للثاني ، وإن لم يذكروا رجوعاً قضى بنصفها للثاني للمزاحمة والمساواة ، ويكون هذا قضاءً على الوارث غاب أو حضر ، حتى أن الموصى له الأول إذا بطل حقه كان كل الجارية للثاني ؛ لأن الوارث إنما يتلقى الملك في الميراث من جهة الميت ، وقد صار الميت مقضياً عليه بهذه البينة ، فكل من تلقى الملك من جهة يصير مقضياً عليه أيضاً ، فإن دفع القاضي الجارية إلى الأول ، ثم غاب الموصى له ، وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصماً للموصى له الآخر ، خاصمه إلى القاضي الأول ، أو إلى غيره ؛ لأن المدعى به الجارية ، والجارية ليست في يد الوارث لا حقيقة ولا حكماً ، والوارث إنما يصلح[3] خصماً فيما

---

(١) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٨ و ٣٩ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) في (م) و (ب) : يصح .

يصلح[١] المورث حال حياته ، والمورث لا يصلح خصماً في حال حياته فيما زال عن ملكه ويده ، فكذا الوارث ، بخلاف ما إذا كان الثاني يدعي وصية بالثلث ، وأحضر الوارث حيث يصير خصماً ؛ لأن هناك المدعي يدعي لنفسه شركة فيما في يد الوارث على ما مرَّ ، فينتصب الوارث خصماً في إثبات سببه عليه ، أما ههنا فبخلافه .

وإن كان القاضي قضى للأول بالجارية ، فلم يدفعها إليه حتى خاصم الثاني الوارث ، فإن خاصمه فيها إلى القاضي الأول لم يجعله خصماً ؛ لأن القاضي عرف كونها لغيره ، وعرف كون الوارث أميناً فيها ، ويد الأمين لا تكون يد خصومة[٢] .

وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر جعله خصماً ؛ لأن القاضي الثاني لم يعرف كونها لغيره ، وكون الوارث أميناً ، بل عرف كونها في يده من التركة فلا يصدقه في أنها لفلان ، وأنه أمين فيها إلا ببينة يقيمها على ذلك ، وإذا لم يصدقه قضى عليه وصار الموصى له الأول مقضياً عليه ؛ لأن الموصى له الأول يدعي تلقي الملك من جهة الميت ، والميت صار مقضياً عليه بهذه البينة ، فصار من يدعي تلقي الملك من جهة الميت مقضياً عليه أيضاً ، بخلاف ما إذا ادعى رجلاً عيناً في يدي رجل ملكاً مطلقاً ، وصاحب اليد ادعى أنه مودع فلان ، ولم يقم البينة على ذلك ، وقضى القاضي على صاحب اليد للمدعي ، لا يكون ذلك قضاء على الذي ادعى صاحب اليد أنه أمينه ؛ لأن هناك مودع صاحب اليد لا يدعي تلقي الملك من جهة المقضي عليه ، وهو صاحب اليد ، فاقتصر القضاء على صاحب اليد ، أما ههنا فبخلافه .

ثم القاضي إذا سمع بينة الثاني على الوارث في هذا الفصل ، وهو ما إذا خاصمه الثاني عند قاضٍ آخر ، قضى للثاني بنصف الجارية سواء شهد شهوده

---

(١) في (م) و (ب) : يصح .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٨ و ٣٩ .

على الرجوع عن الأول ، أو لم يشهدوا على الرجوع ، وهذا لا يشكل فيما إذا [لم يشهدوا][(١)] على الرجوع ، [إنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع][(٢)] ، والوجه في ذلك : أن الموصى له الثاني أثبت الوصية لنفسه في العين ، وهو استحقاق على الميت ، والوارث خصم في ذلك ، أما إثبات الرجوع عن الوصية الأولى ، فليس باستحقاق على الميت ، بل هو استحقاق عن الوصي الأول خاصة ، لا يقع ذلك على الميت ، ولا على الوارث ، والوارث ليس بخصم عن الموصى له الأول ، فيصح القضاء على الوارث بالوصية ، ولم يصح القضاء عليه بالرجوع ، فلهذا كانت الجارية بينهما نصفين .

فإذا حضر الأول وإن أعاد الثاني البينة على الرجوع أخذ الكل وإلا أخذ نصفها لما قلنا .

وإن أقام الأول بينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ، ودفعه القاض إليه ، ثم أقام الثاني البينة على الأول أن الميت رجع عن الوصية الأولى ، وأوصى بثلث ماله للثاني ، فالقاضي يأخذ الثلث من الأول ، [ويدفعه إلى الثاني ؛ لأنه يدعي استحقاق جميع ما في يد الأول ، والأول][(٣)] يجحد ذلك ، فينتصب خصماً بحكم اليد ، وإذا انتصب خصماً كان الثاني مثبتاً استحقاق نفسه ، وبطلان حق الأول على من هو خصم فيها ، فلهذا كان كما قلنا .

ولو كان الوارث هو الحاضر قضى القاضي بالوصية الثانية دون الرجوع عن الوصية الأولى لما مر .

ولو كان الأول موصى له بعبد بعينه[(٤)] ، والعبد مدفوع إليه بقضاء القاضي ، ثم أقام آخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بمائة من ماله ،

---

(١) ما بين معكوفتين جاء في (م) : إذا شهدوا .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٩ .

فالموصى له بالعبد لا يكون خصماً له ؛ لأن الثاني لا يدعي استحقاق شيء مما في يد الأول بعينه ؛ [لأن في يد الأول ، وهو لا يدعي استحقاق شيء من العبد ، ولهذا لو هلك العبد في يد الأول لا يبطل وصية صاحب المائة[١] ، فلم يكن الثاني مدعياً استحقاق شيء مما في يده بعينه][٢] ، [والموصى[٣] له بالعين إنما ينتصب خصماً لمن يدعي استحقاق شيء مما في يده بعينه][٤] ولو حضر الوارث وغاب الموصى له الأول كان الوارث خصماً للثاني ؛ لأن الوارث خصم لمن يدعي ديناً على الميت لما مرَّ[٥] فلذا يكون خصماً لمن يدعي وصية مرسلة ، ويكون القضاء عليه قضاءً على الموصى له الأول . انتهى[٦] .

رجل له على رجل ألف درهم قرض ، أو كان غصب منه ألف درهم ، وكانت في يد الغاصب قائمة بعينها ، أو استودعه ألف درهم ، وهي قائمة بعينها في يد المودع ، فأقام رجل بينة[٧] أن صاحب المال توفي وأوصى له بهذه الألف التي قبل هذا الرجل ، والرجل مقر بالمال لكنه يقول : لا أدري أمات فلان أو لم يمت ، لم يجعل القاضي بينهما خصومة حتى يحضر وارثاً ، أو وصياً ، أما في الوديعة والغصب ؛ فلأنهما اتفقا على أن يده إما يد أمانة أو يد غصب ، وأياً ما كان لا يكون يد خصومة على ما مرَّ ، ونظيره : إذا ادعى عيناً في يدي رجل أنه اشتراه من فلان الغائب ، وصاحب اليد يقول : أنا مودع الغائب أو غصبته منه ، لا ينتصب خصماً للمدعي ، كذا ههنا .

---

(١) بياض في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) و (ب) .

(٣) في (ب) : والوصي .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (ك) و (هـ) : على ما مر .

(٦) قوله « انتهى » غير موجود في (ك) و(هـ) و (ب) .

(٧) في (ك) و (هـ) : البينة .

أما في الدَّيْن فلأنه يدعي على الميت تملك الدين الذي في ذمة هذا ، وليس للمدعى عليه يد على ما يدعيه الموصى له ، فإن المديون لا يد له على ما في ذمته من الدين ، ولا ملك له فلم ينتصب خصماً .

فرق بين هذا وبينما لو جاء رجل وادعى أنه وارث فلان ابنه أو أخوه ، والغاصب أو المودع مقر بالمال ولكنه قال : لا أدري أمات فلان أو لم يمت ؟ أو قال : لا أدري أنت وارث أم لا ؟ فأقام البينة [على موته وعلى أنه وارثه تقبل البينة][(١)] ، وينتصب هو خصماً للوارث[(٢)] .

والفرق وهو : أن الوراث خليفة الميت قائم مقام[(٣)] الميت وكونه مودعاً أو غاصباً لا يدفع[(٤)] خصومة صاحب الوديعة والغصب عن نفسه حتى لو قال المودع أو الغاصب : لا أدري أنت الذي أودعتني ، أو غصبت منك أو لا ؟ لا يندفع عنه هذه الخصومة بهذا القول ، فكذلك كونه مودعاً أو غاصباً لا يدفع[(٥)] خصومة [صاحب الوديعة والغصب عن نفسه ، حتى لو كان المودع][(٦)] خليفة[(٧)] ، أما الموصى له ليس[(٨)] بخليفة عن الميت ، فإنما ينتصب المدعى عليه خصماً له باعتبار يده ، وتعذر جعل المدعى عليه خصماً له بحكم اليد على ما مرَّ ، فلهذا افترقا .

هذا الذي ذكرنا إذا كان الذي قبله المال مقراً بالمال ، فإن قال الذي في يده المال : هذا ملكي ، وليس عندي من مال الميت شيء ، صار خصماً

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٢) في (ب) : عن الوارث .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (ك) : تندفع .

(٥) في (ك) و (هـ) : تندفع .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٧) في (ك) و (هـ) : خليفته ، وقوله : « لا تندفع خصومة خليفته » غير موجود في (ب) .

(٨) في (م) و (ب) : الموصي ليس له .

للمدعي ؛ لأنه نازعه بدعوى الملك فصار خصماً له في إثبات الملك ، وفي إثبات سببه ، وصار كرجل ادعى عيناً في يدي رجل أنه اشتراه من فلان الغائب ، وصاحب اليد يقول : هو لي ، فإنه ينتصب خصماً للمدعي ، كذا ههنا .

وإذا جعله القاضي خصماً في هذا الوجه قضي له بثلث ما في يد المدعى عليه ؛ لأن محل الوصية الثلث ، والقاضي لم يعرف للميت مالاً آخر ، فيقضي له بثلث هذا المال ، إلا أن يقيم المدعي بينة أن الميت ترك ألفي درهم غير هذه الألف ، وأن الوارث قبض ذلك ، فحينئذٍ يقضي القاضي للموصى له بكل هذه الألف ؛ لأنه أثبت استحقاق كل الألف لنفسه بالبينة العادلة ، فلو حضر الوارث بعد ذلك وقال : لم أقبض من مال الميت شيئاً ، لم يلتفت إلى قوله ؛ لأنه صار مقضياً له عليه لوصول ألفي درهم إليه في ضمن ثبوت الألف ثلثا التركة .

ولو كان مكان الموصي له غريماً يدعي ديناً على الميت ، والمسألة بحالها لم يكن الذي قبله المال خصماً [سواء كان صاحب اليد مقراً بالمال وجاحداً ، أما إذا كان مقراً ؛ فلأنه لا ينتصب خصماً][1] للموصى له في هذا الوجه ، مع أنه يدعي شركة في العين ؛ فلأن لا ينتصب خصماً للغريم ، وأنه لا يدعي شركة في العين كان أولى ، وأما إذا كان جاحداً لأنه لا يدعي عيناً في يد صاحب اليد ، وإنما يدعي ديناً على الميت ، واستحقاق العين تابع له ، فإذا لم يصلح خصماً في الأصل لا يصلح خصماً في التبع[2] أيضاً .

فإن أقام هذا المدعي بينة أن فلاناً مات ولم يدع وارثاً ولا وصياً يقبل القاضي بينته ، وكان ينبغي أن لا يقبل هذه البينة ؛ لأنها قامت على غير خصم .

والجواب : لا ، بل قامت على غير خصم وهو القاضي ؛ لأن الشهود لما شهدوا أنه لم يترك وارثاً ، فقد شهدوا أن تركة الميت لجماعة المسلمين ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٢) في (ك) : البيع .

فالمدعي يدعي حقاً في مال جماعة المسلمين ، ولا يمكنه الخصومة مع جماعة المسلمين ، فينتصب القاضي خصماً عن جماعة المسلمين لكونه نائباً عن المسلمين ؛ ولأنه يدعي وجوب نصيب الوصي على القاضي حُسبةً ، والقاضي فيما على نفسه يصلح قاضياً ، وإذا قضى القاضي بهذه البينة يُنْصَب عن الميت وصياً ، ويأمر المدعي أن يقيم البينة عليه بذلك الدَّيْن ، فإذا فعل قبل بينته على الدين ، وأمر الذي قِبَلُه المال بقضاء الدين إلى الغريم إن كان الذي قِبَلُه المال مقراً بذلك .

ثم عاد محمد رحمه الله إلى صدر المسألة فقال : لو أن الموصى له أقام البينة أن فلاناً مات ، ولم يدع وارثاً أو وصى[1] بالألف الذي قبل فلان ، [وديعة أو غصباً][2] ، وقال الشهود : لا نعلم له وارثاً ، والذي قبله المال مقر بالمال الذي قبله ، فالقاضي يقضي بالمال للموصى له .

فرق بين هذا وبينما إذا كان للميت وارث والفرق وهو : أنه إذا كان للميت وارث لا يمكن أن يجعل الموصى له بمنزلة الوارث لما فيه من إبطال وراثة من جعله الشرع وارثاً في قدر الموصى به ، وليس للعبد ولاية إبطال ما أثبته الشرع ، فجعل الإيصاء ثمة تمليكاً ، وجعل الموصى له[3] متملكاً على الميت بمنزلة الموهوب[4] والمشتري ، فلم يكن الموصى له نائباً عن الميت ، فلا ينتصب المودع ، والغاصب خصماً له .

فأما إذا لم يكن للميت وارث فالموصى له يجعل وارثاً ؛ لأن الموصي أقامه مقام نفسه فيما يتركه ، وهذا هو تفسير الوارث ، وأمكن جعله وارثاً ؛ لأنه جعله وارثاً لا يؤدي إلى إبطال ما أثبته الشرع فجعل كالوارث .

---

(١) في (ك) : وأوصى له .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (هـ) : الموصي .

(٤) في (هـ) : الموهوب له .

وقد بينا أن يد المدعي[١] لا تدفع خصومة الوارث[٢] [ولهذا قلنا : إن الموصى له حال قيام الوارث لا يرد بالعيب بمنزلة المشتري والموهوب له وفي حال عدم الوارث يرد بالعيب كالوارث][٣] استشهد فقال : ألا ترى أن الشهود لو شهدوا أن الميت أقر عند موته أنه أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره ، جعلت الميراث له ، وصار المودع خصماً له ، وإن لم يثبت نسبه من أبيه [جعله وارثاً ، وأمكن جعله وارثاً][٤] لم يكن للمقر وارث ، كذا ههنا .

وذكر في « الأقضية » عن محمد[٥] : إذا مات الرجل ، وقد كان أوصى إلى رجل- أي جعله وصياً - وقبل الوصي الوصاية في حياته أو بعد موته ، وجاء إلى القاضي يريد إثبات وصايته ، فالقاضي ينظر فيه إن كان أهلاً للوصاية يسمع دعواه إذا أحضر مع نفسه من يصلح خصماً له ، قال : والخصم في ذلك وارث أو موصى له ، أو رجل للميت عليه دين ، أو رجل له على الميت دين ، أما الوارث فلأن الموصي يدعي أن يده فوق يد الوارث في مال الميت رأياً ، وتدبيراً ، وتصرفاً ، والوارث ينكر ذلك ، فيكون خصماً له ، وأما الموصى له فلأنه [بمنزلة الوارث ، وأما الغريم الذي للميت عليه دين ؛ فلأنه][٦] يدعي عليه حق استيفاء ما عليه من الدين للميت وهو ينكر ، وأما الغريم الذي له على الميت دين فقد قال بعض مشايخنا : إنه لا يكون خصماً له ؛ لأنه لا يدعي عليه شيئاً ، فكيف يكون خصماً له ؟

---

(١) في (هـ) : المودع .

(٢) في (ب) زيادة : المودع .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٣٠ .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

وقال الخصاف : يكون خصماً له ؛ لأنه يريد أن يدفع خصومته في الدين ، وإنما يكون له ذلك بعد إثبات الوصاية ، هذه الجملة من كتاب « الأقضية » .

وفي « المنتقى » رواية إبراهيم[١] رحمه الله[٢] : رجل مات وعليه دين ، وأوصى بثلث ماله أو دراهم مسماة لرجل ، فأخذها الموصى له ، ثم جاء الغريم والورثة شهود أو غيب ، وقدم الموصى له إلى القاضي ، فالموصى له لا يكون خصماً ، وأشار إلى أن الوصية متى حصلت بقدر الثلث ، فالموصى له لا يعتبر بالوارث ، وإذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث وصحت بأن لم يكن ثمة وارث ، فالموصى له خصم الغريم في هذه الحالة ، ويعتبر الموصى له [في هذه الحالة][٣] بالوارث ؛ لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث ، والوارث ينتصب خصماً للغريم ، ففي حق الوصي[٤] يجب أن يكون [الجواب][٥] كذلك ، وصاحب « الأقضية » ذكر الموصى له مطلقاً من غير فصل بين ما إذا كان الموصى له بالثلث ، أو بالزيادة على الثلث ، فيحتمل أن يكون المراد منه إذا كان الموصى له بالزيادة على الثلث .

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات : في « المنتقى »[٦] : رجل مات وله ابنان ، أحدهما غائب ، فادعى الحاضر أن له على أبيه ألف درهم ، ولا مال للميت غير ألف درهم على رجل ، فإني أقبل بينة الابن الحاضر في إثبات الدين على[٧] الأجنبي ،

---

(١) كذا جاء هنا « المنتقى » رواية إبراهيم ، ويغلب على ظني أنه سبق قلم من المؤلف ، صوابه : « النوادر » رواية إبراهيم وهو ابن رستم المروزي سبقت ترجمته في موضعها في أول الرسالة ؛ لأنه لم يأتي فيما سبق « المنتقى » لإبراهيم بن رستم ، وإنما جاء « النوادر » له ، والله أعلم .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٣١ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في هامش (هـ) : « الموصى له » وكتب فوقها : نسخة .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٩ .

(٧) في (ب) : لا على الأجنبي .

ولا أسمع بينة على أبيه بدينه ؛ لأنه ليس معه خصم ، ولا أقضي له من الألف التي قضيت على الأجنبي بشيء ؛ لأنه يزعم أنه لا ميراث له ، فأوقف الألف حتى يجيء الأخ .

وفيه أيضاً : رجل في يديه دار اشتراها ، وطلب الشفيع الشفعة ، فقال المشتري : اشتريتها لفلان ، وأقام بينة أنه قال هذا القول قبل أن يشتريها ، وأقام بينة أن فلاناً وكَّله بشرائها منذ سنة ، قال : لا أقبل بينته ؛ لأني لو قبلتها ألزمت الغائب البيع .

وفيه أيضاً : رجل في يديه دار ، ادعاها رجل أنها له ، وأقام الذي في يديه الدار بينة أن هذه الدار لفلان اشتراها من فلان هذا المدعي ، ووكلني بها ، فإني أقبل بينته ، وأجعله وكيلاً ، وأدفع الخصومة عنه ، ولا ألزم الغائب الشراء من هذا المدعي ؛ لأن هذا أقام البينة على شراء الغائب ، وعلى أن يده ليست بيد خصومة ، والمدعي خصماً له في أحدهما دون الآخر ، فيقبل بينته عليه فيما هو خصم فيه ، ولا يقبل بينته فيما ليس بخصم فيه .

وقال أبو يوسف رحمه الله[1] : رجل في يديه دار ، ادعى رجل هذه الدار وقال : الدار لي اشتراها فلان الغائب منك لأجلي ، وجحد الذي في يديه الدار البيع ، قال : أقبل بينة المدعي ، وكذلك لو كان المشتري حاضراً منكراً للشراء .

وهذا بمنزلة رجل ادعى داراً في يدي رجل وقال : اشتريتها من فلان ، وكان فلان اشتراها منك ، قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا ادعى أنه اشتراها من فلان ، وقال[2] : اشتراها من الذي هي في يده ، قبلت بينته ، وإذا ادعى أن فلاناً اشتراها له من الذي هي في يديه تقبل بينته .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٩ .

(٢) في (هـ) : وفلان .

وقال أبو يوسف[١] : لو قال الذي في يديه : قد كنت بعتها من فلان الذي تزعم أنك [وكلته بالشراء لك ، وفلان غائب ، فلا خصومة بين المدعي وبينه ، وكذلك لو قال : قد كنت بعتها من فلان الذي تزعم أنك][٢] اشتريتها منه ، وهي في يدي حتى يدفع الثمن ، أو قال : أودعنيها ، ولو أن رجلاً جاء بصك باسم فلان [غيره على رجل إلى ذلك الرجل ، وقال : هذا المال الذي في الصك باسم فلان][٣] عليك قد أقر لي به فلان ، ولي البينة بذلك ، فإن أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء فهو خصم ، أقبل بينة هذا المدعي ، وأقضي له بالمال .

وإن أقر المدعى عليه بالمال للرجل الذي الصك باسمه ، فإني لا أقبل بينة هذا على الغائب الذي الصك باسمه ، فإن أقر بأن المال له حتى يحضر ، هذا هو قول أبي يوسف .

وروي عن أبي حنيفة أنه قال : لا أقبل بينته ، وإذا[٤] أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء .

ذكر ابن سماعة في « الرقيات[٥] » : أنه كتب إلى محمد بن الحسن [رحمهما الله][٦] : في رجل ادعى داراً في يدي رجل ، وقال : هذه الدار كانت لفلان بن فلان الفلاني ، [وأنه باعها من فلان بن فلان الفلاني][٧] بألف ، وأنا شفيعها ، وأريد أخذها بالشفعة ، وقال الذي في يديه : هي داري ،

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٩ و ٤٠ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (هـ) و (ب) : وإن .

(٥) في (ك) : الزيادات .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

لم يملكها فلان وفلان وفلان قط ، وأقام المدعى عليه بينة على ما ادعى من ذلك ، قال : أما في قولي - وهو قياس قول أبي حنيفة - فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري إن كان قبض الدار من البائع ، وحتى يحضرا جميعاً إن لم يكن المشتري قبض الدار .

وأما في قول أبي يوسف فالذي في يديه الدار خصمٌ ، ويقضي القاضي للشفيع بالدار ، [ويدفعها إليه ويأخذ الثمن من الشفيع فيضعه على يدي عدل ، ويكون ذلك قضاءً على المشتري والبائع ، وإن كان المشتري أيضاً حاضراً منكراً للشراء .

قال محمد رحمه الله : أقضي بالدار للشفيع][1] وأجعل العهدة على المشتري ، وأدفع الثمن إليه[2] .

ابن سماعة عن محمد : في رجل أمر رجلاً أن يشتري له عشرة دنانير بمائة درهم ، ففعل ذلك ، وقبض الدنانير ، ودفع الدراهم ، فجاء رجل يدعي الدنانير ، فالمشتري خصم له ، ولا تقبل[3] بينة المشتري أن فلاناً أمره واشترى هذه الدنانير له ، وإن أقر مدعي الدنانير بذلك لم أجعل بينهما خصومة[4] .

وعنه[5] أيضاً : رجل ادعى على رجل أنه باع هذا العبد بألف درهم بأمر مولاه فلان ، وهو بضاعة في يديه ، فقال المدعى عليه : بعته بغير أمر صاحبه ، فإني أجعله خصماً وأقضي عليه بدفع العبد إلى المشتري ؛ لأني إنما أقضي عليه بالبيع[6] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٢) في (ك) زيادة : ابن سماعة عن محمد في رجل أمر رجلاً العهدة على المشتري وأدفع الثمن .

(٣) في (ك) و (هـ) : أقبل .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٠ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) في (ب) : وعن محمد .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٠ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

رجل ادعى مملوكاً وزعم أنه له وقال : ليس هو اليوم في يدي ، وقال المملوك : أنا مملوك فلان الغائب ، فإن جاء المملوك ببينة على ما ذكر ، فلا خصومة بينه وبين المدعي ، وإن لم يقم على ذلك بينة قبلت بينة المدعى عليه ، وقضيت به له ، فإن جاء المقر له بعد ذلك لم يكن له على العبد سبيل ، فإن أقام بينة قبلت بينته ، ويقضي له[١] بالعبد على المقضي له الأول[٢] .

قال في « الكتاب » : لأني ما[٣] قضيت إلى الأول على العبد بعينه[٤] .

ولو أن رجلاً ادعى عبداً في يدي عبد ، أو ادعى ديناً عليه ، أو ادعى شراء شيء منه ، فهو خصمه إلا أن يقر المدعي أنه محجور عليه ، فلا أجعل بينهما خصومة[٥] .

رجل في يديه دار ، جاء رجل وادعى أنها دار فلان ، وأن له عليه ألف درهم ، وأنه كان رهنه بالألف التي عليه هذه الدار منذ شهر ودفعها إليه ، ثم إنه بعد ذلك استعارها منه فأعارها إياه ، وفلان رب الدار غائب ، وأقام الذي في يديه [خصم ، يُقضى له بالدار ويُنقض البيع الثاني .

وإن كان شهود المدعي][٦] الدار بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الذي زعم المدعي أنه رهنها إياه أمس وقال : اشتريته منه منذ عشرة أيام ، وشهد له الشهود بذلك ، فإن الذي ادعى الرهن يستحقها ، وتقبل بينته عليها .

---

(١) في (م) و (ب) : عليه .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٠ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) في (هـ) : إنما .

(٤) في (ب) : بينة .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٠ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) .

فإن قال المشتري : أنا أنقض البيع ، فالقاضي لا ينقض بيعه على الغائب حتى يحضر الذي باعه ، وكذلك إن ادعى الاستئجار مكان الرهن .

ولو كان مكان الراهن أو المستأجر رجل يدعي ملك الدار ، ويزعم أنه اشتراها من صاحب الدار منذ شهر قبل شراء الذي الدار في يديه ، فإنه خصم يقضى له بالدار ، وينقض البيع الثاني .

وإن كان شهود المدعي لم يشهدوا على قبض البائع الثمن ، فإن الحاكم يأخذ منه الثمن فيكون عنده للبائع ويسلم الدار[١] .

قال هشام : سألت محمداً عن رجل اشتريت منه جارية ونقدته[٢] الثمن ، وقبضت الجارية ، فاستحقها مني إنسان ببينة ، وقضى القاضي بها للمستحق ، فأحضرت الذي باعنيها ، [فقال البائع : لي البينة على أن الذي استحقها منك باعنيها ، وأقر بها لي][٣] ، فقال : يخير المشتري إن شاء ولي الخصومة بنفسه ، وإن شاء رده بالثمن على البائع ، وإن قال المشتري : أقف أمري ، ويلي البائع الخصومة بنفسه ، ليس له ذلك[٤] .

رجل أقر بدار في يديه أنها لفلان سمى رجلاً غائباً غيبة منقطعة ، وأنه أمر فلاناً أن يحفظها على المقر له ، ثم إن ذلك الرجل جعلها على يدي ، وقد مات ، فالمجعول في يده حتى يكون خصماً لكل من ادعاها ، إلا أن يقيم البينة على أن الغائب فلان بن فلان ، وقد أثبتوا معرفته دفعها إلى الميت الذي دفعها إلى هذا الذي هي في يديه وغاب ، فإذا أقام على ذلك بينة ، فلا خصومة بينه

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٠ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

(٢) في (م) : ونقد منه .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٠ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

وبين المدعي ، قال : ولا أجعله وصياً إلا فيها خاصة في قول محمد ، فأما في قياس قول أبي حنيفة : ينبغي أن يكون وصياً في كل شيء[١] . انتهى[٢] .

رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم ، وأنه مات قبل أن يؤديها إليه ، وأن له في يديك[٣] ألف درهم من ماله ، وطالبه بقضاء الدين من ذلك المال ، فالقاضي [لا يسمع دعواه ، ولا يقبل بينته ، ولو طلب من القاضي أن يحلف المدعى عليه ، فالقاضي][٤] لا يحلفه ، وهذا لأن الدعوى إنما تسمع على[٥] الخصم ، والمدعى عليه ليس بخصم[٦] له في هذه الصورة ؛ لأنه لا يدعي عليه ولا في يديه شيئاً ، وإنما يدعي ديناً على الغير ، وأنه ليس بخلف على ذلك الغير ليسمع الدعوى عليه بطريق الخلافة ، فلا يسمع دعواه ، وإذا لم يسمع دعواه لا يسمع بينته ، ولا يحلف المدعى عليه[٧] .

رجل ادعى عمامة في يدي رجل [رفاء][٨] وقال : هذه عمامتي بعثت بها على يدي تلميذي إليك لتصلحه ، وأنكر الرفاء ذلك[٩] أن تكون العمامة للمدعي ، لا تصح هذه الدعوى من هذا المدعي ؛ لأنه أقر أن العمامة وصلت إلى يد الرفاء من جهة الغير ، فلم تكن يد الرفاء يد خصومة بحكم إقراره ، هذا إذا استحق مال المضاربة ، فإن كان فيه ربح فالمضارب خصم بقدر

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤١ .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) في (ك) و (ب) : من ماله ألف درهم .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (ب) : عند .

(٦) في (م) : ليس له بخصم .

(٧) « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤١٠ و ٤ : ٤١ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٩) غير موجود في (ك) و (هـ) .

حصته من الربح ، ولا يشترط حضرة رب المال ، وإن لم يكن فيه ربح فالخصم رب المال دون المضارب ، وإن كان مال مضاربة ألفاً فاشترى المضارب بها عبدين أو جاريتين قيمة كل واحد منهما ألف ، فإن ههنا لا يظهر الربح ، ويكون الخصم فيها رب المال ، ويشترط حضرته عند استحقاقهما وعند استحقاق أحدهما .

قال[١] هشام : سمعت محمداً يقول في رجل وثب على طريق من طرق المسلمين نافذ ، فبنى فيه أو زرع ، ثم خرج ، ودفعه إلى إنسان ، فجاء أهل الطريق وخاصموه ، فأقام الذي في يديه بينة أنها في يدي فلان وكله به ودفعه إليه ، قال : إن كان طريقاً مما يشكل[٢] ولا يعلم أنه طريق إلا ببينة فلا خصومة بينهما حتى يحضر الدافع ، وإن كان شيئاً لا يشكل فهو خصم[٣] . انتهى[٤] .

ابن سماعة في « نوادره » عن أبي يوسف رحمه الله : رجل اشترى من آخر عبداً ، وقبضه ونقد الثمن ، فجاء رجل وادعى هذا العبد على المشتري ، فأقر المشتري بالعبد للمدعي ، أو[٥] أقر أنه حر الأصل ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال : إقراره جائز ، وليس له أن يخاصم البائع ببينة يشهدون أنه حر الأصل ، يريد بهذا أن المشتري لو أقام بينة على البائع أنه حر الأصل ليرجع بالثمن على البائع ، لا تقبل بينته ، علل فقال : لأن هذه البينة إنما تشهد للعبد فلا أقبلها ، وكذلك لا يقبل من المشتري البينة على أن العبد ملك المقر له ،

---

(١) غير موجود في (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : أشكل .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤١ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٤) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) في (ب) : و .

يريد به أن المشتري لو أقام البينة على أن العبد ملك هذا المدعي ليرجع بالثمن عليه ، لا تقبل بينته .

وقال أبو يوسف رحمه الله : إن اشترى المشتري العبد من المقر له بالملك وقبضه ، جعل خصماً للبائع من قبل أن يطلب الثمن ، والعبد في يده ، يريد به أنه بعدما أقر المشتري بالعبد للمدعي[١] ، لو اشتراه من هذا المدعي وقبضه ، ثم خاصم البائع في ذلك سمعت خصومته ، وكذلك أقبل منه البينة أن العبد حر الأصل ، وإن لم يحضر العبد يدعي الحرية بين[٢] يدي الحاكم ، وإن لم يشتر العبد من المقر له بالملك بل هو في ملكه ، لم أقبل منه البينة على أن العبد للمدعي .

وأقول في هذا مثل قول أبي حنيفة قال : وإذا جاء المدعي والبائع والمشتري ، واختصما ، فأقر المشتري فالعبد للمدعي ، وقال : هذه البينة بينة المدعي أن العبد عبده ، فإني أقبل منه البينة على البائع بهذا[٣] إذا كانوا جميعاً .

وكذلك إن خاصم المشتري البائع في ذلك بعدما دفع العبد إلى المدعي ، فجاء المدعي يزعم أن العبد له ، قال : لأني لا أدري لعله ينكر أن يكون العبد له .

وقال أبو يوسف : القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في جميع ذلك ، إلا أني استحسنت احتياطاً للناس في أموالهم .

إبراهيم [رحمه الله][٤] في « نوادره »[٥] [عن محمد رحمه الله][٦] : [رجل أعتق عبداً ، ومات الرجل فجاء الرجل وادعى أنه ابن

(١) في (ب) : للمشتري .

(٢) في (م) و (ب) و (ك) : من .

(٣) في (م) و (ب) : فهذا .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤١ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) ، وفي (ك) : إبراهيم عن محمد .

الرجل][1] الميت الذي أعتق ، وليس[2] للميت وصي ، هل يكون هذا المعتَق خصماً ؟ قال : إن كان أعتقه في حال[3] المرض يكون خصماً ، وإن كان أعتقه في حال الصحة لا يكون خصماً .

بشر عن أبي يوسف : في رجل له على رجل مال ، فأوصى به لرجل له أن الذي عليه المال جحد المال ، قال : الورثة يخاصمونه ، فإذا أراد القاضي أن يقضي لهم قضى بها لصاحب الوصية ، وأحال بها من الثلث .

وعنه أيضاً : تقبل بينة الوصي على وصية الميت بحضرة وارث مقر بالدين على الميت بحضور وارث مقر بالوصية إليه[4] ، أو طالب دين ، أو مطلوب بدين أو صاحب وصية مقر بالوصية ، وكذلك يسمع بينة مدعي الدين على الميت بحضور وارث مقر به ، ويكون ذلك حكماً على سائر الورثة .

رجل في يديه دار ، وهو مقر أنها لفلان مات ، وتركها ميراثاً ، وسمى الورثة وبعضهم غُيَّبٌ ، وادعى الشراء من الغائب[5] حقوقهم ، وسأل أن يترك ذلك في يديه [إلى أن][6] يحضروا ، لم أتركه في يديه ، فإذا أحضر بينة على الشراء سمعتُ شهادتهم ولكن لا أنفذ البيع ، ولا أقضي على الغائب ، ولكن أترك ذلك في يده ، وأستوثق منه كفيلاً حتى يقدم الغائب فيستأنف الخصومة معه[7] . انتهى[8] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) : وابن .

(٣) في (هـ) : حالة .

(٤) في (م) و (ب) : مقر به إليه .

(٥) في (ك) و (هـ) : الغيب .

(٦) ما بين معكوفتين في (م) و (ب) : إن لم .

(٧) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤١ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٨) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

رجل وَكَّل رجلين بخصومة رجل ، فأقام المدعي على أحدهما شاهداً واحداً ، وعلى الآخر شاهداً آخر ، قال : هو جائز ، [وكذلك لو أقام على الوكيل شاهداً واحداً (وعلى الموكل شاهداً واحداً)[١]][٢] وكذلك لو أقام على الحي شاهداً وعلى الورثة بعد موته شاهداً[٣] .

هشام عن محمد : رجل في يديه دار ، قال صاحب اليد لرجل : هذه الدار لك ورثتها من أخيك فلان ، وقال المقر له : لا ، بل هذه لرجل آخر ورثها من أخيه ، قضى به للمقر[٤] الآخر إذا كان كلام المقر له موصولاً ، وجنس هذا في كتاب الإقرار ، فإن غاب المقر له الأول ، وجاء المقر له الآخر إلى الذي الدار في يديه ، فأقام البينة عليه بإقراره للغائب ، وبإقرار الغائب له ، لا تقبل بينته[٥] .

إبراهيم عن محمد : رجل باع داراً من رجل ولم يدفعها إلى المشتري [حتى غصبها غاصب فمن يكون الخصم فيها ؟ قال : إن كان المشتري][٦] نقد الثمن ، أو كان الثمن إلى أجل فالخصم هو المشتري ، وإن كان المشتري لم ينقد الثمن فالخصم هو البائع[٧] .

هشام عن محمد : رجل أجر داراً من رجل ، وقد علم القاضي بذلك ، ثم إن المستأجر غاب ووكل رجلاً بالدار بشهادة شهود ، فقدم رب الدار[٨]

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (م) و (ب) وفي (م) زيادة : وعلى الآخر شاهداً آخر قال : هو جائز .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤١ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) في (هـ) : للمقر له .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤١ و ٤٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٧) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٧ نقلاً عن « الفصول العمادية » .

(٨) في (ب) : فقدم رب الوكيل الدار الوكالة .

[الوكيل وادعى أنها داره ، فادعى الوكيل الوكالة][(١)] وقال : لي بينة على ذلك ، قال : لا أقبل بينة الوكيل .

قال هشام : وإنما ذلك لعلم[(٢)] القاضي [به][(٣)] .

رجل اشترى شيئاً بميتة ، أو دم ، أو خمر ، أو خنزير ، وقبض المشتري ، ثم جاء مستحق واستحق المُشْتَرَى بالبينة ، ففي الشراء[(٤)] بالميتة والدم لا يكون المشتري خصماً ، ولا يسمع البينة عليه ، [وفي الشراء بالخمر والخنزير يكون المشتري خصماً ، ويسمع البينة عليه][(٥)] .

قال محمد رحمه الله [في « الجامع »][(٦)] : رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين ، وقبض الإبريق ونقد ديناراً واحداً ، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر فسد العقد في نصف الإبريق ، لا يتعدى الفساد إلى النصف الآخر ، وهذا الجواب لا يشكل على قولهما ، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة ؛ لأن مذهبه أن العقد إذا كان صفقة واحدة[(٧)] ، ففسد بعضه فسد الباقي ؛ لأن ذلك إنما يكون إذا كان فساد العقد في البعض بمفسد مقارن للعقد ، أما إذا كان الفساد بمفسد طارىء لا يتعدى الفساد إلى الباقي ، كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض فإنه لا يفسد العقد في الحي منهما ، وإنما لا يفسد لما قلنا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ب) : ليعلم .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) في (ك) و (ب) : المشتري .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) . والمسألة والتي تليها في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٢ .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٧) في (م) : واحد .

فإن حضر رجل بعدما غاب بائع الإبريق وادعى أن نصف الإبريق له ، كان المشتري خصماً له ؛ لأن المشتري مالك جميع الإبريق ؛ لأنه وإن فسد السبب في النصف لكان الافتراق لا يبطل ملكه فيه ما لم يرده[1] ؛ لأن فساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض به ، فأولى أن لا يمنع بقاء الملك في المقبوض ، وكان كل الإبريق ملكاً للمشتري ، فيكون خصماً للمدعي ، فلو حضر الغائب بعد ما أقام المستحق البينة على النصف ، وقضى القاضي بالنصف له ، رد المشتري على البائع ربع الإبريق ؛ لأن النصف المستحق شائع في النصفين ، نصفه وهو الربع في النصف الذي صح سببه ، والنصف الآخر وهو الربع في النصف الذي فسد سببه ، وإنما بقي في يد المشتري مما هو مقبوض بالسبب الفاسد ، ونصف[2] النصف وهو الربع ، فلهذا رد المشتري عليه ربع الإبريق ، ورد البائع عليه نصف الدينار حصة ما استحق مما هو مملوك بالسبب الصحيح ، ولا يثبت للمشتري الخيار ، وإن صار البائع شريكاً في الإبريق ؛ لأنه رضي بهذه الشركة لما لم ينفذ الدينار الآخر مع علمه أن للبائع أن يأخذ نصف الإبريق ، فصار راضياً بالشركة .

ولو أن رجلاً اشترى من رجل عبداً بصفقة واحدة ، نصفه بمائة دينار حالَّةٍ ، ونصفه بمائة دينار إلى العطاء ، فقبض المشتري العبد ، وغاب البائع ، فحضر رجل وأقام البينة أن له نصف العبد ، كان الجواب في هذه المسألة والجواب في المسألة الأولى سواء في الفصول كلها ؛ لأن ههنا فسد نصف السبب وصح نصفه ، فملك كل العبد نصفه بسبب فاسد ونصفه بسبب صحيح كما في مسألة الإبريق ، إلا أن الفساد هنا لمكان الجهالة ، وفي مسألة الإبريق لمكان الافتراق قبل قبض بعض بدل الصرف ، أما فيما عدا ذلك هذا والأول سواء ، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الثاني عند أبي حنيفة ، وإن كان

(١) في (م) و (ب) : يدعه .

(٢) في (هـ) : بنصف .

الفساد في أحد النصفين بسبب مقارن للعقد إلا أن المفسد المقارن ههنا غير متقرر ، ولهذا لو أسقطا الآجل بقي العقد صحيحاً ، وإنما تقرر عند حلول الأجل ، وكان المفسد طارئاً معنىً ، وإن كان مقارناً صورة .

ولو اشترى نصف عبد من رجل ، وأودعه البائع النصف الآخر ، وغاب البائع ، ثم جاء رجل وادعى نصف العبد ، وأقام البينة ، وأقام ذو اليد بينة على أنه اشترى من فلان نصفه ، وأودعه فلان[1] بعينه نصفه ، لم تصح الدعوى ولم يصر المشتري خصماً ؛ لأنا لو صححنا هذه الدعوى ابتداءً أبطلناه انتهاءً جعلنا المشتري خصماً في الإبتداء أخرجناه من أن يكون خصماً في الانتهاء .

بيانه : أنا لو قضينا عليه بالنصف تبين أن العبد كان مشتركاً بين البائع وبين المستحق ، وأن بيع البائع انصرف إلى نصيبه ، والإيداع في النصف للمقضي[2] به ، ويد الوديعة ليست بيد خصومة ، ولو كان اشترى نصف العبد من رجل ، وأودعه رجل آخر نصف العبد والمسألة بحالها ، كان ذو اليد خصماً في ربع العبد ؛ لأنا لو جعلناه خصماً في الربع في الابتداء لا يخرجه من أن يكون خصماً في الانتهاء .

بيانه : هو أنَّا إن صححنا هذه الدعوى [ابتداء أبطلناها انتهاء ، ولو جعلنا المشتري خصماً في الابتداء أخرجناه من أن يكون خصماً في الانتهاء][3] ، ظهر أن العبد كان بين المستحق وبين البائع والمودع أرباعاً ، النصف للمستحق ، والربع لكل واحد منهما ، فانصرف بيع الذي باع في الربع إلى ما يملكه ، فإذا أقام ذو اليد بينة أن فلاناً باعه نصفه ، وفلاناً أودعه نصفه ،

(١) في (ب) : لفلان .

(٢) في (م) و (ب) : للقضاء .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) .

ودعوى المستحق وافقه ، فهما على سبيل الشيوع ، كان الاستحقاق وارداً على نصف ما ورد عليه [الإيداع فينتصب المشتري خصماً فيما ورد عليه][1] الاستحقاق من المبيع ، وذلك قدر الربع ، لا فيما ورد الاستحقاق عليه من الوديعة ، فلهذا كان المشتري خصماً في نصف ما اشترى وهو الربع ، فإذا حضر البائع كان خصماً للمستحق في الربع الآخر ، ورجع المشتري على بائعه بنصف الثمن ؛ لأنه لم يسلم له من المبيع إلا نصفه .

ولو أن رجلاً اشترى من رجل نصف عبد ثم اشترى منه نصفه الآخر ، أحدهما صحيح ، والآخر فاسد ، أو كانا صحيحين ، أو كانا فاسدين ، ثم جاء رجل وادعى عليه نصف العبد وأقام البينة ، فالمشتري خصم له ، ويقضي القاضي عليه بالنصف الثاني ، يعني النصف الذي ورد عليه البيع الثاني ؛ لأن المدعي لما أقام البينة ظهر أن العبد كان بينه وبين البائع نصفين ، وأن البيع الأول انصرف إلى ملك البائع صحيحاً كان أو فاسداً ، وانصرف البيع الثاني إلى نصف المستحق ، وصاحب اليد يدعي الملك في هذا النصف الثاني ، وكان خصماً لمن نازعه ، ولو كان البيع الأول صحيحاً والبيع الثاني بميتة ، أو دم ، أو خمر لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر البائع ؛ لأن المشترى بدم ، أو خمر ، أو ميتة غير مملوك بالاتفاق ، وإنما اختلفوا في أنه مضمون ، أو أمانة .

قال أبو حنيفة : هو غير مضمون .

وقال محمد رحمه الله : هو مضمون .

ولما كان هكذا فالمشتري لا يدعي الملك لنفسه في النصف المشترى بالميتة والدم والخمر ، فلا يكون خصماً لمن نازعه ، بخلاف الوجه الأول على ما مر .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وإذا ادعى على امرأة أنها أمته ، وهي تحت زوج ، والزوج غائب ، فدعواه صحيحة ، ولا يشترط حضرة الزوج[١] .

ذكر في آخر « الجامع » : مسائل في بعضها جعل المولى خصماً عن عبده ، وفي بعضها لم يجعله خصماً عن عبده ، فقال[٢] : رجل ادعى على رجل أنه قطع يد عبده فلان خطأ ، وله عليه نصف قيمته ، وذلك خمسمائة مثلاً ، وادعى أنه زوج أمته فلانة منه ، ولها[٣] عليه المهر ، والعبد والأمة حيان غائبان ، فقال المدعى عليه : نعم ، لكن لا أعطيك الأرش والمهر مخافة أن يحضر العبد والأمة فينكران الملك لك فيضمناني ، فالقاضي يلزمه المهر والأرش بإقراره ؛ لأنه أقر له بالملك واستحقاق اليد ، أما الملك فلأن ملك الرقبة يوجب ملك الأرش والمهر لا محالة ، إذ يستحيل أن يكون العبد والجارية مملكان لإنسان ، وأرش اليد والمهر لغيره .

وأما استحقاق اليد فلأن اليد على آجر العبيد[٤] والإماء للمولي [لا للعبيد والإماء ، ألا ترى أن من ادعى حقاً في عبد إنسان ، فالعبد لا ينتصب خصماً له ، وإنما ذلك للمولى][٥] ، ألا ترى أن في عين مسألتنا حق الخصومة في الأرش والمهر للمولى ، وإن كان [على][٦] العبد والأمة دين ، بدليل أنه لو كان الأمر معايناً ، فالمولى هو الذي يقبض ذلك ، ويسلم إلى الغرماء ، فيثبت أنه أقر بالملك واستحقاق اليد للمولى في الأرش والمهر ، فيؤمر بالتسليم إليه كما في سائر الأعيان .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٢ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٢ .

(٣) في (ك) و (هـ) : وله ، وفي هامش (هـ) : « لها » نسخة .

(٤) في (م) و (ب) : آخر العبد .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وكذلك الجواب فيما إذا كان المهر عرضاً من العروض ؛ لأن المعنى لا يتفاوت .

وإن كان للعبد وديعة ألف درهم عند هذا الرجل ، أو غصب هذا الرجل ألف درهم من هذا العبد ، أو كان للعبد ألف درهم على هذا الرجل من قرض أو بيع ، فأقر الذي عنده المال أن الذي دفع إليه المال عبد هذا الرجل ، وصدقه المقر له ، لا سبيل للمقر له على ذلك المال ؛ لأن المقر لم يقر له لا بالملك ولا باليد ، أما بالملك ؛ لأنه ليس من ضرورة كون العبد الدافع ملكاً أن يكون ما في يده ملكاً له ، لجواز أن يكون وديعة ، أو غصباً عند العبد ، ولجواز أن يكون وكيلاً فيما باعه ، أو أقرضه ، بخلاف الوجه الأول ؛ لأن من ضرورة كون الذات ملكاً لإنسان [أن يكون][1] الأرش والمهر ملكاً له ، وكذلك لم يقر باليد ؛ لأن ما في يد العبد من المال لا يعتبر فيه يد المولى ، وإنما يعتبر فيه يد العبد ، ولهذا كان العبد هو الخصم دون المولى ، بخلاف الوجه الأول على ما مر[2] .

وكذلك لو قال الذي في يديه : إن هذا المال مال هذا الرجل غصبه منه عبده ، ودفعه إليه ، وصدقه بذلك المقر له ، فلا سبيل للمقر له على المال حتى يحضر العبد ؛ لأنهما تصادقا على وصول هذا المال إليه من قبل[3] العبد ، فكانت يد العبد ثابتة بتصادقهما ، فلا يصدقان على إبطال يد العبد وإثبات الحق فيه للمقر .

وكذلك إن أقر رجل أن فلاناً أمر عبده ببيع أمة له ، فباعها بألف درهم ولم يقبض الثمن ، وصدقه رب العبد بذلك ، لم يجبر على دفع الثمن إلى المولى ؛

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) هذه المسألة والتي تليها في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) في (م) : يد .

لأن المقر مع المقر له لما تصادقا على أن هذا[١] العبد هو الذي باع ، فقد أقر أن الخصم في الثمن هو العبد دون المولى ، لما عرف أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان العاقد من أهل التزام الحقوق ، والمأذون أهل لذلك ، فصح أنهما أقرا أن الخصم في الثمن هو العبد دون المولى ، فلا يكون للمولى ولاية الأخذ[٢] .

هذا كله إذا كان المال قائماً في يد المقر ، وإن كان مستهلكاً بأن قال المقر له : إن عبدك فلان غصبك ألف درهم ، فاستودعتها ، فاستهلكتها[٣] ، أو غصبتها منه واستهلكتها ، أو قال : أقرضه مني ، وصدقه المقر له ، فللمقر له أن يأخذه بذلك .

[فرق بين هذا وبينما إذا كان المال قائماً بعينه ، وباقي المسألة بحالها حيث لم يكن للمولى أن يأخذ بذلك][٤] .

والفرق : هو أن المال إذا كان قائماً بعينه وقد أقر بالغصب والوديعة من عبد فلان ، فقد أقر أن للغاصب حق استرداد هذا العين ، ولهذا لو حضر كان حق الاسترداد له ، فلو دفعنا إلى المقر له هذا العين فقد أبطلنا حق الغائب في الاسترداد ، وكان هذا الإقرار متضمناً إبطال حق العبد فلا يصح ، أما المال إذا كان مستهلكاً فقد انتقل حق الغائب إلى العين ، وانتقل إلى مثله[٥] ديناً في الذمة ، [فلم يصر مقراً للمولى بعين فيه حق للغائب ، وإنما صار مقراً بمثل المقبوض ديناً في الذمة][٦] ، وذلك خاص ملكه ، وكان مقراً للمولى

(١) غير موجود في (ك) و (هـ) .

(٢) في (م) : لأحد ، وسقط من (ك) .

(٣) في (ب) : فأهلكتها .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (م) و (ب) : مسألة .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

بما لا حق للغائب فيه فيصح ، فإن قدم الغائب وأنكر أن يكون عبداً لفلان ، وأن يكون غصب فلاناً[١] شيئاً كان القول قوله[٢] ؛ لأنه أنكر الرق ، والأصل في الآدميين الحرية ، وكان الظاهر شاهداً له فقُبل قوله ، وإذا جعل القول قوله كان له أن يضمن المقر مثل المال الذي أقر بقبضه ؛ لأن المقر مقر بأن وصول المال إليه كان من جهة الذي حضر ، وأنه ضامن له بالاستهلاك ، غير أنه يدعي عليه أن أصل الملك لغيره ، ولم يصدق في هذه الدعوى لما حكم بحرية الغائب ، فلهذا كان عليه الضمان .

ثم هل يرجع المقر على المقر له ؟ ففيما إذا أخذ المقر له من المقر الأرش والمهر ، ثم قدم الغائب وأنكر أن يكون مملوكاً للمقر له ، يرجع ، وفيما عداه لا يرجع .

والفرق وهو : أن حرية الغائب وإن ثبتت[٣] بقوله ، فهذا لا يربو[٤] على الثابت بالبينة ، وحرية الغائب لو ثبتت بالبينة فما عدا الأرش والمهر يكون سالماً للمُقَرِّ له ؛ لجواز أن يكون الغائب حراً ، والمال الذي دُفع إلى المُقِرِّ للمُقَرِّ له ، فلم يظهر بهذا فساد الإقرار ، فصار الحال بعد الحكم بالحرية كالحال قبل الحكم بها ، أما لو ثبت حرية الغائب بالبينة فالأرش والمهر لا يكون سالماً للمُقِر ، إذ لا يكون الغائب حراً وأرشه ومهره لغيره ، فيظهر به فساد إقرار المقر ، فكذا إذا ثبت بقوله .

ولو قال : إن[٥] عبد فلان أقرضني [ألفاً][٦] قد غصبها من مولاه وصدقه المُقَرُّ له في ذلك ، والمال قائم بعينه ، كان للمولى أن يأخذه بذلك .

---

(١) في (م) و (ك) و (ب) : فلان .

(٢) في (ب) زيادة : وإذا جعل القول قوله .

(٣) في (ك) و (هـ) : ثبت .

(٤) في (ب) : يزيد .

(٥) في (م) و (ب) : أنا .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

فرق بين هذا وبينما لو قال : غصبت من عبد فلان ، أو قال : أستودعته[١] ، وصدقه المولى بذلك ، والمال قائم بعينه حيث لم يكن للمولى عليه سبيل .

والفرق وهو : أن الغصب والوديعة حصل مقراً للمولى بعين فيه حق الغائب ، [وهو حق الاسترداد على ما مرَّ ، فلا يصح الإقرار ، أما في القرض لم يقر للولى بمال فيه حق الغائب][٢] إذا لم يقر الغائب بحق في هذا المال [بعينه ؛ لأنه زعم أن ملكه المال ببدل ، وانقطع حقه عن العين[٣] ؛ لأن القرض وضع لذلك ، فلم يحصل[٤] مقراً للغائب بحق في هذا المال][٥] ، فصار مقراً للمولى بشيء ليس للغائب فيه حق ، فيصح هذا كله إذا أقر المقر أن الغائب عبد المقر له ، فأما إذا قال المقر للمقر له : لا أدري أن الغائب عبدك أم لا ؟ فأقام بينة أن الغائب ملكي ، لم تقبل بينته حتى لا يقضى له على المقر بشيء ما لم يحضر العبد ؛ لأن هذه بينة قامت لإثبات الملك في الغائب وهو العبد ، والعبد منقول ، وإثبات الملك بالبينة فيما يحتمل النقل إلى مجلس القضاء [حال غيبته لا يصح ، ولأن هذه بينة قامت للقضاء][٦] بها على الغائب ، والمقر ليس بخصم عنه ؛ لأن العبد الغائب ليس في يد المقر لا حقيقة ولا حكماً .

ومن ادعى حقاً في عبد فإنما يكون خصماً للمدعي من كان العبد في يده حقيقة أو حكماً .

---

(١) في (ك) و (ب) : استودعتها .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : اليمين .

(٤) في (م) و (ب) : يجعل .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وإذا لم تقبل هذه البينة لا يقضى على المقر بشيء ؛ لأنه لو قضى إنما يقضي بإقراره ، وهو يجعل مقراً للمدعي بشيء حين قال : لا أدري أن الغائب عبدك[١] أم لا ؟ فإن أراد المدعي استحلاف المدعى عليه في هذا الفصل وهو ما إذا قال المدعى عليه للمدعي : لا أدري أن الغائب عبدك[٢] أم لا ؟ قال : لا يستحلفه [القاضي على ملك الغائب ؛ لأنه ليس بخصم في ذلك عن الغائب ، ولكن يستحلفه][٣] على المهر ، والأرش ، والوديعة المستهلكة ، والغصب المستهلك ، والقرض المستهلك ، والقائم بالله ما للمدعي[٤] قبلك هذا المال الذي يدعي ؛ لأنه ادعى[٥] عليه معنى لو أقر به يصح إقراره على ما مر ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول .

أما في المال الذي كان قائماً في يد المقر ، وكان المقر أقر أن الغائب أودعه ، أو غصبه هو من الغائب لا يستحلف ، فكذا لا يستحلف في دعوى ثمن الجارية ؛ لأنه لو أقر صريحاً في هذه الأشياء لا يصح إقراره لما أن إقراره صادف محلاً تعلق به حق الغير على ما مر ، فلا يفيد الاستحلاف الذي شُرِع لرجاء النكول .

ولو قال الذي في يديه المال : الذي في يدي مالك ؛ لأني غصبتها من عبدك ، أو أودعنيها عبدك ، وقال المقر له : المال مالي ما أخذته من عبدي ، وأبى أن يدفع المال إلى المولى ، كان للمولى أن يأخذها إلا أن يقيم المقر بينة على ما زعم ؛ لأن إقراره بالملك يوجب التسليم إليه ، غير أنه بدعوى الغصب والوديعة من العبد يريد إبطال استحقاق التسليم إلى المقر له إلى أن يحضر العبد ، ولا يصدق من غير بينة .

---

(١) في (ك) : عندك .

(٢) في (ك) : عندك .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ك) و (ب) : ما لهذا المدعي .

(٥) في (ب) : يدعي .

ولم يذكر في « الكتاب » أن المُقَر له هل يُحلَّف إذا لم يكن للمُقِر بينة ؟ قالوا : وينبغي أن يُستحلف بالله [تعالى][1] ما لم يعلم أن الغائب أودعه أو غصب هو هذا المال من الغائب ؛ لأن المقر له لو أقر بذلك لزمه الكف عن مطالبته ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، ولكن يستحلف على العلم ؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير ، فإن لم يكن له[2] بينة ، وقبض المولى المال ، ثم حضر الغائب وجحد أن يكون عبداً للمدعي ففي الغصب القاضي يقضي للذي حضر على المقر بمثل ما أقر أنه غصبه ، سواء سلم المقر المغصوب إلى المقر له بقضاء أو بغير قضاء .

وفي الوديعة كذلك الجواب عند محمد وعند أبي يوسف رحمه الله لا يضمنه شيئاً إلا أن يكون سلمه بغير قضاء ، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن قال : هذا العبد في يدي لفلان ، ثم قال بعد ذلك : لا ، بل لفلان ، غصبته منه ، أو أودعني ودفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء ، فهو على التفاصيل التي قلنا ، والمسألة بحجتها في « الجامع الكبير » في كتاب الإقرار[3] .

فإن أراد الغائب في هذا الوجه أن يسترد المال من المُقَرِّ له ليس له ذلك بالإجماع ؛ لأن الإقرار للمُقَر له قد سبق فلا يبطل ذلك بمجرد إنكار الغائب ، كما لو قال : هذا عبد فلان أودعنيه فلان ، إن كان الذي في يديه المال بدأ فقال : هذا المال أودعنيه عبدك ، أو غصبته من عبدك ، وهو مالك ؛ لأن العبد عبدك فماله لك ، فقال المقر له : هذا عبدي كما قلت ، وهذا المال مالي لم تأخذه من عبدي فلان ، فإنه يقال للمقر : أقم البينة على ما ادعيت ، وإلا فهو للمقر له ؛

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) « الجامع الكبير » للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ص ١٣٢ .

لأن حق المقر له قد ثبت ، وحق الغائب إنما يثبت على اعتبار تصديق الغائب ، وذلك موهوم ، فوجب التسليم إلى المقر له .

فإن لم يكن له بينة وطلب المقر يمين المقر له على ما زعم من الغصب والوديعة استحلفه القاضي على ذلك على علمه ما قلنا في الفصول الأول ، فإذا حلف المقر في هذا الفصل وأخذ المال ، ثم حضر الغائب وأنكر أن يكون عبداً للمقر له ، وطلب ماله كان له أن يسترد الألف من المقر له ، وهو المولى من غير بينة ، بخلاف المسألة الأولى ، فإن ثمة الغائب لا يأخذ المال من المولى ما لم يقم البينة على الغصب والإيداع منه .

والفرق وهو أن في المسألة الأولى المقر بدأ بالإقرار بالملك للحاضر ، ثم ثنى بالإقرار للغائب ، فتصديق الغائب وإذا أسند إلى وقت الإقرار لا يصير سابقاً على الإقرار للمدعي ، فيبقى الحكم للإقرار الأول ، فلهذا لم يكن للغائب ولاية الأخذ بدون الحجة .

أما في مسألتنا بدأ بالإقرار للغائب ، وإنما وجب التسليم إلى الحاضر لاحتمال التكذيب من الغائب ، فإذا صدقه الغائب أسند التصديق إليه إلى وقت الإقرار له وذاك صادق ، فلهذا صار الغائب أولى ، ومتى استرد الغائب في مسألتنا المال الذي من المقر له لا يضمن[1] المقر للمقر له شيئاً ؛ لأن المقر يقول للمقر له : قد أقررت لك - يعني ودفعت إليك - وإنما أستحق من يدك فليس لك عليَّ شيء .

فإن قيل : إنما استحق العين من يد المقر له بإقرار المقر للغائب ، [فصار المقر مستهلكاً العين على المقر له ، فينبغي أن يضمن .

قلنا : نعم ، إلا أن المقر أقر للغائب][2] أولاً أنه له ، وأنه غصبه منه ، وأقر المولى ثانياً ولم يقر أنه غصبه منه ، ومن أقر بعين في يديه أنه لهذا ثم أقر

---

(١) في (م) زيادة : المقر له بإقرار .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

أنه لفلان ، ودفع إلى الأول بقضاء[١] لا يضمن للثاني عندنا ، خلافاً لزفر ، والمسألة في كتاب الإقرار من « الجامع » على سبيل الاستقصاء[٢] .

ولو قال المقر : هذا المال مال عبدك فلان غصبته منه ، أو أودعنيه ، وقال المقر له : مالي لم يقبضه عبدي فلان ، فلا سبيل له على المال حتى يحضر الغائب ، أو يقيم البينة أن المال له بخلاف الفصلين الأولين ؛ لأن في الفصلين الأولين أقر ذو اليد بالملك للمولى ، لكن في الفصل الثاني في آخر كلامه ، وفي الفصل الأول في أول كلامه ، فأمر بالتسليم إليه ، فأما ههنا لم يقر بالملك للمولى في هذا المال إنما أقر أنه أخذ من فلان الغائب ، وزعم أن فلاناً ملكه ، وليس من ضرورة الإقرار بالمال لعبد الإنسان الإقرار بذلك المال لمولاه لجواز أن يكون ما في يد العبد لأجنبي ، ولم يوجد الإقرار بذلك بالملك للمولى في المال ، فبقي مجرد دعوى المدعي فلم يكن له ولاية الأخذ بدون الحجة ، وهذا كله إذا كان العبد الغائب والأمة الغائبة حيان ، فأما إذا كانا ميتين فإن ادعى رجل قبل رجل مهر أمة له ، أو أرش جناية على عبد له ، أو وديعة لعبده في يديه ، أو غصباً ، أو ديناً من ثمن بيع ، أو أقرض وادعى أن العبد مات ، وصدقه المدعى عليه بذلك كله ، [فإنه يقضي بذلك للمدعي بذلك كله][٣] ، ويؤمر الذي قبله المال بدفع المال إليه في الوجوه كلها ، أما في الوجه الذي يلزمه التسليم حال الحياة فلا يشكل ، وأما في الوجه الذي لا يلزمه التسليم في حال الحياة ؛ فلأنهما لما تصادقا على [موت العبد فقد تصادقا على][٤] وجوب التسليم إلى المُقَر له ؛ لأن العبد إذا مات كان مولاه أحق بما كان في يديه في الوجوه كلها حتى يوصل كل حق إلى صاحبه ،

(١) سقط من (ب) .

(٢) « الجامع الكبير » للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص ١٣١ وما بعدها .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ولا يبقى ليد العبد عنده بعد موته ، فصار المولى كالخلف عن مملوكه بعد موته خلافة الوارث من المورث ، فكما أنه لو ادعى الميراث على ميت ، وصدقه الذي قبله المال يؤمر بالتسليم إليه ، فههنا كذلك ، بخلاف حال الحياة على ما مر .

فإن قال المقر : على العبد دين يحيط بماله ، لا يلتفت إلى ذلك ؛ لأن سبب ثبوت الحق للمولى قد ظهر بتصادقهما ، والمانع وهو الدين لم يظهر بإقرار المقر لما أن هذا إقرار على عبد الغير ، وذلك يستدعي تصديق العبد ، والتصديق من الميت لا يتصور .

وإن أنكر الذي قبله المال جميع ما ادعاه المدعي ، فأقام المدعي بينة على غصبه المال من عبده ، وعلى أن عبده مات ، تقبل بينته ، وكذلك في سائر الصور .

فرق بين هذا وبينما إذا كان العبد الغائب حياً ، وأنكر الذي قبله المال أن يكون الغائب عبده ، وأراد المدعي إقامة البينة على أن الغائب عبده ، فإنه لا يقبل البينة ، ولا يقضى للمدعي شيء .

والفرق ما ذكرنا : أن هذه بينة قامت على إثبات الملك في الغائب وهو العبد ، وأنه منقول ، وإثبات الملك بالبينة في النقليات حال غيبته عن مجلس القضاء لا يصح ، أما بعد الموت فنقل العبد إلى مجلس القضاء غير ممكن ، فلم يعتبر ذلك شرطاً لصحة القضاء بالبينة ، فهذا الفرق بينهما .

وفرق آخر أيضاً ما مر أن الغائب متى كان حياً فبينة المدعى عليه أنه عبده قامت على الغائب للقضاء بها ، وليس عنه خصم حاضر ؛ لأن المُقِر ليس بخصم عنه على ما مر ، وليس للقاضي أن ينصب عنه خصماً ما دام هو حياً يرجى حضوره ، [أما إذا كان ميتاً كان للقاضي أن ينصب عنه خصماً فيما

يُدَّعى عليه إذا لم يكن له وصي ولا وارث ؛ لأنه لا يرجى حضوره][1] ، فلو لم يفعل ذلك أدى إلى تضييع حقوق الناس ، وإذا كان للقاضي ذلك كان جعل الذي قبله المال خصماً ، والمال في يده أولى ، وكانت هذه بينة قامت على خصم فقبلت .

رجل في يديه مال ، فقال رجل لصاحب اليد : غصبني عبدك هذا المال ، فأودعه[2] إياك ، وقال صاحب اليد : صدقت ، لكن لا أرده عليك ؛ لأني أخاف أن يجحد العبد أن يكون عبدي ، لم يلتفت إلى قوله ، ويجبر على دفع الألف إليه بخلاف ما تقدم من المسائل[3] .

والفرق : أن فيما تقدم تصادقا على أن الوصول إلى يد صاحب اليد [كان من جهة العبد ، ويد العبد لا تبطل بالتسليم إلى غير المولى ، وهناك صاحب اليد][4] غير مولى العبد ، فبطل حق المقر له [صيانة][5] لما تصادقا عليه من يد العبد ، فأما ههنا فقد تصادقا على بطلان يد العبد ؛ لأن يد العبد تبطل بالتسلم إلى المولى ما لم يكن على العبد دين ، أو ثبت أن ذلك المال مال الغير ، ولم يثبت ذلك ، ولهذا قالوا : إن العبد المأذون إذا أودع مولاه [من كسبه ، أو غصب مولاه][6] [شيئاً ولا دين عليه ، ثم تصرف العبد في المال الذي أودع مولاه][7] ، أو غصب منه مولاه لا ينفذ ، ولو كان حكم يد[8] العبد قائماً لنفذ ، ولما تصادقا على بطلان يد العبد عن المال صار هذا المال

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ك) و (ب) : فأودعها .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٣ .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٨) في (ب) : بدل .

ملتحقاً بسائر أموال المولى ، وكان هذا الإقرار مصادقاً[١] مال نفسه ، فصح ، وأمر بالتسليم إلى المقر له ، فلهذا افترقا .

فإذا دفعه إليه ، ثم حضر الغائب فأنكر أن يكون عبداً للمقر كان القول قوله ، وقضى القاضي له بالمال الذي أخذه المقر له ، إن وجده قائماً ؛ لأنهما كانا متصادقين على أن وصول هذا المال إلى ذي اليد من جهة الذي حضر ، فإذا جعلنا القول قوله في إنكار الرق لم يثبت لذي اليد في رقبته ملكاً ، فتبين أنه كان له في هذا المال يد معتبرة ؛ لأن يد المودع قائمة مقام يد المودع ، فظهر [أن تصادقهما معاً][٢] صادف محلاً تعلق حق الغير به ، وأنه لم يصح ، فيؤمر المقر له برد المال على الذي حضر إلا أن يقيم المقر له للحال بينة أن المال ماله .

وإن كان المقر له استهلك ذلك المال الذي حضر أخذه ، فأراد الغائب أن يضمن المقر الذي كان في يديه المال ، كان له ذلك ؛ لأنه صار متلفاً له بإقراره للمدعي .

قال بعض مشايخنا : هذا على قول محمد ، أما على قول أبي يوسف : ليس له ذلك ؛ لأنه أقر للمدعي بملك مطلق ، ثم أقر بعد ذلك أن فلاناً أودعه ، ومن أقر بملك مطلق لإنسان ثم أقر بالوديعة لغيره ، ودفع المال إلى الأول بقضاء يضمن للثاني عند محمد ، خلافاً لأبي يوسف .

وبعض مشايخنا قالوا : لا ، بل يضمن ههنا عندهم جميعاً ؛ لأن المقر أقر للمدعي بملك مطلق ، ثم أقر بعد ذلك [أنه غصبه من غيره ؛ لأن المولى فيما يودعه العبد لا يكون مودعاً حقيقة ، بل يكون قابضاً لنفسه ، فكان بمعنى الغاصب ، فكأنه أقر للمدعي بمطلق الملك ، ثم أقر بعد ذلك][٣] بالغصب من الغائب .

---

(١) في (م) : مصادفاً .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وفي هذا الفصل إذا دفع إلى الأول يضمن الثاني عند[١] الكل ، إنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا أقر لإنسان بملك مطلق ، ثم أقر بالوديعة من غيره ، ودفع إلى الأول .

ولو قال المقر : هذا المال أودعنيه عبدي فلان ، ولا أدري أهو لك أم لا ؟ فأقام المدعي بينة أن المال ماله ، [فالقاضي يقبل منه هذه البينة ، ويدفع المال[٢] إليه][٣] ؛ لأن المولى[٤] فيما أخذه من العبد على سبيل الوديعة [لا يكون مودعاً ، بل يكون قابضاً لنفسه ، ومن ادعى مالاً في يد غيره وذو اليد يزعم أنه مالك له ينتصب خصماً له ، فإن حضر الغائب وأنكر أن يكون عبداً للمقر][٥] أخذ ماله ، ويقال للمدعي : أعد بينتك عليه وإلا فلا حق لك ؛ لأنهما تصادقا على أن وصوله[٦] إلى يده كان من جهة الذي حضر[٧] .

فإذا لم يثبت الملك للذي كان في يده في رقبة الذي حضر ، تبين أن يد صاحب اليد في هذا كانت يد حفظ لا يد خصومة ، وظهر أن تلك البينة قامت على غير خصم ، فلم يكن معتبراً ، فأمر المقر له بإعادة البينة لهذا[٨] .

وإن قال المقر وهو الذي في يديه المال : هذا المال لك ، أودعنيه فلان ، وفلان ليس بعبدي ، فأقام المدعي بينة أن فلاناً عبده ، لم يكن بينهما خصومة ، ولا[٩] تقبل بينته[١٠] ، أما لا خصومة بينهما ؛ فلأنهما تصادقا على أن الوصول

---

(١) في (م) و (ب) : عن .

(٢) زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ك) : الموصي .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٦) في (م) و (ب) : وصولها .

(٧) في (ك) و (م) و (ب) : عليه .

(٨) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٣ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٩) في (ك) : ولم .

(١٠) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٣ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

إلى ذي اليد من غيره بطريق الوديعة ، فالمدعي بعد ذلك بدعوى كون المودع ملكاً للمودع ، يدعي أن يده يد نفسه ، حتى يجعله خصماً ، فلا يصدق على ذلك ، وأما لا يقبل بينته على كون الغائب ملكاً للمقر ؛ لأن هذه البينة قامت على إثبات الملك في عين غائب عن مجلس القضاء ، وأنه يحتمل النقل ، فلا تقبل ، حتى لو أقام المدعي بينة على أن المودع غير ذي اليد ، وأنه قد مات ، قبل القاضي البينة ، وقضى له بالمال ، بخلاف حالة الحياة ، والفرق قد مر . انتهى[١] .

رجل وهب لعبدِ رجلٍ جارية ، وقبضها العبد ، ثم أراد الواهب الرجوع في الهبة ، والمولى غائب[٢] ، فإن كان العبد مأذوناً كان له ذلك ، وإن كان محجوراً عليه لم يكن له ذلك حتى يحضر المولى .

أما الأول فلأن الواهب يدعي حقاً فيما هو كسب المأذون بعقد جرى بين المدعي وبين المأذون ، فينتصب المأذون خصماً له .

كما لو ادعى شيئاً في يد المأذون أنه اشترى منه ، أو ادعى شيئاً في يد المأذون أنه ملكه مطلقاً انتصب خصماً ، سواء كان على المأذونين دين أو لم يكن .

وأما الثاني فلأن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى ، ألا ترى أن من ادعى شيئاً في يده أنه اشتراه من المحجور ، [أو ادعى ملكاً مطلقاً لا ينتصب خصماً له ، وإن كان من جنس[٣] كسب المحجور كان الفقه فيه ، وهو أن للمأذون يداً][٤] معتبرة على ما في يده كالمكاتب ، ولهذا لو باع ما في يده لا يجوز ، وإن كان من [جنس][٥] كسبه فهذا يبين لك أن يد[٦] المأذون يد نفسه ، ويد المحجور يد المولى حكماً .

---

(١) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (ب) .

(٢) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٨٩ .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) .

(٦) سقط من (ب) .

ولما كان هكذا[١] كان رجوع الواهب في الوجه الأول متضمناً إبطال يد العبد ، فكان هو الخصم في ذلك ، فلا يشترط حضرة المولى ، وفي الوجه الثاني رجوع الواهب يتضمن إبطال يد المولى حكماً ، وكان المولى هو الخصم في ذلك ، فيشترط حضرته .

وإن قال العبد : أنا محجور ، وقال الواهب : أنت مأذون ، ولي أن أرجع فيها قبل حضور مولاك ، فالقول قول الواهب مع يمينه .

قالوا : هذا استحسان ، والقياس أن يكون القول قول العبد ؛ لأنه متمسك بالأصل وهو الحجر ، وكان الظاهر شاهداً له ، إلا أنا استحسنا وقلنا : القول قول الواهب مع يمينه ؛ لأن الهبة حين وقعت موجبة للرجوع ، فالعبد بقوله : « أنا محجور » يدعي تأخير حق الواهب في الرجوع إلى حضرة المولى ، والتأخير نوع إبطال ، فيكون القول قول الواهب مع يمينه ، وما يقول بأن الظاهر شاهد للعبد ، قلنا : نعم ، ولكن إنما يجعل القول قول من يشهد له الظاهر إذا كان بالظاهر يدفع شيئاً من نفسه ، وههنا هو بهذا الظاهر يبطل حقاً مستحقاً للواهب ، وهو حق الرجوع في الهبة ، فلا يلتفت إليه ، ثم إنما جعلنا الواهب على العلم ؛ لأن هذا يختلف على فعل الغير ، وهو حجر المولى ، والتحليف[٢] على فعل الغير يكون على العلم .

ولو أقام العبد بينة أنه محجور ، لا تقبل بينته ؛ لأن الواهب يدعي حقاً على العبد بعقد جرى بينه وبين العبد ، والعبد بهذه البينة يثبت كونه مودعاً من جهة المولى لما مر أن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى .

قلنا : ومن انتصب خصماً لإنسان يدعي الفعل عليه ، إذا أقام بينة أنه مودع فلان لدفع الخصومة عن نفسه ، لا تقبل بينته ولا يندفع عنه الخصومة ،

---

(١) في (ب) : هذا .

(٢) في (ك) : التخليف .

أما إذا أقام البينة على [إقرار المدعي][(١)] أنه مودع فلان [لدفع الخصومة عن نفسه ، لا يقبل بينته ، ولا يندفع عنه إقرار المدعي على أنه مودع فلان][(٢)] ، فقد أقام البينة على أن المدعي أبرأه عن هذه الخصومة معنىً ؛ لأنه يريد إسقاط خصومة المدعي لمعنى وجد من جهة المدعي ، وهو إقراره ، ومن انتصب خصماً بدعوى الفعل عليه لا تقبل بينته على إحالة الخصومة إلى غيره ، وتقبل على إبراء المدعي إياه من الخصومة ، فلهذا افترقا .

فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب المأذون ، أن العبد إذا باع واشترى ، ثم أقام البينة على أنه محجور ، أو على إقرار العاقد الآخر بذلك حيث لا يقبل ، وإنما كان كذلك ؛ لأن هناك إنما لا تقبل لأنه سعى في نقض ما تم به وأراد إثباته بالبينة ، ومن سعى في نقض ما تم به وأراد إثباته بالبينة لا يسمع ذلك منه ؛ لصيرورته متناقضاً .

وفي حق هذا لا فرق بينما إذا أقام البينة على كونه محجوراً ، وبينما إذا أقام البينة على إقرار العاقد بكونه مجحوراً ، ألا ترى أن البائع لو كان حراً وأقام البينة على أن ما باع كان حراً ، أو على إقرار المشتري على[(٣)] أن ما اشترى كان حراً ، لا يسمع ذلك منه لما قلنا .

أما في مسألة « الجامع » : إنما لا تقبل بينة على الحجر إلى نقض[(٤)] ما تم به ؛ لأنه باع إلى إنفاذ ما جرى بينهما من الهبة ، لكن إنما لم تقبل لأنها قامت على إحالة الخصومة على الغير ، وهذا المعنى معدوم فيما إذا أقام البينة على إقرار الواهب بالحجر ، فلهذا افترقا .

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) و (ب) .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (ك) : على بعض .

هذا كله إذا كان المولى غائباً والعبد حاضراً ، فإن حضر المولى وغاب العبد فأراد الواهب أن يرجع في هبته ، فإن كان الموهوب في يد العبد لم يكن المولى خصماً ؛ لأن الواهب لا يدعي على مولى العبد عيناً في يده ، ولا حقاً في عين في يده ، ولا ديناً في ذمته ، والإنسان إنما ينتصب خصماً لغيره بأحد هذه الوجوه ، وإن كانت الهبة في يد المولى كان خصماً ؛ لأن المولى يزعم أن ما في يده ملكه ؛ لأن ما يأخذه المولى من عبده يكون ملكاً له إذا لم يكن على العبد دين ، ولم يعرف ثبوت الدين على العبد .

ومن ادعى حقاً في عين يد إنسان ، والذي في يديه العبد يزعم أنه مالك له فينتصب خصماً للمدعي ، كذا ههنا .

فإن قال المولى : أودعني هذه الجارية عبدي فلان ، ولا أدري أوهبتها له أم[1] لا ؟ فأقام المدعي بينة على الهبة والمولى خصم ؛ لأن المولى فيما يودعه عبده يكون مالكاً ، ولا يكون مودعاً على ما مرَّ ، فالمولى بدعواه أنه أودعها إياه عبده يزعم أنه مالك لها ، فينتصب خصماً للمدعي في إثبات حق جرى بين المدعي وبين الغائب ؛ لأنه يدعي حقاً فيما في يده بسبب جرى بينه وبين الغائب[2] ، فينتصب خصماً عن الغائب ، كرجل في يده عبد ، جاء رجل وادعى أنه اشتراه من فلان وهو يملكه ، وأقام على ذلك بينة ، قضى له بذلك ، وصار الحاضر خصماً عن الغائب ، كذا ههنا .

فإذا قضى القاضي بالجارية للواهب ، فقبضها الواهب ، [فزادت في يديها في الواهب][3] ، ثم حضر الموهوب له ، وأنكر أن يكون عبداً ، فالقول قوله لكون الحرية أصلاً ، وكان له أن يأخذ الجارية ؛ لأنا لما جعلنا القول قول الذي حضر في أنه حر ظهر أن الذي كانت الجارية في يده كان مودعاً لا مالكاً ،

---

(١) في (م) و (ك) و (هـ) : أو .

(٢) في (م) : الغاصب .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

فظهر أنه ما كان خصماً ، وأن بينة الواهب قامت على غير الخصم ، فالتحق بالعدم ، فرد القاضي الموهوب على الموهوب له بإقرار الواهب أنه كان في يد الموهوب له فيما مضى ، ولا يمتنع الرد على الموهوب له بسبب زيادة متصلة ؛ لأنه تبين أن الزيادة حصلت على ملك الموهوب له ؛ لأنه ظهر أن رجوعه في الهبة لم يصح ، واسترداد المملوك لا يمتنع سبب الزيادة المتصلة ، ثم ليس للواهب أن يرجع في الهبة ، إلا أن الرجوع الأول لما بطل كانت الزيادة المتصلة حاصلة على ملك الموهوب له ، وهذا يمنع الرجوع في الهبة .

فإن كانت الجارية قد ماتت في يد الواهب كان للموهوب له الخيار ، إن شاء ضمن المودع ، وإن شاء ضمن الواهب قيمتها ؛ لأنه لما ظهر بطلان الرجوع في الهبة ظهر أن القابض قبض مال الغير بغير إذنه ، وأن المودع دفع الوديعة إلى غير المالك بغير إذن المالك ، فصار كل واحد في حق المالك بمنزلة الغاصب ، فلهذا كان له الخيار في التضمين .

فإن ضمن الواهب لا يرجع على المودع بما ضمن ؛ [لأن المودع غاصب ، والواهب بمنزلة غاصب الغاصب ، وغاصب الغاصب لا يرجع بما ضمن][1] على الغاصب .

وإن ضمن المودع لا يرجع على الواهب بما ضمن أيضاً ، باعتبار أن في زعم المودع أن الرجوع صحيح ههنا لما أن الغاصب عبدي ، وقد أخذ بعض مالي حيث ضمن ، وما يأخذ العبد من مولاه لا يزول عن ملك مولاه ، فلم يلحق المودع غُرْم بما دفع إلى مولاه[2] ، فلا يكون له أن يرجع بذلك على مولى صاحبه ، ثم أوجب الضمان في « الكتاب » على المودع ، ولم[3] يحك فيه خلافاً .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) : صاحبه ، وفي هامش (هـ) : « الواهب » نسخة .

(٣) في (م) : ولم .

وذكر الكرخي أن هذا قول محمد[١] ؛ لأن المودع لما أقر من رق الغائب صار مسلطاً القاضي على الوديعة ، فصار مضيعاً لها .

وأما على قول أبي يوسف : لا يضمن ؛ لأن الدفع حصل بقضاء القاضي ، وفي مثل هذا لا يجب الضمان على المودع على ما مر قبل هذا .

وإن قال المولى : قد علمت أنك وهبتها للذي أودعني إلا أنه ليس بعبد لي ، فأقام المودع بينة على أن فلاناً الغائب عبده ، لا تقبل هذه البينة إن كان العبد حياً ؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات الملك [في نقل غائب][٢] عن مجلس القضاء ، فلا تقبل .

وإن قال الواهب : ليست لي بينة ، وطلب يمين المودع بالله أن الغائب ليس بعبد له ، استحلفه القاضي ؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، فإن حلف برأ عن الخصومة ، وإن نكل لزمه الخصومة ؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار .

ولو أقام المدعي بينة على إقرار المولى أن فلاناً عبده ، تقبل بينته ، وقضى بالرجوع ؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات كلام الحاضر وهو الإقرار ، والإنسان خصم فيما يدعى عليه من الإقرار والقضاء بذلك ؛ لأنه لا يتعدى إليه ، فيقضي القاضي عليه بذلك ، كما لو أقر بذلك بين يدي القاضي .

وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب عبد هذا الرجل ، وأنه قد مات ، قبلت بينته ، وصار ذو اليد خصماً له ، وقد مر هذا فيما تقدم .

وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب كان عبده ، وأنه قد باعه من فلان بألف درهم ، وقبضه فلان منه ، لم تقبل بينته ؛ لأن فيه إثبات الملك في المنقول ،

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٣٨٩ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

وهو غائب عن مجلس القضاء ، وفيه إثبات الملك للمشتري بالبيع ، وهو غائب ، فلا تقبل .

وإن أقام المدعي بينة على إقرار الذي في يديه الجارية أنه قد باع فلان الغائب من فلان ، ولم يقم البينة على إقراره أن الغائب عبده ، فالقاضي لا يقبل هذه البينة ، ولا يجعل الذي في يديه خصماً ؛ لأن هذا الإقرار لو ثبت معاينة لا يصير صاحب اليد خصماً ؛ لأن الإقرار ببيع الغائب لا يكون إقراراً بأنه عبده لا محالة ؛ لأن الإنسان كما يبيع عبد نفسه يبيع عبد غيره أيضاً ، فإذا لم يكن هذا الإقرار ملزماً إياه شيئاً لم يكن في إثباته بالبينة معنى وفائدة ، فلهذا لا يقبل القاضي هذه البينة [والله أعلم][1] . انتهى[2] .

❊ ❊ ❊

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

الفصل الثالث والعشرون

في بيان ما يندفع به دعوى المدعي وما لا يندفع

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منها في دعوى الملك المطلق ، ودعوى المدعى عليه كون المدعي [به][1] في يده وديعة من جهة غيره ، أو عارية ، أو إجارة ، أو رهناً ، أو ما أشبه ذلك .

هذا النوع ينقسم أقساماً :

الأول : إذا وقع الدعوى في حال [قيامه][2] ، قال محمد رحمه الله : وإذا ادعى رجل عيناً في يدي رجل ملكاً مطلقاً ، أو داراً ، أو ثوباً ، أو ما أشبه ذلك ، وأقام بينة على دعواه ، فقال ذو اليد : إن هذا العين لفلان الغائب أودعنيها ، أو قال : أجرنيها ، أو قال : ارتهنتها منه ، أو قال : اغتصبتها منه ، فإن أقام بينة على دعواه فلا خصومة بينهما ، وإن لم يقم فهو خصم للمدعي في ظاهر الرواية عن أصحابنا .

ووجهه : أن الخصومة قد توجهت على صاحب اليد بظاهر يده ؛ لأنه حال بين المدعي وبين المدعى به ، ولهذا كان على القاضي إحضاره وتكليفه [بالجواب][3] ، فهو بدعواه هذه يريد إبطال الخصومة المتوجهة عليه فلا يقدر على ذلك من غير حجة ، وبعد إقامة الحجة طريق اندفاع الخصومة أن صاحب اليد ببينته يثبت سوابق[4] الملك للغائب ، وهو ليس بخصم فيه ، وإسقاط الجواب عن نفسه ، [وهو خصم فيه ، فتقبل بينته فيما هو خصم

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) ، وقوله : « به في يده » سقط من (ب) .

(٢) في (م) و (ب) : « قيام » وجاء بعده بياض .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (ك) و (هـ) : سبق .

فيه ، وهو إسقاط الجواب عن نفسه][1] ، ولا تقبل بينته فيما ليس بخصم فيه ، وهو إثبات الملك للغائب .

وعن أبي يوسف أنه رجع عن هذا حين ابتلي بالقضاء ، ووقف على أحوال الناس ، وقال : إذا كان المدعى عليه معروفاً بالاحتيال[2] والتزوير ، ووقع في قلب القاضي أنه [قصد][3] الافتعال[4] بهذا ليبطل حق المدعي ، لا تندفع الخصومة بهذه البينة ؛ لأن مثل هذا الافتعال يوجد فيما بين الناس ، فالإنسان يأخذ مال غيره غصباً ، ثم يدفعه سراً إلى من يريد أن يغيب عن البلدة حتى يودعه علانية بشهادة الشهود ، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه ، فالمدعى عليه يقيم[5] بينة على الإيداع من الغائب ، ويدفع خصومة الملك[6] بذلك ، والقاضي نُصِب ناظراً للمسلمين ، فينبغي أن ينظر في حق المدعي ، وذلك بأن لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه إن عرف بالافتعال والتزوير ، ووقع في قلبه[7] أنه قصد بهذا الإضرار بالمدعي ، وهذا الذي[8] ذكرنا في جواب ظاهر الرواية إذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه [ووجهه ، فأما إذا قالوا : أودعه رجل لا نعرفه أصلاً ، فالقاضي لا يقبل شهادتهم ، فلا تندفع خصومة المدعي عن صاحب اليد بالإجماع ، أما على قول محمد فلأنهم لو قالوا : نعرف المودع بوجهه ، ولا نعرفه باسمه ونسبه][9] ، لا تقبل الشهادة ، ولا تندفع الخصومة عنه عند محمد ، فههنا أولى .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) ، وقوله : « وهو خصم فيه » موجود في (ك) أيضاً .

(٢) في (هـ) : « بالافتعال » ، وفي هامش (هـ) : « بالاحتيال » نسخة .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٤) في (م) و (ب) : الإفعال .

(٥) في (م) : يقم .

(٦) في (هـ) : المالك .

(٧) في (ك) و (هـ) : رواية .

(٨) في (م) و (ب) : المدعي .

(٩) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

وأما على قولهما فلأن بهذه الشهادة لم يثبت وصول العين إلى صاحب اليد من جهة غير المدعي بيقين[١] ؛ لجواز أن يكون الدافع هو المدعي ، وعلى هذا التقدير لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ، فلا تندفع الخصومة من ذي اليد بالشك والاحتمال .

وإن قالوا : نعرف المودع بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فعلى قول محمد : لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن الخصومة على ذي اليد توجهت بظاهر يده ، فلا يندفع عنه الخصومة إلا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه ليكون تحويلاً للخصومة لا إبطالاً ، ولم يوجد الحوالة على رجل يمكن اتباعه ؛ لأن الغائب لا يعرف إلا بالاسم والنسب ، فإذا كان المدعي لا يعرف المودع بوجهه ، والشهود لم يذكروا اسمه ونسبه لا تتحقق الحوالة ، وعندهما تقبل الشهادة ؛ لأن حاجة صاحب اليد إلى دفع الخصومة عن نفسه ، وإنما تندفع الخصومة عنه إذا ثبت أن يده ليست بيد ملك وخصومة ، وقد حصل ذلك ههنا ؛ لأنا علمنا أن العين وصل إلى صاحب اليد من غير هذا المدعي بيقين ، وبه فارق ما إذا قالا : لا نعرفه[٢] أصلاً .

ولو قال الذي في يديه : أودعنيه رجل لا أعرفه ، وقال الشهود : أودعه فلان بن فلان ، ذكر الخصاف في « أدب القاضي » : أن القاضي لا يقبل [هذه الشهادة ، ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن دعوى المدعى عليه الإيداع ههنا غير صحيحة لجهالة المودع ، والشهادة لا تقبل][٣] من غير دعوى صحيحة[٤] .

---

(١) في (ب) : يتعين .

(٢) في (ب) : أعرفه .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) لم أجده في « شرح أدب القاضي » للصدر الشهيد .

ولو أقر المدعي أن رجلاً دفعها إليه ، والمدعي لا يعرفه ، فلا خصومة بينهما ؛ لأنه ثبت بإقرار المدعي أنه وصل العين إلى المدعى عليه من جهة غير المدعي بيقين .

وكذلك لو شهد شهود صاحب اليد على إقرار المدعي أن رجلاً دفعها إليه اعتباراً للإقرار [الثابت][1] بالبينة بالثابت عياناً ، و [لو][2] قال شهود المدعى عليه : نعرف المودع باسمه ونسبه ، ولا نعرفه بوجهه ، فهذا فصل لم يذكره محمد [رحمه الله][3] .

وقد اختلف المشايخ فيه[4] ، بعضهم قالوا : لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لجواز أن يكون الدافع هو المدعي ، وقال بعضهم : تندفع ، وهكذا ذُكر في كتاب الأقضية ؛ لأن القاضي يسأل المدعي : هل هو بهذا الاسم والنسب ؟ فإن كان الأظهر أنه غير المودع[5] ، وظهر بهذه البينة وصوله إلى يده من جهة غير المدعي .

ولو قال الذي في يديه : أودعنيها فلان لرجل معروف ، وشهد شهوده أن رجلاً أودعها إياه ، فالقاضي : لا يقبل هذه الشهادة لعدم الموافقة بين الدعوى والشهادة ولاحتمال[6] أن الدافع هو المدعي .

ولو قال شهود صاحب اليد : نعرف المودع بوجهه واسمه ، ونسبه ، لكن لا نشهد به ، لا تندفع الخصومة أيضاً ؛ لأنهم أخبروا أن عندهم شهادة ، ولم يشهدوا ، وبإخبار الشاهد أن عنده شهادة لا يثبت شيء ما لم يشهد به .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) في (ب) : فيه المشايخ . والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٥ و ٤٦ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) في (ب) : فإن قال إنه غير المودع .

(٦) في (م) : والاحتمال .

ولو شهد شهود صاحب اليد أن فلاناً دفعها إليه ، ولم يقولوا : إنها ملك فلان ، أو قالوا : لا ندري لمن هي ، اندفعت الخصومة عن ذي اليد ؛ لأنه[١] ثبت شيء بهذه الشهادة أنه وصل إليه من جهة فلان ، وأن يده يد نيابة ، ويد النيابة ليست بيد خصومة .

وكذلك لو شهدوا على إقرار المدعي [أن فلاناً دفعها إليه اندفعت الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن بإقرار المدعي (أن فلاناً دفعها إليه)[٢] يثبت أن يد صاحب اليد ليست بيد خصومة ، وكذلك لو شهدوا على إقرار المدعي][٣] أنها لفلان ، ولم يزيدوا على هذا ، وذو اليد يقول : فلان أودعنيها ، اندفعت الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن إقراره أنها لفلان [ينقض دعواه الملك لنفسه .

ولو شهد شهود ذي اليد على إقرار المدعي أنها لفلان][٤] إلا أن صاحب اليد لم يقبل بعد ذلك أن فلاناً أودعنيها ، لم يذكر محمد هذا الفصل أيضاً .

قالوا : ويجب أن تندفع الخصومة عن صاحب اليد ؛ لأنه لا[٥] يثبت وصول العين إلى صاحب اليد من جهة فلان ، وظهر بإقرار[٦] المدعي أن خصومة المدعي كانت مع فلان ، فبعد ذلك إن تحول ملك الرقبة إلى صاحب اليد تتحول الخصومة إليه ، وما لا فلا تتحول الخصومة إليه بالشك والاحتمال .

---

(١) في هامش (هـ) : « لأنه قد » نسخة .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) بياض في (هـ) .

(٦) في (هـ) : وقد ظهر أيضاً بإقرار .

وإذا[١] أقر المدعي أنها كانت في يد فلان ، ولكن قال : لا أدري أدفعها إلى هذا أو لا ؟ لو شهد الشهود على إقرار المدعي أنها كانت في يد فلان ، ولا أدري دفعها إلى فلان أم لا ، وذو اليد يقول : دفعها إلى فلان ، فلا خصومة بينهما ؛ لأنهما اتفقا على أنها كانت في يد فلان ، والآن نراها في يد صاحب اليد ولم يعرف يد ثالث ، فالظاهر أنها وصلت إلى يده من جهة فلان ، فثبت تصادقهما على وصولها[٢] إلى هذا إلى فلان بحكم الظاهر ، فيعتبر بما لو ثبت ذلك صريحاً .

ولو شهد شهود صاحب اليد أنها لفلان ، ولم يشهدوا أن فلاناً أودعها إياه ، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ؛ لأنها قامت على إثبات الملك للغائب ، وصاحب اليد ليس بخصم عنه في إثبات الملك له ؛ لأنه لا حاجة له في إثبات الملك للغائب ، إنما حاجته إلى وصول العين إلى يده من جهة فلان ، والشهود لم يشهدوا بذلك ، فلا تندفع عنه الخصومة .

ولو أقام المدعي بينة في هذه المسائل على سبيل دفع بينة صاحب اليد أن صاحب اليد ادعاها لنفسه ، لم تقبل من صاحب اليد بينة على الإيداع [أصلاً ؛ لأنه يثبت ببينة المدعي إقرار ذي اليد بكونه خصماً ، فصاحب اليد ببينته على الإيداع][٣] بعد ذلك يريد إخراج نفسه عن الخصومة بعدما علم كونه خصماً فلا يقدر عليه .

وذكر في « المنتقى » مسألة تدل على أن المودع ينتصب خصماً للمدعي .

وصورتها : قال هشام : سألت محمداً [رحمه الله][٤] : عن رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها داره[٥] ، وقدمه إلى القاضي ، وصيره القاضي خصماً له ،

---

(١) في (هـ) و (ك) و (ب) : وإن .

(٢) في (هـ) : وصولها .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (م) : ادعى رجل أنها داره .

إلا أنه لم يقم البينة[١] ، ثم أن المدعى عليه ذهب وباع الدار وسلمها إلى المشتري، ثم إن المشتري وكَّل فيها وكيلاً وغاب، ثم عزل هذا القاضي أو مات ، وولى قاضٍ آخر فتقدموا إليه ، وأقام المدعي بينة أنه قد كان خاصمه إلى القاضي الأول ، ثم باعها ، فهذا القاضي يجعل الوكيل خصماً فيه .

قال الحاكم أبو الفضل[٢] : لم يرد بقوله « وكَّل فيها وكيلاً » الوكيل بالخصومة ، وإنما أراد به الوكيل بالحفظ ، والوكيل بالحفظ المودِع مع هذا جعله خصماً للمدعي .

[قالوا : وقد ذكر محمد رحمه الله مسألة في « الجامع » تدل على أن المودِع ينتصب خصماً للمدعي][٣] .

وصورتها : رجل مات وترك ثلاث بنين وداراً ، فغاب اثنان منهم ، وبقي واحد ، فجاء رجل وادعى أن الدار له ، فقال الحاضر : كانت الدار لأبينا مات وتركها ميراثاً لي ولأخوتي فلان وفلان ، فاقتسمنا الدار بيننا أثلاثاً ، وقبض الدار كل واحد منا نصيبه ، ثم إنهما غابا وأودعاني[٤] نصيبهما .

---

(١) في (م) : إلا أن يقم البينة .

(٢) أبو الفضل ، إسماعيل بن محمد بن الحسن ، الحاكم الكرابيسي ، الفقيه ، سمع الحديث من الخفاف ، وطبقته .
ذكره الثعالبي ، في « تتمة اليتيمة » ، وقال في حقه: من أشعر الفقهاء ، وأفقه الشعراء ، ومن العلم حشو ثيابه ، والعقل والفضل من أوصافه وألقابه، يقول ويُحسن . ثم أنشد له :

تَمَنَّيْتَ أن تَحْيَى حياةً هَنِيئَةً ... وأن لا تَرَى كَرَّ الزَّمان بَلاَبِلاَ
رُوَيْدَكَ هذِي الدَّارُ سِجْنٌ وقَلَّما ... يَمُرُّ على المَسْجُونِ يومٌ بِلاَبَلا

وتوفي سنة ٤٦١ .
« الجواهر المضية » ١: ٤٣٤ ، « الطبقات السنية » ٢: ٢٠٥ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٤) في (ك) و (هـ) : وأودعا .

وقال المدعي : هذه الدار كانت في يد أبيكم إلى أن مات فقسم الدار بينكم ، ثم إن أخواك أودعاك نصيبهما ، ولكن الدار لي ، وأقام المدعي البينة أن الدار داره ، قبلت بينته ، وقضي بالدار للمدعي .

وإن ثبت بتصادقهما كون ثلثي الدار وديعة في يد الابن الحاضر ، ويد المودَع ليست يد خصومة ، وليس الأمر كما قالوا .

والوجه لمسألة « الجامع » : أن كون المودع غير خصم في حق المدعي من حيث إنه مودَع ، لا يبقي كونه خصماً في حقه من وجه آخر .

ألا ترى أن من[1] أودع عند إنسان شيئاً ، ثم إن المودِع وكَّل المودَع بالخصومة في ذلك الشيء ، ثم قامت البينة على الوكيل الذي هو مودَع ، قبلت بينته .

وفي مسألة « الجامع » وُجد ما يجعل الابن الحاضر خصماً في كل الدار ؛ لأن الدعوى في الحقيقة على الميت ، والبينة قامت عليه ، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت وعن سائر الورثة فيما يُدَّعَى على الميت ، بخلاف المسائل التي تقدم ذكرها في أول هذا النوع ؛ لأن هناك لم يوجد ما يوجب كون المدعي خصماً من وجه آخر ، ومن حيث كونه مودعاً لم يصح خصماً .

ومما يتصل بهذا النوع :

دار في يدي رجل ادعاها رجل أنها داره ، وأقام البينة على ذلك ، وقال ذو اليد : إنها دار فلان ، وإنه يسكنها ، وجاء بشاهدين شهدا أن فلاناً أشهدنا أن الدار التي في يد هذا داره ، وأنه أسكنها هذا الذي في يديه ، وسلمها إليه ، فلا خصومة بينهما ؛ لأنه يثبت وصول الدار إلى يد المدعى

(١) سقط من (ب) .

عليه من جهة غائب على وجه لا يفيد الملك في الرقبة ؛ لأن الإسكان والإعارة لا يفيد الملك في الرقبة .

وإن شهدا أن فلاناً أشهدنا أن الدار التي في يد هذا داره ، وأنه أسكنها هذا الذي هي في يديه ، إلا أنَّا لم نره دفع الدار إليه أم لا ، لكن علمنا أن الدار كانت في يد هذا الذي في يديه اليوم يومئذٍ ، فلا خصومة بينهما أيضاً حتى يحضر الغائب ؛ لأن الشهادة بالإسكان والدار في يد الساكن يوم الإسكان شهادة بالتسليم ، كما أن الشهادة بالهبة والدار في يد الموهوب له يوم الهبة شهادة بالهبة والتسليم ، حتى أن الشهود إذا شهدوا أن هذا الرجل وهب هذا العبد من هذا المدعي ، وكان العبد في يد المدعي يوم الهبة يجب القضاء بالهبة ، كما لو شهدوا بالهبة والتسليم ، فصار هذا الوجه نظير الوجه الأول .

وإن شهدوا أن فلاناً أشهدنا أنه أسكنها هذا الذي في يديه الدار اليوم ، ولم نعلم يوم الإسكان أن الدار في يد من ، ونعلم الآن أنها في يد هذا المدعى عليه ، فلا خصومة بينهما أيضاً حتى يحضر الغائب ؛ لأنهم شهدوا بالإسكان ، والقبض ثابت للمشهود له معاينة ، ولم يعرف ثبوت يده جهة أخرى سوى ما شهد له الشهود ، وهو الإسكان ، فيحال به على ذلك الإسكان ، وهو معنى قول المشايخ : أن القبض إذا ظهر عقيب عقد يحال به على ذلك العقد ما لم يعرف له سبب آخر ، وإذا أحلنا بالقبض على الإسكان صار كأنهم شهدوا بالإسكان والتسليم ، وهو نظير ما ذكر في كتاب الهبة لو أن رجلاً في يديه عبد ادعى أن فلاناً وهب هذا العبد مني ، وشهد الشهود أن فلاناً وهب هذا العبد منه ، ولم يزيدوا على ذلك ، فالقاضي يقبل شهادتهم ويجعل كأنهم شهدوا بالهبة مع القبض ، كذا ههنا .

ولو شهدوا أن فلاناً أشهدنا أنه أسكنها هذا الذي في يديه اليوم ، ونحن علمنا يوم الإشهاد أنها لم تكن في يد المسكن ولا في يد هذا الساكن ،

بل كانت في يد فلان ، يعني به إنسان آخر ، وفي هذا الوجه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن الشهود إنما شهدوا بإسكان باطل ؛ لأن الإسكان إنما يصح بالقبض من جهة المسكن لا بالشهادة ولا بالمعاينة ، أما بالشهادة فظاهر ، وأما بالمعاينة فلأن ما ثبت من [القبض][1] المعاين للذي الدار في يديه ثابت من حيث الظاهر من جهة من شهد الشهود أنها كانت في يده لا من جهة المسكن ، فيكون هذه الشهادة بإسكان باطل[2] ، فيكون وجوده والعدم بمنزلة .

فإن قال المدعي في الوجه المتقدم وهو ما إذا شهدوا أن فلاناً أشهدنا أنه أسكنها هذا الذي في يديه الدار[3] ، ولم نعلم يوم الإسكان أن الدار في يدي[4] [أنا][5] أقيم البينة أن هذه الدار يوم الإشهاد على الإسكان كان في يدي رجل آخر غير الذي أشهدهم على الإسكان ، يريد بذلك إبطال الإسكان حتى لا يخرج الذي في يديه الدار من أن يكون خصماً للمدعي ، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة .

واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة ، فعبارة بعضهم : أن المشهود له باليد في هذه الشهادة لو حضر وأقام البينة أن الدار كانت في يده ، لا تقبل منه هذه البينة ، ولا ينقض يد[6] ذي اليد ؛ لأن يد ذي اليد ثابتة معاينة ، فإن كان يد فلان يد ملك يجب نقض ذي اليد ، وإن كانت يد غصب لا يجب نقض يد ذي اليد ، فلا يجب نقض يده بالشك ، وإذا كانت هذه[7] الشهادة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ب) زيادة : لأن الإسكان إنما يصح بالقبض .

(٣) في (ب) زيادة : من أن يكون خصماً للمدعي .

(٤) في (هـ) : يد من .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٦) سقط من (ب) .

(٧) سقط من (ب) .

لا تقبل من المشهود له في هذه الشهادة ، فلأن لا تقبل من المدعي أولى ، وعبارة بعضهم : إنه ليس غرض المدعي من هذه الشهادة إثبات اليد لغير المسكن ؛ لأنه ليس بخصم عنه في إثبات اليد له ، وإنما غرضه نفي اليد عن المسكن يوم الإشهاد على الإسكان ، والشهادة على النفي لا تقبل .

وحكي أن مشايخ بخارى سُئلوا عن رجل ادعى أن أرضه هذه حرة ، وأقام على ذلك بينة ، فأجاب أكثرهم بقبول هذه الشهادة ، وأجاب بعضهم بعدم قبولها ، وقاسه على هذه المسألة ، وهذا لأن مقصود الشهود في مسألة الأرض من شهادتهم على حرية الأصل نفي الخراج عن الأرض ، كما أن قصد المدعي في مسألتنا نفي اليد عن المسكن يوم الإشهاد ، فكانت هذه الشهادة قائمة على النفي نظراً إلى المقصود ، فرجعوا إلى قول هذا القائل ، واتفقوا على عدم قبول هذه الشهادة .

وأنا أقول : هذه العبارة الثانية ، وجواب مسألة الخراج يشكل بالشهادة القائمة على الإفلاس ، فإنها مقبولة بلا خلاف مع أنها قامت على النفي نظراً إلى ما هو المقصود .

وفي « نوادر » عيسى بن أبان[1] : رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها داره ، فقال الذي في يديه : إن فلاناً أودعنيها ، فقال المدعي : قد كان فلان أودعكها ، ولكنه وهبها لك بعد ذلك ، أو باعكها ، فإن القاضي يستحلف الذي في يديه بالله ما وهبها فلان لك ، ولا باعها منك[2] بعدما أودعها منك ، فإن نكل عن اليمين جعله خصماً فيها .

قال : ألا ترى أن المدعي لو أقام بينة أن فلاناً باعها من الذي في يديه بعدما كان أودعها إياه قبلت بينته ، [وجعل الذي][3] في يديه خصماً له ،

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٦ .

(٢) في (ب) : باعكها .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

فكذا إذا نكل عن اليمين ، قال : ولا يشبه هذا الوكالة ، وصورتها : رجل أتى رجلاً وقال : إن لفلان عندك ألف درهم ، وأنا وكيله[١] في قبضها منك ، وقال المدعى عليه : صدقت ، لفلان عندي ألف درهم وديعة ، إلا أنك لست بوكيل[٢] في قبضها ، لم يكن للمدعي أن يحلفه على الوكالة ؛ لأنه يدعي لغيره ، وإنما استحلفه في الأول ؛ لأنه ادعاه لنفسه فادعى أن هذا خصمه فيه .

رجل في يديه وديعة لرجل ، جاء رجل وادعى أنه وكيل المودع بقبضها ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الذي في يديه الوديعة بينة أن المودع قد أخرج هذا من الوكالة قبلت ، وكذا إذا أقام بينة أن شهود الوكيل عبيد .

وفي « نوادر » ابن سماعة عن أبي يوسف [رحمه الله][٣] : رجل في يديه دار ، ادعاها رجل ، وأقام الذي في يديه الدار بينة أن فلاناً الغائب ادعى هذه الدار واستحقها من يده ، ودفعها إليه القاضي ، ثم إن المستحق أَجَّرَها من الذي في يديه ، فإنه لا يقبل منه هذه البينة على ما ادعى ، علل فقال : لأنها في يديه وهو لا يدفع عن نفسه الخصومة بها .

والوجه في ذلك أن صاحب اليد لما قال : إن فلاناً الغائب ادعى هذه الدار واستحقها من يده ، فقد أقر أن يده يد خصومة في هذه الدار ، ثم بقوله : « أخذها فلان مني » يريد إخراج نفسه عن الخصومة ، فلا يصدق على ذلك ، ولا تسمع بينته عليه ، والله أعلم .

القسم الثاني : إذا وقعت الدعوى في العين بعد هلاكه ، قال محمد رحمه الله في « الجامع » : وإذا كان العبد في يدي رجل مات[٤] ، جاء رجل وأقام بينة أنه

---

(١) في (م) و (ب) : وكيل .

(٢) في (ب) : وكيلاً .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في هامش (هـ) : « قد مات » نسخة ، وسقطت كلمة « مات » من (ك) .

عبده ، وأقام الذي مات العبد في يديه أن العبد كان وديعة في يديه من جهة فلان ، [أو كان بإجارة في يديه من جهة فلان][(١)] ، أو عارية ، فإنه لا تندفع الخصومة ، ويقضي القاضي بقيمة العبد للمدعي .

فرق بين هذا وبينما إذا وقع الدعوى في العين حال قيام العين ، وباقي المسألة بحالها ، فإنه تندفع الخصومة عن ذي اليد .

والفرق : أن العين إذا كان قائماً فالدعوى تقع في العين ، والمدعى عليه إنما ينتصب خصماً له في العين بظاهر يده ، فإن ظاهر اليد يدل على الملك ، إلا أنه [يحتمل أنه][(٢)] ليس يد ملك ، وبإقامة البينة على أن العين وديعة عنده ظهر أن يده ليست يد ملك فتندفع عنه الخصومة ، أما إذا كان العين هالكاً فالدعوى يقع في الدين ، ومحل الدين الذمة ، فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة أن العين كان في يده وديعة لا يتبين أن ذمة لغيره ، فلا تتحول الخصومة عنه ، ألا ترى أن القاضي [يقضي بالقيمة على مودع الغاصب وإن كان يده في العين يد غيره .

فإن قيل : كان ينبغي أن لا يقضي القاضي][(٣)] بقيمة العبد [ههنا ؛ لأنه لا يمكن القضاء بقيمة العبد][(٤)] للمدعي إلا بعد القضاء له بملك العبد[(٥)] ؛ لأنه لا يجوز أن تكون قيمة العبد لإنسان ويكون الملك في [هذا العبد لغيره ، وقد تعذر القضاء ههنا بملك العبد على ذي اليد ؛ لأن ذا اليد أثبت أن يده في العبد ليست يد ملك ، وأن الملك في العبد للغائب ، وهذا كما قال محمد

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (ب) : بالملك للعبد .

رحمه الله في عبد في][1] يد رجل ذهبت عينه ، أو يده ، أو فقئت عينه ، أو قطعت يده .

أقام رجل بينة أن هذا العبد عبده ، وأراد أن يأخذ العبد وأن يضمن الذي العبد في يديه نصف قيمة العبد ، فأقام[2] الذي في يديه العبد بينة أن فلاناً قد كان أودع هذا العبد إياه قبل ذهاب العين واليد ، فإنه تندفع عنه الخصومة في أرش اليد والعين .

وإن ادعى الأرش ديناً في ذمته لا يمكنه القضاء بالأرش للمدعي إلا بعد القضاء بملك العبد للمدعي ؛ لأنه لا يجوز أن يكون الأرش لإنسان والعبد لغيره ؛ لأن الأرش بدل الطرف ، ولا يجوز أن يكون الطرف[3] لإنسان والعبد لغيره ، فإذا تعذر القضاء بملك العبد ؛ لأن صاحب اليد أثبت أن يده في العبد يد غيره ، تعذر القضاء بالأرش ، كذا ههنا .

قلنا : اختلفت عبارة المشايخ في الجواب عن هذا الإشكال ، فعبارة بعضهم : إن هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعي كما في المسألة التي وقع الإستشهاد بها ؛ [فإن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعي ؛ لأن بينة صاحب اليد أن العبد وديعة مقبولة ؛ لأن العبد قائم في يده ، وإنما ينتصب خصماً هو بظاهر يده ، فإذا أثبت أن يده يد غيره اندفعت الخصومة عنه ، وتعذر القضاء بملك العبد للمدعي ، وتعذر القضاء بالأرش أيضاً ؛ لأن الأرش لا يملك إلا بملك الأصل .

أما هنا لم يتعذر القضاء بملك العبد للمدعي ؛ لأن بينة المدعى عليه أن العبد كان عنده وديعة بعد هلاك غير مسموعة ؛ لأن بعد هلاك العبد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : وأقام .

(٣) في (ب) : بدل الطرف .

لم ينتصب خصماً للمدعي ، وإنما انتصب خصماً له بذمته ؛ لأنه ادعى قيمة العبد ديناً في ذمته بعد هلاكه ، وإذا لم يقبل بينة ذي اليد صار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة ، ولو عدمت بينة ذي اليد كان يقضى عليه بملك العبد للمدعي ، كذا هنا .

وعبارة بعضهم : هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعي كما في المسألة التي وقع الاستشهاد بها][1] ؛ لأن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعي ؛ لأن العبد حي قائم ، وقد ثبت ببينة ذي اليد أن الملك في العبد للغائب ، فلو قضينا بالعبد للمدعي كان في هذا استحقاقاً على الغائب ، والاستحقاق على الغائب لا يجوز ، وإذا تعذر القضاء بالعبد للمدعي تعذر القضاء بالعين الغائبة للمدعي ، إذ يستحيل أن يكون العبد لإنسان وتكون عينه لآخر ، وإذا تعذر القضاء بالعين الغائبة للمدعي تعذر القضاء بالأرش له .

أما في مسألتنا أمكن القضاء بالعبد للمدعي ، وإن تثبت[2] بينة ذي اليد أن العبد للغائب ، فيكون القضاء بالعبد للمدعي قضاءً على الغائب ، إلا أن القضاء على الغائب إنما لا يجوز إذا كان فيه استحقاق شيء وإيجاب شيء على الغائب ، فأما إذا لم يكن فيه استحقاق شيء على الغائب يجوز القضاء على الغائب ؛ لأن العبد ميت ، والميت لا يمكن أن يستحق على الغائب فظهر الفرق بين الفصلين من هذا الوجه .

وعبارة بعضهم : ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعي [القضاء بملك العبد للمدعي][3] ، إذ يجوز أن يكون العبد لإنسان وبدله لغيره ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ك) و (هـ) : ثبت .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

ألا ترى إلى ما قال أصحابنا في رجل قال لغيره : بعت منك هذا العبد الذي في يديك بألف درهم ، ولي عليك ألف درهم ، فقال ذلك الرجل : ما بعته مني ، ولا اشتريته أنا ، وأنا بريء مما يقول ، لا علم لي به قط ، فأقام المدعي بينة على ذلك ، وجب على المنكر ثمن العبد ، ولم يكن العبد ملكاً له .

وكذلك قالوا في رجلين ادعى كل واحد منهما على رجل واحد أني بعت منك هذا العبد بألف درهم ، وكان الدعوى منهما في واحد بعينه ، وأنكر المدعى عليه البيع والشراء ، فأقام كل واحد البينة على دعواه لزم المدعى عليه ألفا درهم لكل واحد منهما ألف درهم .

ولو كان وجوب البدل باعتبار العين لوجب ألف درهم بينهما ، فعلم أن وجوب البدل ليس باعتبار العين ، فلم يكن من ضرورة القضاء بالقيمة القضاء بملك العبد ، فأما من ضرورة القضاء بالأرش للمدعي القضاء العين الغائبة له ، ومن ضرورة القضاء بالعين الغائبة القضاء بكل العبد [له][(١)] ، إذ يستحيل أن يكون كل العبد لإنسان وعينه يكون لآخر ، وتعذر القضاء بكل العبد للمدعي ؛ لأن فيه قضاء على الغائب ، ثم إذا قضى القاضي بالقيمة للمدعي ، وأخذ المدعي القيمة من المدعى عليه ، حضر الغائب ، وصدق المدعى عليه فيما كان ادعى أن العبد كان عنده وديعة ، أو إجارة ، أو رهناً من جهته ، كان له أن يرجع بما ضمن من القيمة على الغائب الذي حضر .

وهذا الجواب لا يشكل في الرهن والوديعة ؛ لأن المودع في قبض الوديعة عامل للمودع من كل وجه ، فإن منفعة الحفظ عائدة إليه من كل وجه ، والأصل أن من عمل لغيره عملاً ولحقه بذلك غُرْم يرجع بالغرم على المعمول له [والمرتهن في عين الرهن كالمودع ؛ لأن عين الرهن أمانة في يده][(٢)] ،

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

إنما يشكل في الإجارة ؛ لأن المستأجر في قبض المستأجَر عامل لنفسه [من كل وجه ؛ لأنه قبضه ليستوفي منفعته ، وكان يجب أن لا يرجع بما ضمن على الآجر كالمستعير والغاصب ، إلا أن الجواب عنه أن المستأجر في قبض المستأجر كما هو عامل لنفسه][1] فهو عامل للآجر إنما يجب ويتأكد باستيفاء المنفعة ، إلا أن ما للآجر من المنفعة أكثر ؛ لأنه يحصل له الأجر وأنه عين مال ، والحاصل للمستأجر المنفعة[2] ، والعين خير من المنفعة ، فكان الرجحان لجانب الآجر ، فاعتبر قبض المستأجر واقعاً للآجر من هذا الوجه ، [بخلاف ما إذا كان العبد][3] في يد صاحب العبد بعارية أو غصب حيث لا يرجع بما ضمن على الغاصب ؛ لأن الغاصب في القبض عامل لنفسه من كل وجه ، وكذلك المستعير في القبض عامل لنفسه من كل وجه ؛ لأن منفعة كل واحد منهما حاصلة له من كل وجه ، ومن عمل لنفسه عملاً ولحقه بذلك عهدة[4] كان إقرار العهدة[5] عليه ، هذا إذا صدق الغائب صاحب اليد في إقراره أن العبد وصل إليه من جهته ، فأما إذا كذبه في إقراره أن العبد وصل إليه من جهة الغائب بوجه من الوجوه التي ذكرنا ، فلا رجوع له على الغائب ما لم يقم البينة على ما ادعى من الإجارة أو الوديعة أو الرهن ؛ لأنه يدعي لنفسه ديناً على الغائب بسبب عملٍ عُمِل له ، والغائب ينكر ذلك .

ادعى عبداً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه : هذا العبد وديعة في يدي من جهة فلان ، فقال المدعي : سلم العبد إليَّ ، وأحضر فلاناً حتى أقيم

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) زيادة : فقط .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (ك) : عبده .

(٥) في (ك) : العبد .

البينة عليه ، فدفع العبد إليه ، وذهب ليجيء بفلان ، فمات العبد في يد المدعي ، ثم جاء فلان وأقام بينة أنه عبده كان أودعه صاحب اليد ، وأقام المدعي بينة أنه عبده ، فالبينة بينة فلان ؛ لأن فلاناً أثبت الضمان ببينته محتجاً بالأخذ بغير حق ، والمدعي ينفي ذلك .

ولو كان العبد حياً يؤمر المدعي بدفع العبد إلى فلان المقر له ، ويقال للمدعي : أقم البينة عليه[1] .

القسم الثالث : إذا وقعت الدعوى في العبد بعد إباقه : عبد في يدي رجل أبق من يده ، جاء رجل وادعى أنه عبده ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة على أنها وديعة في يديه من جهة فلان إلى آخر المسألة ، فالجواب فيه كالجواب في فصل الموت ؛ لأن الإباق يوجب ضمان القيمة كالهلاك .

دليله : المغصوب إذا أبق ، فكل جواب ذكرناه في الموت فهو الجواب في الإباق ، ثم في فصل الإباق إذا قضى القاضي بقيمة العبد للمدعي على الذي كان العبد في يديه ، ثم عاد العبد من الإباق ففي [فصل][2] الوديعة والإجارة والرهن يعود على ملك الغائب ، وفي الغصب والعارية يعود على ملك الذي كان في يده ؛ لأن الملك في المضمون إنما يثبت لمن كان إقرار الضمان عليه ، وفي الوديعة والإجارة والرهن قرار الضمان على الغائب ، وفي العارية والغصب قرار الضمان على الذي كان العبد في يديه .

فإن قيل : كان ينبغي أن يؤمر الذي كان العبد في يديه برد العبد على الغائب في فصل الغصب والعارية ؛ لأنه لما أقر أنه غصب من الغائب واستعار منه ، فقد أقر أن رده واجب عليه إلا أنه كان عاجزاً عن الرد مادام آبقاً ، فإذا عاد إلى يده وقدر على الرد لزمه الرد عليه ، فهذا كما قالوا فيمن

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

اشترى عبداً أقر أنه ملك البائع ، واستحق العبد من يد المشتري بالبينة ، ثم[١] عاد إليه بسبب من أسباب المدعي[٢] ، إن كان بعدما قضى القاضي بفسخ البيع لزم المشتري رد العبد على البائع ، وإن كان قبل أن يقضي القاضي بفسخ البيع ، فإن المشتري يرد الثمن على البائع إن كان قد رجع على البائع بالثمن .

قلنا : الأمر كما قلت إلا أن القاضي لما قضى على صاحب اليد بالعبد للمدعي حين قضى عليه بقيمة العبد فقد كذبه في إقراره أن عليه رد العبد على الغائب بسبب الغصب ، وقضاء القاضي بالعبد للمدعي في هذه الصورة نفذ[٣] ظاهراً وباطناً ؛ لأن صاحب اليد أقر بالغصب من الغائب ، [أما ما أقر بالملك له وليس من ضرورة الغصب الإقرار بالغصب الغائب][٤] الإقرار بالملك للغائب ؛ لأن الإنسان كما يغصب من المالك يغصب من غير المالك ، كالمودِع والأب والوصي والغاصب ، وإذا تصور الغصب من غير المالك لم يكن في زعم صاحب اليد أن العبد ملك الغائب ، وأن شهود المدعي شهود زور [ويمتنع نفاذ القضاء بها بالملك المرسل للمدعي باطناً ، فنفذ القضاء ظاهراً وباطناً بالعبد للمدعي ، وثبت تكذيب القاضي المدعي في إقراره أن رد العبد واجب عليه ، والإقرار يبطل بتكذيب القاضي بخلاف تلك المسألة ؛ لأن هناك المشتري أقر بملك العبد للبائع نصاً ، وكان في زعمه أن شهود المدعي شهود زور][٥] ، وقد قامت على مِلْك مرسل ، والقضاء بشهادة الزور في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطناً ، وإذا لم ينفذ قضاء

---

(١) في (ك) : ثم إنه .

(٢) في (هـ) : الملك ، وفي (ك) : بسبب من الأسباب .

(٣) في (م) : بعد .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

القاضي باطناً ثمة في زعم المشتري لم يصر المشتري مكذباً من جهة القاضي فيما أقر من الملك للبائع بزعمه ، فبقي إقراره صحيحاً كما كان ، فوجب الرد على البائع إذا وصل إلى المشتري بحكم إقراره ، وأن مسألة الشراء من مسألتنا أن لو اشترى ولم يقر بالملك للبائع نصاً ، فهناك إذا عاد العبد إلى يد المشتري يوماً من الدهر لا يؤمر بالتسليم إلى البائع .

القسم الرابع : إذا وقع الدعوى في العين بعدما ذهب طرف من أطرافه ، وإذا وقعت الدعوى في الجارية بعدما ولدت وماتت الجارية .

صورة الأول : عبد في يدي رجل ذهب عينه عنده ، فأقام رجل البينة أنه عبده ، وأراد أخذ العبد ، وأنه يضمن الذي في يديه العبد نصف قيمة العبد بذهاب العين في يده ، فأقام الذي في يديه العبد بينة أن فلاناً أودعه إياه قبل ذهاب عينه ، فلا خصومة بينهما ، لا في العبد ، ولا في الأرش حتى يحضر الغائب ، وقد مر الوجه فيه .

صورة الثانية : جارية على يدي رجل ، ولدت ولداً وماتت الجارية ، [وأقام رجل البينة أن الجارية جاريته ، وأنها ولدت هذا الولد في ملكه ، وأقام الذي كانت الجارية][1] في يده بينة أن فلاناً أودعها إياه قبل أن تلد فولدت عنده ، فإن القاضي يقضي بقيمة الجارية للمدعي على ذي اليد لما مر ، ولا يقضي بالولد له حتى يحضر الغائب ؛ لأن الولد عين في يده ، فهو إنما ينتصب خصماً في الولد بحكم اليد ، وقد أثبت ببينته أن يده في الولد أمانة .

قال محمد رحمه الله عقيب ذكر هذه المسألة : ولا يشبه الولد في هذا أرش العين ، وعلل فقال : لأن الولد يجوز أن يكون لإنسان والجارية لآخر ، ولا يجوز [أن تكون الجارية لإنسان ، (وأرش عينها لآخر ، يريد بهذا أن

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

القضاء بملك الجارية للمدعي ممكن بدون الولد ؛ لأنه يجوز أن تكون الجارية لإنسان)[1] والولد لآخر][2] ، ألا ترى أن من أوصى بما في بطن الجارية لإنسان صحت الوصية ، وكانت الجارية للموصي ، والولد للموصى له ، فلم يكن من ضرورة تَعَذُّرِ القضاء بالولد تَعَذُّرُ القضاء بالجارية ، ولا من ضرورة القضاء بالجارية القضاء بالولد ، وكان بمنزلة ما لو ادعى عبدين : أحدهما غير متولد من الآخر ، وقد هلك أحدهما في يده دون الآخر ، فأقام المدعي البينة على دعواه ، وأقام صاحب اليد بينة أن فلاناً أودعهما إياه ، فإنه يقضي عليه بقيمة ما هلك في يده للمدعي ، ولا يقضي له بالقائم بالطريق الذي قلنا ، كذا ههنا .

أما القضاء بملك العبد للمدعي بدون الأرش غير ممكن ، إذ لا يتصور أن يكون العبد لإنسان وأرش عينه لآخر ، وكان من ضرورة تعذر القضاء بالعبد تعذر القضاء [بالأرش على ما بينا .

فإن قيل : من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية بالبينة للمدعي القضاء][3] بالولد للمدعي ، ألا ترى أن من ادعى جارية في يد إنسان ملكاً مطلقاً ، وأثبت ذلك بالبينة ولها ولد ، فإنه يستحق الجارية مع الولد ؟ فدل أن من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية للمدعي بالبينة القضاء بالولد للمدعي ، وإذا تعذر القضاء بالولد للمدعي ؛ لأنه أثبت كونه مودعاً في الولد ، يجب أن يتعذر القضاء بملك الجارية للمدعي أيضاً .

قلنا : من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية للمدعي بالبينة القضاء بولدها للمدعي إذا كان الولد في ملك المقضي عليه بالجارية من حيث الظاهر وقت القضاء بالجارية ، فأما إذا لم يكن في ملكه بأن كان باع الولد

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

أو وهبه من غيره ، فإنه يقضي بالجارية ، ولا يقضي بالولد ، وهذا لأن القضاء بمطلق [ملك الجارية إنما يكون قضاء بالولد ؛ لأن القضاء بمطلق][1] ملك الجارية قضاء بأولية الملك ، وإذا قضى للمدعي بأولية الملك في الجارية كان الولد متولداً من ملكه ، إلا أن القضاء المطلق الملك في الجارية إنما يكون قضاء بأولية الملك في الجارية في حق من كان مقضياً عليه بالجارية لا في حق من لم يكن مقضياً عليه بالجارية ، ألا ترى أن غير المقضي عليه إذا ادعى الجارية بعد ذلك ملكاً مطلقاً تسمع دعواه ؟

قلنا : والمقضى عليه بالجارية من قامت عليه البينة بالجارية ، أما من لم تقم عليه البينة بالجارية لا يكون مقضياً عليه بالجارية ، والذي صار الولد له بالبيع ، أو الهبة قبل القضاء بالجارية للمدعي لم تقم عليه البينة بالجارية ، فلم يصر مقضياً عليه بالجارية ، فلا يظهر القضاء بأولية الملك في الجارية للمدعي في حقه ، فلا يظهر تولد الولد من ملك المدعي في حقه ، فشرطنا[2] كون الولد في ملك المقضي عليه بالجارية وقت القضاء بالجارية لصيرورة الولد مقضياً به من هذا الوجه .

إذا ثبت هذا فنقول : في مسألتنا الولد ليس في ملك المقضي عليه بالجارية وقت القضاء بالجارية للمدعي ؛ لأنه أثبت الإيداع من الغائب في الولد فلم يبق الولد في ملكه من حيث الظاهر ، فأمكن القضاء بملك الأم دون الولد ، والله أعلم .

القسم الخامس من هذا النوع : جارية في يدي رجل قتلها عبد رجل ، فأقر الذي الجارية في يديه أنها لفلان الغائب أودعها إياه ، كان له أن يخاصم مولى العبد الجاني بالدفع ، أو الفداء ، وهذا لأن المودَع ينتصب خصماً من المودِع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : فشرط أن .

فيما يستحقه [المودَع ؛ لأنه أمر بالحفظ والخصومة فيما يستحق][(١)] للمودِع من حفظه الوديعة فينتصب خصماً فيه ، ألا ترى لو غصب الوديعة منه غاصب كان له أن يخاصم الغاصب ، ويسترد الوديعة من يده ، وطريقه : أن استرداد الوديعة من الغاصب من باب الحفظ ، والمودع مأمور بالحفظ ، فإن دفع مولى العبد العبد بالجناية ، ثم أقام رجل البينة أن الجارية كانت جاريته ، وأقام الذي في يديه الجارية أنها كانت وديعة عنده من جهة فلان ، فالقاضي يقول للمدعي : ماذا تريد ؟ تريد أخذ العبد ، أو تريد أخذ قيمة الجارية ؟ وإنما خيره لأن المدعي لما أقام البينة أن الجارية ملكه ظهر أن ذا اليد كان غاصباً ، والجارية المغصوبة إذا قتلها عبد في يد الغاصب ، وأخذ الغاصب العبد كان لمولى الجارية الخيار ؛ لأنه لم يجد عين ماله ، كذا ههنا .

فإن قال : أريد أخذ عين العبد ، فلا خصومة بينهما ؛ لأن العبد المدفوع بالجناية يقوم مقام الجارية لحماً ودماً كأنه هي ، ولو كانت الجارية قائمة في يد ذي اليد وأقام ذو اليد بينة على الإيداع من[(٢)] الغائب لم يكن ذو اليد خصماً ، فكذا إذا أقام العبد مقامها ، وإن قال : أريد أخذ القيمة ، كان خصماً له ، ويقضي له بقيمة الجارية ؛ لأنه ادعى ديناً في الذمة بسبب عين كان في يده ، وبمثل هذا لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ، وإذا أقام البينة على الإيداع ، وقد مر هذا من قبل .

وإذا قضى[(٣)] بقيمة الجارية على ذي يد وأخذها المدعي من ذي اليد ، ثم حضر الغائب ، وأقر[(٤)] بالوديعة ، أخذ العبد من ذي اليد[(٥)] ؛

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) : على .

(٣) في (ك) : وإذا قضى القاضي .

(٤) في (م) و (ب) : وقر .

(٥) في (ب) زيادة : وأخذهما المدعي من ذي اليد .

لأنه قام مقام ملكه ، ويرجع ذو اليد على الغائب بما ضمن للمدعي من قيمة الجارية .

ولو أن الجارية لم يقتلها العبد ، ولكن قطع يدها ودفع العبد باليد ، والمسألة بحالها ، لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر الغائب ، لا في الجارية ، ولا في العبد ، أما في الجارية فظاهر ، وأما في العبد لأن العبد بدل اليد فكان كالأرش ، وذكرنا أنه متى تعذر القضاء بملك الأصل تعذر القضاء بملك الأرش ، والله أعلم .

النوع الثاني من هذا الفصل : أن يدعي المدعي مع دعوى الملك المطلق فعلاً ، وهذا النوع ينقسم أقساماً أيضاً :

القسم الأول : أن يدعي الفعل على ذي اليد بأن قال [لذي اليد][1] : هذا العين ملكي غصبته مني ، أو قال : أودعته منك ، أجرته منك ، أو ما أشبه ذلك ، وقال ذو اليد : إنه لفلان الغائب ، وصل إليَّ من يده بجهة كذا على نحو ما بينا ، وفي هذا الوجه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد .

فرق بينما إذا ادعى فعلاً على ذي اليد وبينما إذا ادعى ملكاً مطلقاً ، ولم يدَّع الفعل على ذي اليد ، فإن هناك إذا أقام ذو اليد بينة على أن ما لفلان الغائب وصل إليه بوديعة ، أو إجارة ، أوما أشبه ذلك ، فإنه تندفع الخصومة عن ذي اليد .

والفرق : أن في دعوى الملك صاحب اليد انتصب خصماً بيده ؛ لأن دعوى الملك المرسل لا يصح إلا على ذي اليد ، فإنه لو ادعى داراً في يدي رجل وليس في يده دار ، لا[2] يصح دعواه فعلم أن في دعوى الملك المطلق صاحب اليد إنما ينتصب خصماً للمدعي بحكم يده ، ويده متردد بين أن

(١) ما بين معكوفتين جاء في (م) : الذي .

(٢) في (م) و (ب) : ألا .

يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره ، فلا يكون خصماً ، وبما أقام من البينة أثبت أن يده يد غيره وأنه ليست بيد خصومة إنما هي يد حفظ .

أما في دعوى الفعل صاحب اليد إنما ينتصب خصماً بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بحكم اليد ، [ألا ترى أن دعوى الغصب][1] كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد ، حتى أن من ادعى على آخر أنه غصب عبده وليس في يده عبد ، صحت دعواه ، ويلزمه القيمة ، وفعله لا يتردد بين أن يكون له وبين أن يكون لغيره حتى يقال بهذه البينة [تبين أن فعل غيره بل فعله مقصود عليه ، وبهذه البينة][2] لا يتبين أن الفعل لم يكن[3] موجوداً ، فلهذا[4] لا تندفع الخصومة .

عبارةٌ أخرى في الفرق : أن بينة صاحب اليد إنما تقبل [إذا كان بينته تحيل خصومة المدعي إلى غيره][5] ، أما إذا كان بينته تبطل خصومته فلا تقبل بينته ؛ لأن اليد للإحالة لا للإبطال .

إذا ثبت هذا فنقول : إذا وقع الدعوى في الملك المطلق فالمدعي ببينته [يثبت استحقاق ملك الرقبة ، فإذا أقام ذو اليد البينة أن الرقبة لغيره ، وأن يده في الرقبة يد غيره تتوجه الخصومة على ذلك الغير ، فمتى قبلنا هذه البينة كان في هذا إحالة الخصومة إلى غيره ، وذلك صحيح ، أما إذا وقع الدعوى في الغصب على صاحب اليد ، فالمدعي ببينته][6] لا يثبت حق استحقاق الرقبة ، وإنما يثبت وجوب الرد على صاحب اليد ، فإن موجب

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (م) و (ب) : كان .

(٤) في (ك) : فلهذا قال .

(٥) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

الغصب وجوب الرد على الغاصب ، والرد الواجب على الغاصب مما لا يمكن إحالته على غيره ، فمتى قبلنا[١] هذه البينة كان في هذا إبطال خصومة المدعي أصلاً ، وأنه لا يجوز .

توضيحه : أن الدعوى إذا وقع في الغصب فالمدعي يدعي على صاحب اليد فعله ، وهذه الدعوى لا تصح على غيره ، فلا تصح إحالته على غيره ، أما الدعوى إذا وقع[٢] في الملك المطلق فالمدعي رقبة العين ، وهذه الدعوى صحيحة على غيره فيصح إحالته عليه .

عبارة أخرى للفرق : أن الدعوى إذا وقع في الفعل على صاحب اليد ، فالمدعي ببينته يثبت على صاحب اليد أخذاً منه أو قبول عقد منه ، وذلك كله يناقض دعواه أن فلاناً أودعه ، أما إذا وقع الدعوى في الملك المطلق فالمدعي ببينته يثبت ملك الرقبة لنفسه ، وذلك لا يناقض دعوى صاحب اليد أن فلاناً دفعه إليه ؛ لجواز أن يكون العين للمدعي يدفعه إلى صاحب اليد غيره ، ثم إذا لم تندفع الخصومة عن صاحب اليد في هذا الفصل وقضى القاضي للمدعي بالدار ، ثم حضر الغائب وأقام بينة أنها داره كان دفعها إلى صاحب اليد وديعة ، فالقاضي يقضي للذي حضر بالدار ؛ لأن الذي حضر لم يصر مقضياً عليه بالقضاء على صاحب اليد ؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد إنما يتعدى عن ذي اليد إلى من يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد [وإلى من كان ذو اليد خصماً عنه في الخصومة في الملك ، والذي حضر لا يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد][٣]، [وكذلك ذو اليد لم يكن خصماً عن الذي حضر ، فلا يتعدى القضاء إلى الذي حضر][٤] .

---

(١) في (ك) و (م) و (ب) : قلنا .

(٢) في (هـ) و (ب) : وقعت .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وكذلك لو أن صاحب اليد لم يقم بينة على ما ادعى ؛ لأن ما لا يقبل وجوده مثل عدمه .

ثم إن محمداً رحمه الله صحح دعوى الغصب في العقار في هذا الفصل ، قيل : إنه قول محمد ، وقيل : إنه قول الكل .

وكذلك فيما إذا وقع الدعوى في الملك المطلق ، لو لم يقم صاحب اليد بينة على ما ادعى من الإيداع ، وقضى القاضي بالدار للمدعي ، أو[1] حضر الغائب ، وأقام بينة أن الدار داره كان دفعها إلى صاحب اليد وديعة ، فالقاضي يقضي بالدار للذي حضر ، وطريقه ما قلنا .

قال : عبد في يدي رجل ، أقام العبد[2] بينة أنه عبد الذي هو في يديه وأنه أعتقه ، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبد فلان أودعه إياه ، فالقاضي يقضي بعتق العبد ولا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بما أقام من البينة ، إما لأن صاحب اليد انتصب خصماً للعبد بدعوى الفعل عليه وهو الإعتاق ، وفي مثل هذا لا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بإقامة البينة على الإيداع من الغير ، أو لأن بينة المدعي أثبتت إعتاق صاحب اليد ، وإعتاقه ينقض دعواه أنه عبد فلان أودعه إياه ، [فالقاضي يقضي بعتق العبد][3] ، ثم يقضي القاضي بالملك لصاحب اليد حتى يقضي عليه بالعتق ، وإن كان هو يجحد الملك لنفسه ؛ لأن العبد يدعي العتق من جهة ذي اليد ، ولا يتمكن من إثبات العتق من جهة ذي اليد إلا بإثبات الملك لذي اليد ، فكان للعبد إثبات الملك في رقبته لذي اليد ، وإن كان ذو اليد منكراً .

---

(١) في (ب) و (ك) و (م) : لو .

(٢) في (م) : رجل ، وسقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) .

ثم إذا قضى القاضي بعتق العبد أو[١] حضر الغائب وأقام بينة [أنه عبده ، فإنه لا ينتفع بهذه البينة ، ولا يرد العتق ، فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا ادعى رجل عيناً في يدي رجل ملكاً مطلقاً ، وادعى أن صاحب اليد غصبه منه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أن هذا العبد ملك فلان أودعنيه ، فإنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد بهذه البينة ، ويقضي للمدعي ببينته ، فإن حضر الغائب بعد ذلك ، وأقام بينة أن هذا العين له أودعه صاحب اليد ، فالقاضي يقضي للذي حضر بذلك العين][٢] أنها داره ، قبلنا بينته ، وقضينا بالدار له .

والفرق من وجهين :

أحدهما : أن البينة حجة شرعية ، فيجب العمل بها ما لم يتضمن ذلك إبطال بينة اتصل بها قضاء القاضي ؛ [لأن البينة التي اتصل بها قضاء القاضي][٣] صارت حجة كاملة ؛ لترجح جهة الصدق فيها على جهة الكذب ، فلا يجوز إبطالها .

إذا ثبت هذا ، فنقول : في مسألة العتق لو قضينا للغائب ببينته تبطل البينة التي أقامها العبد على العتق ضرورة ؛ لأن المعتق لم يبق محلاً لحدوث الملك فيه ، فلو قضينا بالملك للغائب يظهر أن العتق لم يكن ، فيظهر بطلان تلك البينة ضرورة ، وقد اتصل بها القضاء فلا يجوز إبطالها ، وهذا المعنى معدوم في الملك المطلق ، فإنا لو قضينا ببينة الغائب لا يظهر بطلان تلك البينة ، إذ لا يظهر أن الملك لم يكن ثابتاً

---

(١) في (ب) : لو .

(٢) ما بين معكوفتين جاء في هامش (هـ) مسبوقاً بكلمة (ذخيرة) ، وختم بعلامة (صح) إشارة إلى أنه من المتن .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

للمدعي [بالقضاء الأول ؛ لأن المحل يبقى محلاً لحدوث الملك فيه لغير المدعي بعدما ثبت للمدعي][1] ، ولعل كان الملك للمدعي ثم صار للغائب وقت إقامة البينة ، فلهذا افترقا .

والثاني : الفرق أن القضاء بالعتق على ذي اليد قضاء على الناس كافة ، والقضاء بالملك المطلق على ذي اليد ليس بقضاء على الناس كافة .

وبيان ذلك من وجوه :

أحدها : أن العبد بالعتق يستحق رق نفسه ، والرق واحد في حق الناس أجمع ؛ لأنه محل الملك وإنما يختلف حكماً باختلاف سببه وسبب الرق لا يختلف ، بل هو شيء واحد وهو السبي[2] الأول والولادة من رقيقة ، ألا ترى أن الحكم المتعلق بالملك يبطل بتجديد سبب الملك ، كالرد بالعيب ، فإنه إذا باع المشتري ثم اشتراه لا يرد على البائع الأول بعيب كان في يده ، والحكم المتعلق بالرق يعود ، ألا ترى لو حلف بعتق عبده ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم حنث ، عتق العبد .

وإذا كان واحداً وقضى القاضي به للمدعي تناول[3] قضاء الناس أجمع ؛ لأنه واحد ، فلا يتصور مقضياً به للمدعي في حقه غير مقضي به في حق

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ك) : الشيء .

(٣) في (هـ) : يتأول .

غيره مع كون الحجة حجة في حق الناس أجمع ، والملك إذا اختلف جاز أن يقضي للمدعي بما كان لزيد ، ويبقى فيه ما كان لعمرو غير مقضي به .

والثاني : أن القضاء بالعتق قضاء بسقوط مالية المحل ، وهذا لا يتصور أن يكون ثابتاً في حق زيد دون عمرو ، فكان قضاءً على الكل ، وأما القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء [بعدم الملك لذي اليد ، وليس من ضرورة عدم الملك لذي اليد أن لا يكون ثابتاً لغيره .

والثالث : أن العتق تعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة من أهلية الشهادة ، وثبوت الولايات ، وغير ذلك ، فانتصب ذو اليد خصماً عن الناس كافة ، وكان القضاء على ذي اليد قضاء على الناس كافة ، فصار الغائب مقضياً عليه ، والإنسان متى صار مقضياً عليه في حادثة لا يتصور أن يصير مقضياً له في تلك الحادثة ، أما في الملك المطلق لم يتعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة ، فلم يكن القضاء به على ذي اليد قضاء][1] على الناس كافة فبقي الغائب على دعواه .

والرابع[2] : في دعوى العتق حق الله تعالى ؛ [لأن حق الله تعالى يزداد بسبب العتق من إقامة الجمعة ، والأعياد ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) انظر « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٤٩ بنحوه .

والحدود، والزكاة، والحج، ولهذا لا يجوز استرقاق الحر برضاه؛ لأن فيه إبطال حق الله تعالى][1] وجميع الناس كالنائبين عن الله تعالى في إثبات حقوقه من حيث إنهم عبيده، كالورثة نائبين عن الميت في إثبات الحقوق له وعليه من حيث إنهم خلفاؤه، ثم بعض الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يدعي على الميت وله، فكذا ههنا وجب أن يكون كذلك، فبهذا الاعتبار ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويصير الغائب مقضياً عليه بالقضاء على الحاضر، إلا أن[2] في دعوى العتق دعوى إزالة الملك عن العبد، والملك في العبد من حق العبد، وبعض الناس لا ينتصبون عن الباقين في إثبات حقوقهم إلا بالتوكيل، أو بأن يدعي على الغائب ما يكون سبباً لثبوت ما يدعي على الحاضر، ولا يوجد ههنا واحد منهما، فلا ينتصب ذو اليد خصماً عن الغائب، فلا يصير الغائب مقضياً عليه بهذا الاعتبار، فإن[3] الغائب بأحد الاعتبارين صار مقضياً عليه، وباعتبار الآخر لم يصر مقضياً [عليه][4]، ولا يمكن أن يجعل مقضياً عليه وغير مقضي عليه لما بينهما من التنافي، فلا بد من ترجيح أحدهما، فنقول: ترجيح حق الله تعالى أولى لوجهين:

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ).

(٢) في (م): لأن.

(٣) في (هـ) و (ك): فإذا.

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ).

أحدهما : أن في مراعاة حق الله تعالى حق العبد أيضاً ، وهو صيرورته أهلاً للملك والشهادة ، وفي مراعاة جانب الملك مراعاة حق واحد ، وهو مولى العبد .

والثاني : أنه اجتمع ههنا ما يوجب الحرية وما يوجب الرق ، فيرجح ما يوجب الحرية ، كما لو[1] اجتمعت هاتان البينتان في الابتداء .

أما دعوى الملك المطلق فليس دعوى فيه حق الله تعالى ، بل هو دعوى حق العبد ، وفي حقوق العباد لا ينتصب البعض خصماً عن البعض إلا بالطريق الذي قلنا ، ولم يوجد ذلك ههنا ، فاقتصر القضاء على ذي اليد ، ولم يصر الغائب مقضياً عليه .

واستشهد محمد رحمه الله في « الكتاب » لإيضاح ما قلنا فقال : ألا ترى أن رجلاً ادعى عبداً في يدي رجل أنه عبده ، وأقام البينة على ذلك ، [وقضى القاضي له بالعبد ، ثم جاء رجل وأقام بينة أنه عبده (قضى القاضي له بالعبد ، ولو كان الأول أقام البينة أنه عبده)[2] أعتقه][3] وقضى القاضي بعتقه ، ثم جاء آخر وأقام بينة أنه عبده لم يقض ببينته ؛ لأن في الفصل الأول والثاني لم يصر مقضياً عليه ببينة الأول ، وفي الفصل الثاني صار الثاني مقضياً عليه ببينة الأول على ما ذكرنا . انتهى[4] .

---

(١) غير موجود في (هـ) .

(٢) ما بين قوسين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) قوله : « انتهى » غير موجود في (ك) و (هـ) و (ب) .

قال : عبد في يدي رجل ، جاء رجل وأقام بينة أنه عبده اشتراه من ذي اليد بألف درهم ونقده الثمن ، وأقام صاحب اليد بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن ذا اليد انتصب خصماً للمدعي بدعوى فعل[١] عليه وهو البيع ، فصار كما لو انتصب خصماً له بدعوى الغصب عليه .

فقد وضع محمد رحمه الله : هذه المسألة فيما إذا [ذَكَر][٢] المدعي في دعواه نقد الثمن ، ولم يذكر قبض البيع لا في دعوى المدعي ولا في شهادة شهود المدعي ، ولا شك أن في هذه الصورة لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن المدعي إذا ادعى [عليه][٣] فعلاً وهو الشراء[٤] ، وهو باقٍ حكماً لبقاء حكمه[٥] ، وهو وجوب تسليم المبيع إلى المشتري ، فيبقى دعوى الفعل معتبراً ، وذو اليد متى انتصب خصماً بدعوى الفعل عليه لا تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة على الإيداع من الغائب .

توضيحه : أن المدعي يدعي عليه وجوب التسليم ، وهو فعل في ذمته ، والأفعال الواجبة في الذمة لا يتصور تحويلها إلى غيره ، فلا يقدر على تحويل هذه الخصومة إلى غيره .

---

(١) في (هـ) : فعلى .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في هامش (هـ) : « البيع » نسخة .

(٥) في (م) و (ب) : حكم البيع .

فأما إذا ادعى الشراء أو القبض منه وقد شهد الشهود بالشراء والقبض من ذي اليد والباقي بحاله ، هل تندفع الخصومة عن ذي اليد ؟

لم يذكر محمد رحمه الله في هذا الفصل في مسألة العبد ، وقد اختلف المشايخ فيه ، حكى الإمام أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة : أبي خازم ، وأبي سعيد البردعي[١] ، وأبي طاهر[٢] الدباس رحمهم الله : [أن][٣] الخصومة تندفع عن ذي اليد ، وغيرهم من مشايخنا قالوا : لا تندفع .

وقد وضع محمد [رحمه الله][٤] هذه المسألة[٥] في الدار في باب ما يكون الرجل فيه خصماً ، وما يندفع عن نفسه ،

---

(١) البردعي : عند بعضهم بالدال المهملة ، وبه ضبطه في « الفوائد البهية » ، وبالوجهين الزركلي في « الأعلام » .
وهو : أبو سعيد أحمد بن الحسين البردعي ، الفقيه ، المتكلم على مذهب المعتزلة ، تفقه على أبي علي الدقاق ، وموسى بن نصير الرازي ، وغيرهما ، وحمل عنه أبو طاهر الدباس ، وأبو الحسن الكرخي ، وغيرهما ، وألف « مسائل الخلاف » فيما اختلف به الحنفية مع الإمام الشافعي .
قدم بغداد فناظر داود بن علي الظاهري فقطعه ، وأقام بها إلى أن قتلته القرامطة في طريق مكة سنة ٣١٧ .
« تاريخ بغداد » ٤: ٩٩ ، « سير أعلام النبلاء » ١٤: ٤٥٦ ، « الجواهر المضية » ١: ١٦٣ ، « لسان الميزان » ١: ٤٣٦ ، « الطبقات السنية » ١: ٣٤١ ، « الفوائد البهية » ص ١٩ ، « الأعلام للزركلي » ١: ١١٤ .

(٢) في (م) و (ب) : ظاهر .
وهو : محمد بن محمد بن الحسن بن سفيان أبو طاهر الدباس. كان إمام أهل الرأى بالعراق ، وكان من أهل السنة والجماعة ، وكان من أقران عبد الله الكرخى ، كان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات.
ولى القضاء بالشام ، أخرج منها إلى مكة فمات بها. ذكر الحموى أن الدباس نسبة إلى بيع الدبس المأكول.
« الجواهر المضية » ٣: ٣٢٣ ، « الفوائد البهية » ص ٤٠٣ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٥) في هامش (هـ) : « في آخر دعوى الجامع » ولم يوضع عقبها كلمة « صح » . وقوله عقبها : « في الدار » كذا جاء في الأصول ، ولم يتضح لي المراد .

ونص في هذا الفصل على أنه تندفع الخصومة عن ذي اليد كما هو مذهب القضاة الثلاثة .

[فوجه قول القضاة][(١)] : أن دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق ، ألا ترى أن إعلامه ليس بشرط لصحة البينة ، حتى أن من قال لغيره : بعت منك عبداً بألف درهم وسلمته إليك ، وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ، وإن كان العبد مجهولاً ؛ لأنه أقام البينة على البيع والتسليم ، فكان دعوى الثمن لا غير ، وهذا لأن الشراء ينتهي بالقبض ، وبعد انتهائه لا يبقى حتى يكون دعوى العقد ، فثبت أنه دعوى مطلق الملك ، وهذه الدعوى تندفع عن صاحب اليد بإحالة اليد إلى غيره .

وجه قول غيرهم من المشايخ من وجهين :

أحدهما : أن [دعوى][(٢)] العقد المذكور ، وهو الشراء ، بقي معتبراً[(٣)] ، ولم يصر كدعوى ملك مطلق ، ولهذا لا يقضي القاضي[(٤)] للمدعي بالزوائد المنفصلة ، ولا يرجع الباعة بعضهم على البعض ، ولو جعل بمنزلة دعوى الملك المطلق لكان الأمر بخلافه .

الوجه الثاني : [أن][(٥)] المدعي ببينته أثبت الشراء من صاحب اليد ، وبيع صاحب اليد العبد من المدعي

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) وفي (ك) : أن الفعل المذكور .

(٣) في (م) : مقدراً .

(٤) في (م) : الثاني .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

إقرار من صاحب اليد أن العبد مملوك ، وإن البيع قد صح ، وأن العبد[١] صار ملكاً للمشتري ، فيصير متناقضاً في دعوى الإيداع من الغائب ، فإذا صار متناقضاً لا تسمع دعواه الإيداع ، ولا يعتبر[٢] بالبينة بدون الدعوى ، فصار وجودها والعدم بمنزلة ، ولو انعدمت البينة على الإيداع أليس إنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؟ كذا ههنا .

ثم إذا لم تندفع الخصومة عن صاحب اليد في هذه المسألة على ما هو موضوع محمد ، وهو ما إذا ذكر المدعي نقد الثمن ، ولم يذكر قبض المبيع ، ولم يشهد الشهود بقبض المبيع أيضاً ، ووجب القضاء بالعبد لمدعي الشراء ، فقبل أن يقضي القاضي لمدعي الشراء بالعبد حضر المُقَرُّ له ، وصدَّق ذا[٣] اليد فيما أقر له به ، فإن القاضي يأمر ذا[٤] اليد بدفع العبد إلى المقر له ، ثم يقضي بالعبد لمدعي الشراء على المقر له ، ولا يكلف مدعي الشراء إعادة البينة على المقر له .

إما يؤمر صاحب اليد بدفع العبد إلى المقر له ؛ لأن الإقرار من صاحب اليد يكون العبد ملكاً للمقر له وجد في حال العبد ملكه ظاهراً بحكم يده ، فاعتبر إقراره في حق نفسه ، فأمر بتسليم العبد إلى المقر له ، وإما لا يكلف مدعي الشراء

---

(١) في (م) و (ب) : البيع .

(٢) في (م) و (ك) و (هـ) : معتبر .

(٣) في (ب) : ذو .

(٤) في (ك) و (م) : ذي .

إعادة البينة على المقر له ؛ لأن بينته قد صحت ظاهراً لكون صاحب اليد خصماً له من حيث الظاهر ، واستحق هو القضاء بهذه البينة ، فصاحب اليد بإقراره [يريد إبطال البينة القائمة عليه][1] ، ويريد إبطال استحقاقه القضاء بهذه البينة ، فلا يقدر عليه ، واعتبر إقرار صاحب اليد في حق نفسه دون المدعي ، وصار الغائب عند حضرته بمنزلة الوكيل بالخصومة عن ذي اليد ، وهذا لأن صاحب اليد لما أقرَّ بالملك للغائب والخصومة أبداً يكون إلى المالك ، فقد فوض الخصومة إليه .

فصار حاصل مسألتنا في حق المدعي كأن المدعي أقام البينة على ذي اليد ، فقبل أن يزكي شهوده ، وقضى له بالعبد ، وكَّل ذو اليد رجلاً[2] بخصومة المدعي ، ودفع العبد إليه ، وهناك إذا زكيت الشهود يقضى بالعبد للمدعي ، ولا يكلف إعادة البينة ، كذا ههنا .

ويكون المقضي عليه في هذه الصورة صاحب اليد دون المقر له ؛ لأن المقر بمنزلة الوكيل عنه ، ولأجل هذا المعنى ظن بعض مشايخنا أن ما ذكر من الجواب في « الكتاب » قولهما ، لا قول أبي حنيفة ؛ لأنهما يريان جواز التوكيل ولزومه من غير خصم ، وأبو حنيفة لا يرى ذلك ، وليس الأمر كما ظنوا ؛ لأن أبا حنيفة [رحمه الله][1] إنما لا يرى

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٢) في (م) و (ب) : رجل .

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ذلك قصداً ، والتوكيل ههنا لا يثبت قصداً[1] ، وإنما يثبت حكماً للإقرار بالملك ، وكم من شيء يثبت حكماً ، ولا يثبت قصداً ، فلهذا قضى القاضي للمدعي على صاحب اليد من غير إعادة البينة .

فإن قال المدعي : أنا أعيد البينة على المقر له ، كان له ذلك ، وكان المقضي عليه في هذه الحالة المقر له لا ذا اليد ، بخلاف ما إذا قال المدعي : لا أعيد البينة ، فإن المقضي عليه في هذه الصورة ذو اليد لا المقر له .

والفرق : أن المدعي إذا لم يرضَ بإعادة البينة لم ينفد إقرار ذي اليد في حق المدعي كي لا يلزمه إعادة البينة ، فكان وجود إقراره كعدمه .

ولو عدم منه البينة كان المقضي عليه ذو اليد ؛ لأن البينة قامت عليه ، وهو لم يكن وكيلاً عن المقر له ، فأما إذا قال : أنا أعيد البينة ، فقد رضي ببطلان ما أقام على ذي اليد من البينة ، فنفذ إقرار ذي اليد على المدعي ، ويثبت الملك للمقر له في حق المدعي ، وصار المقضي عليه في هذه الحالة المقر له لا صاحب اليد ، فلو أن القاضي لم يقضِ بالعبد للمدعي على الذي حضر حتى أقام الذي حضر بينة[2] على المدعي أن العبد عبده كان أودعه من صاحب اليد ، أو أقام البينة أن العبد عبده ، ولم يقم البينة على الإيداع قبلنا بينته وقضينا

(١) في (ب) : قصد .

(٢) في (ب) : يثبت .

بالعبد له ، وأبطلنا بينة مدعي الشراء ؛ لأن الذي حضر أثبت بينته أن مدعي الشراء على غير الخصم .

فإن قيل : ينبغي أن لا تقبل بينة الذي حضر على مدعي الشراء ؛ لأن العبد في يد الذي حضر ، وذو اليد إذا أقام بينة على أن ما في يده ملكه لاستغنائه عن إقامة البينة لكون الملك ثابتاً له بظاهر اليد .

قلنا : بينة الذي حضر عندنا لا تقبل لإثبات الملك لنفسه و [إنما تقبل][1] لإبطال بينة مدعي الشراء ؛ لأن الذي حضر ببينته يثبت أن المدعي أقام البينة على غير الخصم ، وبينة ذي اليد على إبطال بينة المدعي مقبولة ، كما لو أقام ذو اليد بينة أن شهود المدعي عبيد أو كفار أو ما أشبه ذلك ، فإن أقام المدعي بينة بعد ذلك على إقرار المقر له ، قبلت بينته ، ويقضي بالعبد له ؛ لأنه خارج ، والمقر له ذو اليد ، والخارج مع ذي اليد إذا أقام البينة ، والخارج يدعي الشراء من خارج آخر ، يقبل بينة الخارج ، ويقضي له على ذي اليد ، كذا ههنا .

هذا[2] إذا أقام المقر له بينة قبل القضاء للمدعي ، فأما إذا أقام بينة بعد القضاء للمدعي لكن بالبينة التي قامت على صاحب اليد بأن لم يعد المدعي بينة على صاحب اليد قبلت بينته أيضاً ، ويقضي له بالعبد على المدعي ؛ لأن المقر له لم يصر مقضياً عليه ، إنما المقضي عليه ذو اليد على ما مرَّ .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) سقط من (ك) و (ب) .

فإن قال مدعي الشراء : أنا أقيم البينة على المقر له أن العبد كان لصاحب اليد ، وأني اشتريته منه ، فهذا على وجهين : إما أن أعاد البينة بعدما قضى القاضي للذي حضر بينته ، أو قبل ذلك .

فإذا أعاد بعد القضاء لا تقبل بينته ؛ لأن المدعي صار مقضياً عليه من جهة الذي حضر ببينة أقامها عليه ، وبينة المقضي عليه فيما صار مقضياً عليه لا تقبل .

وإن أعاد قبل القضاء قبلت بينته ، وقضى بالعبد له ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه ، فينبغي أن تقبل بينته .

فإن قيل : كيف تقبل بينة المدعي في هذه الصورة ؟ وأن الملك قد ثبت له بقضاء القاضي ، وكان مقيماً البينة على إثبات ما هو ثابت .

قلنا : إنما قبلت بينته ليصير المقر له مقضياً عليه بهذه البينة ، فلا تقبل بينة المقر له بعد ذلك على هذا المدعي لإثبات الملك له مقصوداً بالبينة ، ألا ترى أنه إذا أعاد البينة على المقر له قبلت ، وإن لم يكن المدعي محتاجاً إلى البينة لإثبات الملك ، إنما قبلت لتصيير المقر له مقضياً عليه ، فلا تقبل بينته بعد ذلك على المدعي ، كذا ههنا .

ثم إن محمداً رحمه الله قال في الفصل الأول[1] وهو ما إذا لم يقض القاضي بالعبد للمدعي على الذي حضر حتى أقام الذي حضر بينة أن العبد عبده كان أودعه من صاحب اليد قبلنا بينته ، وقضينا بالعبد له ، وأبطلنا بينة مدعي الشراء .

---

(١) من هذا الكتاب .

حكي عن الفقيه محمد بن حامد[١] أنه كان يقول : ينبغي أن يقضي بالعبد بين الذي حضر وبين مدعي الشراء نصفان .

ووجه ذلك : أن اليد التي للذي حضر في العبد غير معتبرة ، ألا ترى أن بينته قبلت على مدعي الشراء ؟ ولو كانت يده معتبرة لما قبلت بينته ؛ لأن بينة ذي اليد على دعوى الملك المرسل لا تقبل ، خصوصاً إذا كان ثمة بينة تعارضها ، أو يقول بعبارة أخرى : العبد وإن كان في يد الذي حضر حقيقة ، فهو في يد صاحب اليد الأول حكماً ، ألا ترى أن المدعي لا يكلف إعادة البينة [على الذي حضر ، ولولا أنه جعل في الحكم كأنه من يد المقر له ، ولا يكلف إعادة البينة][٢] ، فيثبت أن العبد إذا كان في يد الذي حضر حقيقة فهو في يد صاحب اليد الأول حكماً ، وإذا كان هكذا كان الذي حضر خارجاً في العبد كمدعي الشراء ، وقد أقام كل منهما البينة على أن العبد له ، فينبغي أن يقضي بينهما نصفان .

وقال الفقيه محمد بن حامد : هذا بلغني أن ابن سماعة كتب بهذا إلى محمد بن الحسن ، واحتج عليه بمسألة يأتي ذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وكتب في الجواب أن الصحيح يقضى بالعبد بينهما نصفان .

حكي عن الشيخ الإمام أبي نصر الصفار[١] أنه كان يقول : إن شيخنا أبا الهيثم ما كان يحكي لنا الطعن بكلام

---

(١) في (ك) : إسكان .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(١) أبو نصر ، أحمد بن محمد بن أحمد بن شُجاع الصفار ، البخاري ، قدم بغداد حاجاً ، فروى بها عن خلف بن محمد الخيام كتاب « العين » لعيسى بن موسى غُنجار، وغير ذلك . ورجع من الحج في صفر سنة ٣٧٧ ، ولم تذكر المصادر تاريخ وفاته ؛ فتكون بعد هذا التاريخ .

« تاريخ بغداد » ٤ : ٣٦٦ ، « الجواهر المضية » ١ : ٢٥٢ ، « الطبقات السنية » ٢ : ٣٢ .

ابن سماعة في هذه المسألة ، وإنما يحكي بما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وكان يقول : ما ينبغي أن يكون في هذه المسألة طعن ؛ لأن أكثر ما في الباب أن يجعل الذي حضر خارجاً حكماً ، والمدعي خارج حقيقة مع هذا القضاء بينة الذي حضر أولى ، ويجوز أن يترجح أحد الخارجين على الآخر على ما عرف .

وبيان وجه الترجيح ههنا : أن مدعي الشراء يدعي الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول ، [والذي حضر يدعي الاستحقاق على صاحب اليد الأول][1] ، ولهذا ثبت الترجيح لبينة الذي حضر ؛ لأن الذي يدعي الاستحقاق على صاحب اليد يثبت بطلان تصرف صاحب اليد ، وبيعه من المدعي ، فببينته يثبت زيادة على بينة المدعي .

ونظيره ما قالوا في عبد في يدي رجل ، جاء رجل وأقام بينة أنه عبده ورثه من أبيه ، كانت بينة مدعي الشراء أولى ؛ لأنه يدعي الاستحقاق على العبد ، وهذا يدعي الاستحقاق من جهة الأب ، كذا ههنا .

قال : وإن كان مدعي الشراء [أقام][1] شاهداً[2] واحداً[3] على الشراء من ذي اليد ، فأقر صاحب اليد أن العبد لفلان الغائب أودعنيه ، وقبل أن يقيم شاهداً آخر

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(٢) في (ك) : أقام بينة واحدة .

(٣) في (ب) : وإن كان لمدعي الشراء شاهد واحد .

حضر فلان وصدق صاحب اليد فيما أقر ، أمر[١] بتسليم العبد إلى الذي حضر على ما مر ، ثم إن المدعي أقام شاهداً آخر على الشراء قضي بالعبد له ، ولا يكلف إعادة الشاهد الأول على الذي حضر ؛ لأن إقامة الشاهد الأول على ذي اليد صح من حيث الظاهر ، واستحق المدعي القضاء بشهادة عند انضمام شاهد آخر إليه ، فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقرار ذي اليد للمقر له ، ويكون المقضي عليه صاحب اليد لا الذي حضر ؛ لأن [الشاهد الثاني منضم إلى الشاهد الأول ، أما الشاهد الثاني غير منضم إلى الشاهد الأول.

بيانه : أن][٢] الشاهد الأول قام على من هو خصم من حيث الظاهر وهو صاحب اليد ، والشاهد الثاني قام على الذي حضر ، وأمكن أن يجعل الذي حضر تابعاً لصاحب اليد ؛ لأن صاحب اليد وصى[١] بتفويض الخصومة إليه ، فيمكن القضاء حينئذٍ ، فضممنا الشاهد الأول إلى الشاهد الثاني[٢] ، وجعلنا الشاهد القائم على الذي حضر كالقائم على صاحب اليد ، وجعلنا الذي حضر كالوكيل عن صاحب اليد .

أما لو ضممنا الشاهد الأول إلى الشاهد الثاني لا يمكن القضاء ؛ لأن الذي حضر لم يرض بخصومة صاحب اليد ، فلم يمكن[٣] أن يجعل صاحب اليد تبعاً للذي حضر ، فلهذا

---

(١) سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(١) في (هـ) : رضي .

(٢) في (ب) و (م) : فضممنا الشاهد الأول إلى الشاهد الثاني .

(٣) في (م) : يكن .

ضممنا الشاهد الثاني إلى الشاهد الأول ، وإذا جعلنا كذلك صار كأن المدعي أقام الشاهد على صاحب اليد ، وهناك المقضي عليه صاحب اليد لا الذي حضر ، كذا ههنا .

وما يقول محمد في « الكتاب » أنه يقضي بشهادة الشاهدين على رب العبد أراد به القضاء في حق الأخذ والانتزاع من يديه لا في حق الملك ، بدليل أنه ذكر بعد هذا أن الذي حضر وهو المقر له لو أقام البينة أن العبد عبده ، قبلت بينته ، ولو صار مقضياً عليه لما قبلت بينته .

ولو أن صاحب[1] مدعي الشراء لم يقم على صاحب اليد على الشراء لا[2] شاهدين ولا شاهداً واحداً حتى أقر[1] صاحب اليد أن هذا عبد فلان أودعنيه ، ثم حضر المقر له وصدق صاحب اليد فيما قال ، ودفع العبد إليه ، ثم أقام المدعي شهوداً على المقر له أن هذا العبد كان لصاحب اليد أني اشتريته منه ، وقضى القاضي بذلك ، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في « الكتاب » .

قيل : ينبغي أن يكون المقضي عليه في هذه الصورة المقر له ؛ لأن إقرار صاحب اليد قبل إقامة المدعي البينة أصلاً صحيح في حق المدعي ، إذ ليس فيه إضرار بالمدعي ، فصح فصار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة .

ولو ثبت بالبينة أن العبد للمقر له ، وقضى القاضي [له بالعبد ، ثم أقام مدعي الشراء أن العبد كان لصاحب اليد ،

---

(١) غير موجود في (ك) و (هـ) .

(٢) في (ب) : إلا .

(١) في (م) : أقر أن .

وأنه اشتراه منه ، وقضى القاضي][1] لمدعي الشراء كان المقضي عليه المقر له دون ذي اليد ، كذا ههنا ، بخلاف الفصل الأول والثاني ؛ لأن ثمة إقرار ذي اليد لم يصح في حق المدعي أصلاً ؛ لأنه لو صح بطل ما أقام المدعي من البينة ، فتضرر به المدعي بإعادة البينة ، أما ههنا بخلافه .

قال محمد في دار في يدي رجل ، فأقام رجل البينة أنها دار فلان اشتراها من ذي اليد ، ونقده الثمن ، وقبض الدار ، وأقام الذي في يديه بينة أنها دار فلان أودعنيها ، فلا خصومة بينهما ، وهي المسألة التي يشهد للقضاة الثلاثة في مسألة العبد ، ولو لم يشهد شهود المدعي على قبض المبيع ، وباقي المسألة بحاله ، لم تندفع الخصومة عن ذي اليد ، ويقضي القاضي بالبيع عليه ، ويأمره بتسليمها إلى المدعي .

قال : ولو ادعى الشراء على صاحب اليد المشتري [والقبض][1] ، وصدقه صاحب اليد في ذلك ، [ثم][2] ادعى صاحب الدار[3] أنها وديعة لفلان ، وأقام البينة ، فلا خصومة بينهما ؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت بالبينة ، ولو ثبت الشراء والقبض بالبينة ، وباقي المسألة بحالها ، قد ذكرنا أنه لا خصومة بينهما ، فكذا إذا ثبت بالتصادق[4] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) و (ب) .

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (ك) و (ب) : اليد .

(٤) في (ك) : القضاء .

ولو ادعى المشتري على صاحب اليد الشراء بدون القبض ، وصدقه صاحب اليد في ذلك ، ثم أقام صاحب اليد بينة على أنها وديعة عنده من جهة فلان ، لا تندفع عنه الخصومة ؛ لأنه لو ثبت الشراء بدون القبض بالبينة ، وباقي المسألة بحالها لا تندفع الخصومة عن صاحب اليد ، فكذا إذا ثبت بالتصادق .

توضيح الفرق بينهما : أن تصديق صاحب اليد المدعي في الشراء والقبض لا يناقض دعواه الإيداع من الغائب ؛ لجواز أنه اشتراها من صاحب اليد ، ثم أجرها من الغائب ، ثم أرهنها أو باعها منه ، ثم إن الغائب أودعها من صاحب اليد ، وإذا لم يوجب ذلك تناقضاً في دعواه الإيداع من الغائب لا يمنع ذلك سماع دعوى الإيداع من الغائب ، أما تصديق صاحب المدعي في الشراء بدون القبض يناقض دعواه الإيداع من الغائب ؛ [لأن المشتري لا يملك التصرف في المشتري قبل قبض المبيع[1] ، فبعد البيع منه قبل التسليم لا يتصور الإيداع من الغائب][2] ، فيكون هو متناقضاً في هذه الدعوى ، فلا يسمع دعواه ، حُكي هذا الفرق عن القاضي الإمام أبي عاصم العامري ، لكن هذا الفرق إنما يستقيم على قول محمد رحمه الله ؛ لأن وضع المسألة في الدار ، والتصرف في العقار قبل القبض [إنما لا يجوز على قول محمد ، (أما على قول)[3] أبي حنيفة وأبي يوسف

(١) في (ك) : لا يملك التصرف في الميراث قبل البيع .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٣) ما بين قوسين بياض في (م) .

(رحمه الله)[1] التصرف[2] في العقار قبل القبض][3] جائز ، فلا يستقيم هذا الفرق على قولهما .

وإذا ادعى داراً في يدي رجل أن صاحب اليد وهبها منه ، أو أجرها منه ، أو رهنها منه ، أو تصدق بها عليه ، وأنه قبضها منه ، وأقام ذو اليد البينة أنها دار فلان أودعها إياه[1] ، فإنه لا تندفع عنه الخصومة ، هكذا ذكر محمد رحمه الله في « الجامع » .

روى الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار في « شرح الجامع » عن القاضي أبي الهيثم عن القضاة الثلاثة أن ما ذكر في « الكتاب » أنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد قول محمد في الرهن والإجارة ، فأما في الهبة والصدقة ينبغي أن تندفع[2] الخصومة عن ذي اليد ؛ لأن في الرهن والإجارة ادعى عليه فعلاً ، ولم يقع الفراغ من أحكامها[3] ، فإن من حكمها إدامة القبض ، وأنه لو عاد إلى يد الراهن أو الآجر يسقط حكم الرهن والإجارة ، فبقي دعوى الفعل معتبراً .

فأما في الهبة والصدقة وقع الفراغ من حكمهما ؛ لأن شرط صحتها أصل القبض لا إدامة القبض ، فإنها لو عادت إلى يد الواهب المتصدق لا يبطل حكم الهبة والصدقة ، فسقط اعتبار دعوى الفعل .

---

(١) ما بين قوسين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) : مع التصرف .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(١) في (ب) : أباه .

(٢) في (م) و (ب) و (ك) : يدفع .

(٣) في (هـ) : عن جميع أحكامها ، وفي (م) و (ب) : لم يقع الفراغ عن الجميع .

ومن المشايخ من قال: ما ذكر جواب الكل، وهو الظاهر، فإن محمداً رحمه الله جمع بين الكل وذكر عقيبها جواباً، والظاهر أنه أراد به جواب الكل.

ووجه ذلك: أن ذا[1] اليد انتصب خصماً للمدعي بدعوى الفعل عليه، ولم يسقط اعتبار دعوى الفعل إليه، وإن استوفى أحكامه ولم يصر بمنزلة دعوى ملك مطلق بدليل أنه لا يقضي للمدعي بالزوائد المنفصلة[1]، ولا يرجع الباعة بعضهم على بعض، فبقي دعوى الفعل معتبراً، ولا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثبات الإيداع من الغائب.

القسم الثاني من هذا النوع: أن يدعي المدعي الفعل على غير صاحب اليد.

صورته: ادعى عيناً في يدي رجل أنه له غصبه منه فلان.

والجواب فيه كالجواب فيما إذا لم يدع الفعل أصلاً، هكذا ذكر في « شرح الجامع ».

وذكر محمد [رحمه الله][2] في كتاب « العلل »[3]: إذا ادعى ثوباً في يدي رجل أنه ثوبه سرقه من فلان الغائب، وأقام[4] على ذلك بينة، وأقام الذي

---

(١) في (ب): ذو.

(١) في (ب): المتصلة.

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ).

(٣) هذا من الكتب غير المشهورة عن الإمام محمد بن الحسن إذا ثبتت نسبته إليه، فالسياق هنا يفيد أنه للإمام محمد، لكني لم أجد من عزاه له البتة، والذي يظهر لي أنه لغير الإمام محمد ذكر فيه أقوال الإمام محمد، وربما كان للإمام عيسى بن أبان بن صدقة القاضي، فهو الوحيد من فقهاء الحنفية الذي رأيته ذُكر في ترجمته أن له كتاب « العلل » كما في « كشف الظنون » ٢: ١٤٣١ و ١٤٤٠.

(٤) في (ك): وأقام رجل.

في يديه بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان الغائب ، لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ، ويقضي بالثوب للمدعي ، وهذا استحسان[١] ، والقياس : أن تندفع[٢] كما لو قال : هذا ثوبي ، غصبه مني فلان ، وأقام صاحب اليد بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان الغائب ، لا تندفع الخصومة .

وجه الاستحسان : أنا لو دفعنا الخصومة عن صاحب اليد بهذا يصير ذلك سبباً لوجوب الحد على الغائب ؛ لأن المدعي يتبعه ويثبت السرقة عليه ، ويقضي عليه بالقطع ؛ لأنه ظهر سرقته قبل أن وصل العين إلى المالك ، فأما إذا لم تندفع الخصومة عن ذي اليد وقضينا بالثوب للمدعي لا يجب القطع على الغائب بعد ذلك ، وإن ظهر سرقته ؛ لأنه إنما يظهر سرقته بعدما وصل العين إلى المالك ، ويحتال[١] لدرء الحد ما أمكن ، فلم تندفع الخصومة عن ذي اليد في هذه الصورة احتيالاً لدرء الحد ، خرج على هذا مسألة الغصب ؛ لأن هناك لو دفعت الخصومة عن ذي اليد إذا أثبت المدعي بعد ذلك الغصب على الغائب لا يلزم الغائب حد .

وفي كتاب « العلل » أيضاً : رجل ادعى ثوباً في يدي رجل أنه ثوبه غصبه منه فلان الغائب ، وأقام على ذلك بينة ، وقال صاحب اليد : فلان ذلك أودعنيه ، فلا خصومة بينهما ، وإن لم يقم صاحب اليد بينة على الإيداع[٢] .

وفي « الجامع » من هذا الجنس : رجل ادعى دابة في يدي رجل ، وقال في دعواه : هذه الدابة كانت دابة فلان ، وقد اشتريتها منه ، وقال ذو اليد : فلان ذلك أودعنيها ، فلا خصومة بينهما ، وإن لم يقم ذو اليد بينة على دعواه ؛

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٩ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) في (م) : والقياس أن يدفع الثوب .

(١) في (م) و (ب) : يحال .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٩ و ٥٠ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

لأنهما تصادقا على أن يده يد غير[١] المدعى [عليه][٢] يدعي ذلك صريحاً ، والمدعي يدعي ذلك في ضمن دعوى الشراء منه ؛ لأن الشراء لا يصح إلا من صاحب اليد ، [فدعواه الشراء من الغائب إقرار منه باليد للغائب][١] ، والآن يراها في يد صاحب اليد ، فالظاهر وصولها إلى ذي اليد من جهة فلان ، فعلم أن كون هذا اليد يد غيره ثبت[٢] بتصادقهما ، فاستغنى عن إثباته بالبينة .

عبد في يدي رجل أقام بينة على ذي اليد أنه عبد فلان ، وأن فلاناً أعتقه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أن فلاناً ذلك أودعه إياه ، فالقاضي لا يقضي بعتق العبد ؛ لأن العبد مع صاحب اليد تصادقا على أنه ملك فلان ، وأن بينة العبد على العتق غير مقبولة عليه ؛ لأن بينته على العتق قامت على غير خصم ؛ لأن صاحب اليد ليس بخصم عن الغائب في دعوى العتق عليه ، فصار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة ، ولكن القاضي [يقف][٣] العبد ، ويحول بينه وبين صاحب اليد ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يحول .

وجه القياس في ذلك : أن[٤] العبد قد أقر على نفسه بالرق ، فإنه أقر أنه كان لفلان ، فلو وجبت الحيلولة إنما وجبت إذا ثبت العتق بهذه البينة ، ولم يثبت على ما ذكرنا .

وجه الاستحسان : أن في هذه البينة شيئين :

---

(١) في (ب) : أن يده غيره .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) بعد قوله : « والآن يراها في يد صاحب اليد » .

(٢) في (هـ) : ثبتت .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) ، وفي (ب) : يقص .

(٤) سقط من (ب) .

أحدهما : العتق ، وذو اليد ليس بخصم فيه .

والآخر : قصر يد صاحب اليد وهو خصم في ذلك ، وأحدهما منفصل عن الآخر لجواز أن يكون عبداً ، ولا يكون لصاحب اليد حق إمساكه ، فيقبل البينة فيما هو خصم فيه ، وهو قصر يده ، وإن كان لا يقبل فيما ليس بخصم فيه وهو العتق .

ونظير هذا : ما لو وكل رجلاً في نقل امرأته إلى موضع ، فأقامت المرأة البينة أنه طلقها ، والموكل غائب ، فإنه يقبل هذه البينة في حق قِصَرِ يد الوكيل عن نقلها للمعنى الذي ذكرنا ، كذا ههنا .

فلم يجعل دعوى العتق على الغائب في هذه المسألة دعوى على ذي اليد ، وفي المسألة المتقدمة جعل القضاء بالعتق على ذي اليد قضاءً على الغائب ، وجُعل ذو[1] اليد خصماً عن الغائب في الإنكار .

والفرق : أن في دعوى العتق على الغائب أمكن مراعاة الحقَّين من غير إبطال الحرية للعبد ، بأن يقصر يد ذي اليد عن العبد باعتبار [حق الله تعالى ، حتى لا يستعمل ذو اليد حراً على كره منه ، ولا يقضي بالعتق باعتبار][2] ما للمولى في العبد من الحق وهو الملك حتى يحضر الغائب ، وليس في مراعاة الحقَّين إبطال حق العبد في الحرية ، بل فيه تأخير إلى أن يحضر الغائب ، فيقيم البينة عليه ، فيقضي له بالعتق ، فأما في دعوى العتق على ذي اليد متى راعينا جانب [الملك][3] ، ولم نجعل الغائب مقضياً عليه ، أدى[4] إلى إبطال حق الله تعالى ، وحق العبد في الحرية ، فإنه يرد رقيقاً بعدما حكمنا

---

(١) في (م) و (ب) : ذي .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

(٤) في (م) و (ك) و (ب) : أولى .

بعتقه على ذي اليد بحيث لا يمكنه إثبات العتق بعد ذلك ، وتعذر[١] مراعاة الحقَّين ووجب مراعاة أحدهما ، وكان مراعاة حق الله تعالى أولى .

ثم في هذه المسألة إذا حال القاضي بين العبد وبين صاحب اليد يستوثق من العبد بكفيل ؛ لأن من الجائز أن العبد كان محتالاً في هذه الدعوى ، وأنه قصد بهذا أن يزيل يد صاحب اليد عن نفسه حتى يستوثق منه بكفيل ، صيانة لحق الغائب ، وإذا حضر الغائب كلف القاضي العبد إعادة البينة ؛ لأن البينة الأولى لم تكن معتبرة على ما مرَّ ، فإن أعاد قضى بعتقه وإلا دفع إلى مولاه ، وكذلك لو أقام [العبد][٢] بينة أنه عبد [فلان الغائب وأنه أعتقه ، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان][٣] لإنسان آخر ودفعه إليه وديعة أو إجارة أو رهناً ، لا يقضي القاضي بعتقه ، وفي الحيلولة قياس واستحسان على ما مر ، [فإن أعاد قضى بعتقه وإلا دفع إلى مولاه][٤] .

ولو زعم ذو اليد أنه عبد فلان الغائب أودعه إياه ، وقال العبد : كنت عبداً له إلا أنه أعتقني ، أو قال العبد : كنت عبداً لفلان الآخر أعتقني ، لا يقبل قول العبد في العتق .

فرق بين هذا وبين إذا قال : أنا حر الأصل حيث يقبل قوله في ذلك .

والفرق : أن العبد في دعوى الإعتاق أقر على نفسه بالملك والرق ، وادعى زواله بالإعتاق ، فلا يصدق إلا بحجة ، وقوله : « أنا حر الأصل » إنكار ثبوت الملك والرق واليد على نفسه ، والقول قول المنكر في الشرع ، ألا ترى أن فلاناً لو كان حاضراً ، وادعى أن العبد ملكه ، وقال العبد :

---

(١) في (م) و (ب) : وبعد ، وفي (ك) : فبقدر إعادة الحقين .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) .

أنا حر الأصل ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل في الآدمي الحرية ، فكان منكراً ثبوت الملك واليد على نفسه ، ولو قال : كنت عبداً له إلا أنه أعتقني ، لا يقبل قوله ؛ لأنه ادعى زوال الملك بعدما أقر به ، كذا ههنا .

فإن قيل : في قوله : « أنا حر الأصل » ينبغي أن يكون القول قول ذي اليد ؛ لأن العبد في يدي ذي اليد من حيث الحقيقة ، وقول الإنسان فيما في يده مقبول ، ألا ترى أنه لو كان في يده ثوب أو دابة يقبل قوله في أنه لفلان ، وطريقه ما قلنا .

قلنا : نعم ، العبد في يد ذي اليد حقيقة ، إلا أنا نعلم بيقين أن يده على العبد حادثة ؛ لأن يد الملك على الآدمي تكون حادثة لا محالة ؛ لأن الأصل في الآدمي الحرية ، وأنها تنفي يد الغير ، فيكون القول قول من كان اليد له في الأصل ، لا قول من كان في يده في الحال ، كثوب عرفناه في يد رجل ، ثم رأيناه في يدي رجل آخر ، وتنازعا فيه ، كان القول قول من كان اليد في الأصل له ، لا قول من له اليد في الحال ؛ لأنا تيقنا بحدوث يده ، كذا ههنا .

ولو قال العبد : أنا حر الأصل ، وأقام الذي في يديه بينة أنه عبد فلان أودعه مني ، قضيت به عبداً لفلان ، ودفعته إلى الذي هو في يديه .

فرق بين هذا وبينما إذا ادعى رجل هذا العبد ملكاً مطلقاً ، وأقام ذو اليد البينة أنه عبد فلان أودعه إياه ، واندفعت الخصومة عن ذي اليد ، فإنه لا يصير العبد مقضياً به للغائب ، حتى لو حضر وأنكر أن يكون له ، لا يلزمه العبد ، وههنا لو حضر الغائب ، وأنكر أن يكون العبد له لزمه العبد .

والفرق : وهو أن هناك العبد في يد ذي اليد حقيقة ؛ لأنه مملوك موقوف محل لثبوت يد غيره عليه ، وقد ثبت يد صاحب اليد حقيقة فيمكنه حفظه ، فلا حاجة إلى إثبات الملك للغائب في حق ذي اليد ، ليمكنه الحفظ ،

وإنما حاجة ذي اليد إلى دفعه الخصومة عن نفسه ، ويمكنه ذلك بإثبات وصول العين إليه من جهة الغائب ، فلا ضرورة إلى إثبات الملك للغائب .

أما في مسألتنا : العبد بدعوى حرية الأصل صار في يد نفسه ، وزال عنه يد ذي اليد لما مر أن القول قوله في أنه حر الأصل ، وذو اليد محتاج إلى إعادة يده عليه ليمكنه إقامة ما هو مأمور به وهو الحفظ ، ولا يمكنه إعادة يده عليه إلا بعد إثبات الملك للغائب ، فصار هذا[1] مأموراً من جهة الغائب بإثبات الملك له ؛ لأن الأمر بالشيء أمر به ، وبما لا بد له منه ، فصار وكيلاً عن الغائب في إثبات الملك له ، فالبينة القائمة من ذي اليد كالبينة القائمة من الغائب .

أما في تلك المسألة فلا حاجة إلى إثبات الملك للغائب ، فلم تكن البينة القائمة من ذي اليد كالبينة القائمة من الغائب ، فيقضى بالملك للغائب ههنا ، ولم يقض به هناك لهذا .

وفرق أيضاً بين هذه المسألة وبينما إذا ادعى رجل هذا العبد أنه له وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبد فلان أودعه ، فالقاضي لا يقضي ببينة المدعي ، فلم يجعل إقامة البينة على ذي اليد بالملك بمنزلة إقامة البينة من المالك ، [(وفي هذه المسألة جعل)[2] إقامة البينة من ذي اليد على رق العبد بمنزلة إقامة البينة من المالك][3] .

والفرق وهو : أن المودَع خصم فيما يستحق عليه ، وإقامة البينة على رق العبد استحقاق له ، فصح من المودَع ، وإقامة البينة من العبد استحقاق على المودع ، فلا يصح على المودع .

---

(١) غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

بيان هذا الكلام : أن المودع مأمور بالحفظ ، فيملك ما يرجع إلى (الحفظ ، ولا يملك مالاً يرجع إلى الحفظ ، والاستحقاق عليه ليس من الحفظ في شيء ، فلا يكون نائباً عنه في ذلك ، فأما الاستحقاق له من الحفظ ، فيكون نائباً عنه في ذلك .

قال : [ولو أقام)[1] ذو اليد بينة أن فلاناً أودعه إياه ، ولم يشهدوا أنه له ، لا يلتفت إلى هذه الشهادة حتى لا يعاد العبد إلى يده ؛ لأن الثابت بهذه البينة مجرد الإيداع ، والإنسان كما يودع ولده عند صديقه وقد يطلب منه أن يحفظه[2] فلم يثبت الرق بهذه الشهادة ، فبقيت الحرية الثابتة بالظاهر][3] .

ولو أقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان أودعه إياه ، أو أجره ، أو رهنه منه ، وأقام العبد بينة أنه حر الأصل لم يُملك قط ، لا يقضى بعتق العبد ، كما لو أقام العبد البينة على العتق[4] العارض على الغائب على ما مرَّ ، وفي الحيلولة قياس واستحسان كما بينا ، فإذا حضر المقر له ، فإن أعاد البينة على أنه حر الأصل يقضي بكونه حر الأصل ، وإن لم يعد بقي رقيقاً ، ولا يكلف المقر له إعادة البينة أنه عبده لما مرَّ أن المودع خصم عنه في إثبات الملك لحاجته إليه يتهيأ له الحفظ ، فكأنه أقام البينة لنفسه .

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا ادعى العبد على صاحب اليد أنه أعتقه ، وقضى القاضي بعتق العبد ، فإن هناك لا يقضي بكونه عبداً .

والفرق : أن هناك قد قضينا بحرية العبد على صاحب اليد ؛ لأن العبد ادعى العتق عليه ، ولما قضينا بالعتق عليه كان هذا قضاء على الناس كافة ،

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : وقد بطلت بينته أن يحفظه .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (م) : القضاء .

أما ههنا لم يقض له بالعتق ؛ لأنه لا يدعي الإعتاق على أحد ، ولكنه يدعي كونه حر الأصل ، وذو اليد ليس بخصم في هذا ، فلا يقضي ببينته ، وإذا لم يقض بحريته ههنا قبل دعوى الرق من الغائب .

قال محمد[١] : رجل في يديه دار ، أقام رجل بينة أنها داره ، اشتراها من عبد الله بألف درهم ، ونقده الثمن ، وقال ذو اليد : أودعنيها عبد الله الذي يدعي الشراء منه ، فإنه لا خصومة بينهما حتى يحضر [عبد الله][٢] ، ولا يكلف الذي في يديه بينة على ما ادعى ؛ لأن المدعي أقر بالملك لعبد الله ، وادعى الاستحقاق عليه بالشراء ، والدعوى لا تسمع إلا بخصم له في ذلك .

توضيحه : أن المدعي يدعي تلقي الملك من جهة عبد الله ، وذو اليد ليس بخصم لعبد الله في هذا العين بعدما أقر به لعبد الله .

ألا ترى أنه لو حضر عبد الله يؤمر بالتسليم إليه من غير بينة ولا يمين ، وإذا لم يكن خصماً لعبد الله كيف يكون خصماً لمن يدعي تلقي الملك من جهته ؟ ولأنه ثبت وصول الدار إلى يد ذي اليد من [جهة عبد الله بتصادقهما على ذلك من حيث الظاهر ؛ لأن المدعي لما ادعى الشراء من عبد الله ، فقد أقر أنها كانت في يده ؛ لأن الشراء لا يصح إلا من صاحب اليد ، وذو اليد لما أقر بالإيداع من عبد الله فقد أقر له باليد أيضاً ؛ لأن الإيداع من عبد الله لا يتصور إلا بعد أن يكون في يده ، وإذا ثبت اليد][١] لعبد الله[٢] بتصادقهما على الوصول إلى يدي ذي اليد [من جهة عبد الله من حيث الظاهر ، لأنا لا نعرف][٣] يداً ثالثة ،

---

(١) « الجامع الصغير » ص ٣١٦ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) ، وفي (ك) : عند الكل .

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (م) : من جهة عبد الله .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

فتعين وصولها إلى يده من جهة عبد الله ، فهو معنى قولنا : إنهما تصادقا على وصول هذا العين إلى يد ذي اليد من جهة عبد الله من حيث الظاهر .

وهذا بخلاف ما لو قال ذو اليد : أودعنيها عمرو وكيل عبد الله ، حيث لا تندفع الخصومة ما لم تقم البينة عليه ؛ لأنه لم يثبت وصول هذه الدار إلى يده من جهة عبد الله [بوجه ما ؛ لأن المدعي إن حصل مقراً من حيث الظاهر بوصول الدار إلى يده (من جهة عبد الله)(١)](٢) لما ادعى الشراء منه ، إلا أن صاحب اليد كذبه في ذلك وقال : ما وصل إليَّ من جهة عبد الله ، ولم يثبت الوصول إلى يده من جهة عمرو بإقرار ذي اليد لإنكار المدعي ذلك ، بخلاف ما نحن فيه على ما بينا .

وإن قال المدعي للقاضي : حَلِّفِ الذي في يديه الدار أن عبد الله أودعها إياه كما قال ، فالقاضي يحلفه بالله : لقد أودعك هذه الدار عبد الله ، وفيه نوع إشكال ، أنه قَبِلَ قول الذي في يديه الدار من غير يمين .

والجواب : يجوز أن يحلف الإنسان على شيء مع أن القول قوله ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ، كان المعنى فيه : أنا إنما دفعنا الخصومة عن ذي اليد لوصول الدار إلى يده من جهة عبد الله من حيث الظاهر ، مع احتمال أنها وصلت إليه من جهة غاصب غصب الدار من عبد الله ، أو من جهة وكيل عبد الله ، فيصح منه دعوى وصول الدار إليه من جهة غاصب عبد الله ، أو من جهة وكيله ، وذو اليد لو أقر أنه وصل إلى يده من جهة غاصب غصبها من عبد الله كان خصماً للمدعي ، إلا أن يقيم البينة على ذلك ، فقد ادعى على ذي اليد معنىً لو أقر به يلزمه ، فإذا أنكر يستحلف ، فإن حلف فلا خصومة بينهما ، وإن نكل جعله القاضي خصماً للمدعي .

---

(١) ما بين قوسين غير موجود في (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

فإن قيل : ينبغي أن لا[١] يحلفه القاضي ؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة ، ودعوى المدعي أنها وصلت إلى صاحب اليد من جهة غير عبد الله بعد دعواه الشراء من عبد الله وقع فاسداً ؛ لأنه بدعوى الشراء من عبد الله صار مقراً بوصولها إلى صاحب اليد من جهة عبد الله ، فيصير بدعوى الوصول من حيث غيره متناقضاً ، والمناقضة[٢] تمنع صحة الدعوى .

فأما[٣] إقرار المدعي بوصول الدار من جهة عبد الله ثابت من حيث الظاهر مع احتمال الوصول من جهة غيره ، فلا يصير بدعوى الوصول من جهة غيره بعد ذلك متناقضاً ؛ لأنه [ادعى][٤] ما هو المحتمل ، فيصح دعواه ، ويترتب عليه الاستحلاف .

فلو أن القاضي حين استحلفه قال : ما أودعنيها عبد الله ، ولكن غصبتها من عبد الله ، وحلف على ذلك ، جعله القاضي خصماً له ؛ لأنه متناقض في الدعوى من حيث إنه ادعى[٥] الإيداع أولاً ، ثم الغصب ؛ لأن الإيداع غير الغصب ، والمتناقض لا يسمع كلامه ، فيجعل كأنه لم يوجد منه دعوى الوديعة ، ولا دعوى الغصب ، ولو لم يوجد واحد منهما لكان القاضي يجعله خصماً ، فكذا هنا .

فإن قيل : كيف يجعله القاضي خصماً ههنا وقد وصلت الدار إلى يده من جهة عبد الله [بتصادقهما ظاهراً ؛ لأن المدعي بدعوى الشراء من عبد الله أقر بوصول الدار إليه من جهة عبد الله][٦] ، إلا أنهما اختلفا في جهة

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) في هامش (هـ) : « قلنا » نسخة .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) في (م) : ادعى من ، وفي (ب) : ادعى منه .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

الوصول ، ولا معتبر باختلاف الجهة بعد الاتفاق على الأصل كما في باب الإقرار إذا[١] قال الرجل : لفلان عليَّ ألف درهم من قرض ، وقال المقر له : لا ، بل هو من غصب ، فالقاضي يقضي على المقر بالألف ؛ لأنهما اتفقا على أصل الدعوى واختلفا في الجهة ، فكذلك ههنا .

قلنا : في مسألة الإقرار الكلامان حصلا من اثنين ، فلا ينقض أحدهما الآخر ؛ لأن الإنسان لا يملك نقض كلام غيره ، إلا أن المقر أقر بوصول الألف إليه من جهة المقر له ، فيكون القول قول المقر له أنه بأي جهة وصل ، فلهذا لا يصير رداً لإقراره ، وههنا الكلامان حصلا من واحد ، والإنسان يملك نقض كلامه ، وبين الكلامين مناقضة من حيث الظاهر ، فينقض كل واحد منهما صاحبه ، ويجعل كأنه لم يوجد منه دعوى الوديعة ولا دعوي الغصب .

ونظير هذه المسألة مسألة الوديعة ، إذا قال المودع : هلكت الوديعة ، ثم قال : لا ، بل رددتها ، كان ضامناً ، وإن كان كل واحد من الأمرين [لو كان لا يكون ضامناً ؛ لأنه لم يثبت واحد منهما بكونه متناقضاً ، فكذا ههنا لم يثبت كل واحد من الأمرين][٢] لمكان[٣] المناقضة ، وجعل كأنه سكت ولم يدع واحد منهما ، ثم إذا جعله القاضي خصماً للمدعي ببينته ، ثم قدم عبد الله وادعى أن الدار له كان أودع هذا الذي كانت في يده ، وأراد أن يأخذها من المدعي حتى يعيد المدعى عليه البينة ، لم يكن له ذلك ؛ لأن المشتري من عبد الله صار مقضياً عليه به لما جعل القاضي صاحب اليد خصماً للمدعي ، وقضى عليه ببطلان يده .

ولو قال الذي في يديه الدار : أودعنيها عمرو وكيل عبد الله ، [لا تندفع الخصومة عنه ما لم يقم البينة عليه ، وقد ذكرناها[٤] .

---

(١) في (ب) : وإذا .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (هـ) : وقد ذكرنا وجه ذلك .

فإن أقام ذو اليد بينة ، فشهدوا أن عبد الله][1] دفعها[2] إلى عمرو ، وقالوا : لا ندري دفعها عمرو إلى هذا الذي في يديه أم لا ؟ فهو خصم للمدعي ؛ لأن الدافع لخصومة المدعى عنه دفع عمرو الدار إليه لا دفع عبد الله إلى عمرو ، ولم يثبت دفع عمرو بهذه البينة .

فإن قال الذي في يديه الدار للقاضي : استحلف المدعي ما دفعها إلى عمرو ، فالقاضي يحلف المدعي على ذلك ؛ لأن الذي في يديه الدار ادعى عليه معنى لو أقر يلزمه ، فإذا أنكر استحلف رجاء النكول .

ألا ترى أن في المسألة الأولى حَلَّفنا[3] الذي في يديه الدار بدعوى المدعي ، وإنما حلفناه لأن المدعي ادعى عليه معنى لو أقر يلزمه ، فإذا أنكر استحلف رجاء النكول ، كذا ههنا .

إلا أن في المسألة الأولى استحلف الذي في يديه الدار على البتات ، وهنا يستحلف المدعي على العلم ؛ لأن ههنا المدعي يستحلف على فعل الغير من كل وجه ؛ لأنه يستحلف [على دفع عمرو الدار إلى ذي اليد ، ولا فعل للمدعي في ذلك ، وهناك يستحلف][4] ذو اليد على إيداع عبد الله الدار منه ، وإيداع عبد الله الدار منه اتصال به ، وهذا العذر كافٍ لا يستحلف على البتات ، كما لو ادعى أنه اشتراه منه .

ولو أن الذي في يديه الدار أقام البينة أن عمرواً أودعها إياه ، وقالوا : لا ندري من دفعها إلى عمرو ، وقال الذي في يديه الدار : دفعها إلى عمرو عبد الله ، فلا خصومة بينهما ؛ لأنه يثبت وصول الدار إلى ذي اليد من جهة

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ب) : وقفها .

(٣) في (م) و (ب) : حلف ، وفي (ك) : جعلنا .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

غيره ، وأنه كافٍ لدفع خصومة المدعي ، ولا يمين على الذي في يديه الدار ؛ لأنه أثبت ما ادعاه بالبينة ، فهو نظير المودع إذا ادعى الرد وأثبته بالبينة ، وهناك لا يمين على المودع ، كذا ههنا .

القسم الثالث من هذا النوع : المدعي إذا ادعى الفعل إلا أنه لم يسم فاعله بأن قال : هذا العين سرق مني ، أو قال : أخذ مني ، أو قال : غصب مني ، وأقام صاحب اليد بينة على أن هذا العين وديعة في يدي [من جهة][1] فلان ، ففيما إذا قال : غصب مني ، أخذ مني ، تندفع الخصومة عن ذي اليد بلا خلاف ؛ لأن دعوى الفعل على المجهول باطل ، والتحق بالعدم ، فيبقى هذا دعوى الملك المطلق .

وفيما إذا قال : سرق مني ، القياس : أن تندفع الخصومة عن صاحب اليد إذا أقام البينة على ما ادعى ، وهو قول محمد ، وفي الاستحسان لا تندفع ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وجه القياس : ما ذكرنا أن دعوى الفعل على المجهول باطل ، فالتحق بالعدم ، وصار كما لو قال : غصب مني .

وللاستحسان وجهان :

أحدهما : أن الغاصب له يد صحيحة ، والسارق ليست له يد صحيحة ، [بل هي حفظ على الغائب][2] ، ألا ترى أن السارق من الغاصب يقطع ؛ لأنه أزال يداً صحيحة ، والسارق من السارق لا يقطع ؛ لأنه ما أزال يداً صحيحة ، إذا ثبت هذا فنقول : إذا ادعى المدعي الغصب فقد أقر بيد صحيحة لغيره فيه ، وذو اليد ببينته أثبت أن ذلك اليد للغائب ، وأن يده ليست بيد خصومة ، [بل هي يد حفظ على الغائب .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (هـ) .

وإذا ادعى المدعي السرقة فما أقر بيد صحيحة للغير في هذا العين ليقال بأن صاحب اليد ببينته أثبت أن تلك اليد للغائب ، فإن يده ليست بيد خصومة][1] ، وقد توجهت الخصومة على ذي اليد بدعوى الفعل ، فلذلك افترقا .

هذا [هو][2] طريق العامة ، وإنه مشكل عندي .

الوجه الثاني : أن المدعي لما لم يسمِّ السارق فهذا بمنزلة تعيين صاحب اليد للسرقة ، ولو عينه لذلك أليس أنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ، وإن أقام ذو اليد بينة على ما ادعى ، فههنا كذلك .

بيان هذا الكلام : أن المدعي إذا لم يسم السارق احتمل أن السارق ذو اليد إلا أن المدعي أراد الستر عليه انتداباً إلى ما ندب الشرع إليه ، ويحتمل أن السارق غيره إلا أنه يرجح احتمال كون ذي[3] اليد سارقاً لوجهين :

أحدهما : أن في جعله سارقاً احتيال لدفع الحد ؛ لأنا إذا جعلناه سارقاً فلا تندفع الخصومة عنه ، ويقضي القاضي بالعين للمدعي ويسلم العين إليه ، فإذا ظهر السارق بعد ذلك بيقين لا تقطع يده ؛ لأنه [إنما][4] ظهر سرقته [بعد وصول المسروق إلى المالك ، ولو لم نجعله سارقاً تندفع الخصومة عنه ، ولا يقضي بالعين للمدعي ، فمتى ظهر السارق بعد ذلك بيقين يقطع يده ؛ لأنه ظهرت سرقته][5] قبل أن تصل العين إلى المالك ، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) في (هـ) و (ك) و (م) : ذو .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

ونحن أمرنا به ، فكان تعيينه سارقاً أولى من غيره ، بخلاف ما إذا قال : أخذ مني ، غصب مني ؛ لأن هناك ليس في تعيين ذي اليد احتيالاً لدرء الحد إذا لم يتعلق به عقوبة سوى الضمان ، أما في السرقة بخلافه على نحو ما بينا .

الوجه الثاني : أن في تعيين ذي اليد سارقاً إيصال الحق إلى مستحقه .

بيانه : أن من عادة السارق أنه إذا سرق يتوارى ولا يخرج للخصومة خوفاً من القطع ، فلو لم يتعين صاحب اليد سارقاً[١] تندفع الخصومة عنه ، والمدعي لا يجد السارق على ما عليه عادة السراق ، فلا يصل المدعي إلى حقه ، أما إذا ادعيناه سارقاً لا تندفع الخصومة ، فيصل الحق إلى المدعي ، ونحن أمرنا[٢] بإيصال الحقوق إلى أربابها ، فكان تعيين ذي اليد سارقاً أولى بخلاف دعوى الغصب والأخذ[٣] ؛ لأن هناك لو لم يتعين صاحب اليد غاصباً وأخذاً لا يبطل حق المدعي ، إذ ليس من عادة الغاصب والأخذ الاختفاء والتواري ، بل من عاداتهم الخروج للخصومة ، فيجد المدعي ويخاصم معه ، فلا يؤدي إلى إبطال حق المدعي لو لم يجعل صاحب اليد غاصباً وآخذاً ، فلهذا افترقا .

نوع من هذا الفصل [فرع على النوع من هذا الفصل][٤] : إذا ادعى المدعي أن هذا عبده ، وأقام عليه البينة ، وقال صاحب اليد : هو عبد فلان أودعنيه ولا بينة حتى لم تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله على ما مرَّ .

---

(١) في (م) و (ب) : سارقاً صاحب اليد .

(٢) في (ب) : أمرناه .

(٣) في (م) : الأخذ والغصب .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

ولو أن القاضي لم يقض للمدعي ببينته حتى حضر المقر له ، وصدق صاحب اليد فيما قال ، ودفع العبد إلى المقر له ، وقضى القاضي للمدعي بالعبد بتلك البينة على ما مرَّ ، كان هذا قضاء على صاحب اليد على ما ذكرنا .

فإن أقام المقر له بينة على المدعي أنه عبده كان أودعه من صاحب اليد قبلت بينته ، ويقضى بالعبد له ، وتبطل بينة المدعي ، هكذا ذكر محمد رحمه الله في « الجامع » .

وحكى القاضي أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة أن ما ذكر من الجواب ليس بصحيح ، والصحيح أنه يقضي بالعبد بين [الذي حضر][(١)] وبين المدعي نصفين .

قال القاضي أبو الهيثم رحمه الله : بلغنا أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن رحمه الله في هذه المسألة ، فكتب إليه محمد : أن الصحيح أنه يقضي بالعبد بينهما[(٢)] .

قال القاضي الإمام أبو الهيثم رحمه الله : والطعن في هذه المسألة أقوى من الطعن في تلك المسألة ؛ [لأن الوجه الذي ذكرنا في فساد الطعن في تلك المسألة لا يتصور ههنا][(٣)] ؛ لأن في هذه المسألة كل واحد منهما يدعي ملكاً [مبهماً][(٤)] ، فلا يمكننا أن نقول : هذا يدعي الملك من جهة صاحب اليد ، فهو أولى .

ثم إذا أقام المقر له بينة على دعواه ، وبطلت بينة المدعي ، فالقاضي يقول للمدعي : أعد بينتك على الذي حضر ، وإلا فلا حق لك .

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) و (ب) .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٥ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

فرق بين هذه المسألة وبين ما[١] تقدم وهو ما إذا ادعى المدعي الشراء من صاحب اليد ، فإن هناك وإن أقام الذي حضر بينة على ما ادعى لا يكلف المدعي إعادة البينة .

والفرق : أن ههنا المدعي لم يستحق القضاء بهذه البينة على البتات ، بدليل أن ذا اليد لو أقام هذه البينة يبطل به استحقاق المدعي ، وإذا بطل استحقاقه يكلف إعادة البينة بخلاف ما تقدم ؛ لأن هناك المدعي قد استحق القضاء بهذه البينة قطعاً على كل حال ، ألا ترى أن ذا اليد لو أقام البينة على أنه ملك المقر له لا تندفع الخصومة عنه ولا يبطل به استحقاقه ، فكذا المقر له إذا أقام هذه البينة يبطل استحقاق المدعي ، فلهذا لا يكلف المدعي إعادة البينة ثانياً .

ولو أن القاضي سمع من المدعي البينة على الذي العبد في يديه فلم يقض بشهادتهم حتى أقام الذي في يديه العبد بينة أن فلاناً دفعه إليه ، فإن القاضي [لا يقضي بشهادة شهود المدعي ، وإن لم يقم الذي في يديه العبد على ذلك حتى قضى القاضي بشهادة شهود المدعي ، ثم أقام الذي في يديه العبد بينة أن فلاناً دفعه إليه ، فإن القاضي][٢] لا يلتفت إلى ذلك ، وقضاؤه ماضٍ ، فرق بينما قبل القضاء ، وبينما بعد القضاء . والفرق من وجوه :

أحدها : أن صاحب اليد صار مقضياً عليه بالملك واليد في هذا العين بقضاء القاضي للمدعي[٣] ، ودعوى الخصم لا تقبل ، وهذا المعنى لا يتأتى قبل القضاء .

[**الثاني** : أن قبل القضاء][٤] إنما قبلت بينة صاحب اليد على ما ادعى ؛ لأنه بهذه البينة يدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا المعنى لا يتأتى بعد[٥] القضاء ؛

---

(١) في (م) : ما إذا .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (ب) : القاضي يد للمدعي .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (م) و (ب) : قبل .

لأن الخصومة قد انتهت بقضاء القاضي بالعبد للمدعي ، فلا يحتاج هو إلى دفع الخصومة عن نفسه .

الثالث : أن كونه مودعاً من جهة الغائب لا ينفي شراء المدعي [منه][1] ، إذ يجوز أن يملك هو الوديعة من جهة صاحبها بوجه من الوجوه ، ثم إن المدعي يشتري ذلك منه بعدما يملك فيكون خصماً ، فبعد القضاء لا ينقض القضاء بالشك ، وقبل القضاء لا يجوز القضاء بالشك ، ولو حضر المقر له وأقام بينة على أن العبد له كان أودعه من صاحب اليد ، وذلك بعدما قضى القاضي للمدعي قبلت بينته ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه ؛ لأن القضاء للمدعي بالبينة الأولى وقع على صاحب اليد لا على الذي حضر ، فقبل بينة الذي حضر لهذا .

نوع آخر في مسائل الدفع في دعوى البيع والشراء : في « أدب القاضي » : إذا ادعى على رجل أني اشتريت منك[2] هذا العبد بكذا ، والبائع يجحد البيع ، فأقام المدعي بينة على الشراء فقال البائع في دفع دعواه : إنك قد رددت عليَّ هذا العبد بالعيب ، وأقام على ذلك بينة صح منه دعوى هذا الدفع ، وسمعت بينته عليه[3] ، وإنما صح منه هذه الدعوى ؛ لأنه لو لم يصح إنما لم يصح لمكان التناقض ؛ لأنه جحد البيع ، وأنه تناقض دعوى الرد بالعيب ولا تناقض ؛ لأن جحود البائع فسخ للعقد في حقه ، فكأنه ادعى الفسخ ، ثم أقام البينة عليه ، فمن أين يتأتى التناقض .

اشترى داراً[4] لابنه الصغير من نفسه ، وأشهد على ذلك شهوداً ، فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الأب ، ثم إن الأب باع تلك الدار من رجل وسلمها إليه ، ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري ، ثم علم بما صنع الأب ، فادعى الدار على

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : منه .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٠ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) سقط من (ب) .

المشتري ، وقال : كان أبي اشترى هذه الدار من نفسه [لي][1] في صغري ، وأنها ملكي ، وأقام على ذلك بينة ، فقال المدعى عليه في دفع[2] دعوى المدعي : إنك متناقض في هذه الدعوى ؛ لأن استئجارك الدار مني إقرار أن الدار ليست لك ، فدعواك بعد ذلك الدار لنفسك يكون تناقضاً .

فهذه المسألة واقعة الفتوى ، وقد اختلفت أجوبة المفتين في هذا ، والصحيح : أنه هذا لا يصلح دفعاً لدعوى المدعي ، ودعوى المدعي صحيحة وإن ثبت التناقض منه ، إلا أن هذا طريقه فيما طريقه طريق الخفاء[3] ، فإن الأب يستبد بالشراء للصغير ، وعسى لا يعلمه بعد البلوغ فلا يعرف الابن كون الدار ملكاً له فيظن صحة بيع الأب بعد ذلك ، فيقدم على استئجار الدار من المشتري ظناً منه أن الدار ملك المشتري ، وفي الحقيقة الدار ملكه ، ثم بعد ذلك يعلم ما صنع الأب وكون الدار مملوكة له فيدعيها ، فهو معنى قولنا : « إن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء » ، [والتناقض في مثله لا يمنع صحة الدعوى ، ألا ترى أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على مال ، ودفعت المال إليه ، ثم إنها ادعت أن زوجها كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع ، وأقامت على ذلك بينة ، قبلت بينتها[4] ، ولها أن تسترد بدل الخلع ، وقد صارت متناقضة ، فإن إقدامها على الخلع إقرار منها بقيام النكاح ، فتصير بدعوى وقوع الثلاث قبل ذلك متناقضة ، ولكن قُبل لأنها تناقض فيما طريقه طريق الخفاء ؛ لأن الزوج يستبد بإيقاع الثلاث ، فلعل أوقع الثلاث ولم تعلم المرأة بذلك ، فأقدمت على الخلع ظناً منها أن النكاح قائم ، ثم علمت بعد الخلع بوقوع الثلاث سابقاً على الخلع فادعت ذلك .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٠ و « حاشية ابن عابدين » ١١ : ٦٤١ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٤) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤١٩ .

وكذلك إذا أعتق الرجل عبده على مال ، ودفع العبد المال إلى المولى ، ثم إن العبد ادعى بعد ذلك أن المولى كان أعتقه قبل ذلك وأقام البينة عليه ، قبلت بينته ، وله أن يسترد بدل العتق ، وقد صار متناقضاً ، مع هذا قبلت بينته ؛ لأن هذا تناقض[١] فيما طريقه طريق الخفاء][٢] ؛ لأن المولى يستبد بإيقاع العتق على نحو ما بينا في مسألة « الجامع » ، كذا في مسألتنا .

[وفي « فتاوى النسفي » : سئل عمن ادعى داراً في يدي رجل أنها داره اشتراها من فلان ، وصاحب اليد يدعي الشراء من فلان ذلك أيضاً ، ولكن تاريخ الخارج سابق ، وأقام البينة ، فقال صاحب اليد في دفع دعوى الخارج : إن دعواه باطل من قبل أن شراءه بذلك التاريخ وقع باطلاً ؛ لأن الدار كانت رهناً في ذلك الوقت من جهة فلان الذي ادعينا تلقي الملك من جهته في يدي فلان ، وفلان المرتهن حين بلغه شراء هذا الخارج هذه الدار لم يرض به وأبطله ، فلم يصح شراؤه وصح شرائي ؛ لأن شرائي كان بعدما فك فلان الرهن ، هل يكون هذا دفعاً ؟ قال : لا ؛ لأنه لا حق لذي اليد في ذلك الرهن ، والمرتهن لم يدع ذلك فكيف يصح دعوى الرهن ؟ وهذا الجواب صحيح ، وله علل :

أحدها : ما ذكرناه .

الثانية : أن بيع المرهون ينعقد بوصف الصحة فيما بين الراهن والمشتري ، وليس للمرتهن حق الفسخ .

الثالثة : أنه لما أقر بفكاك الرهن فقد أقر بنفاد البيع السابق ؛ لأن البيع كان منعقداً بوصف الصحة فيما بين الراهن والمشتري ، لكن امتنع النفاذ في حق المرتهن لحقه ، فإذا بطل الرهن فقد ذلك البيع في حق الناس كافة][٣] .

---

(١) في (ك) : لأنها ههنا فيما طريقه .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

وفي « مجموع النوازل »[١] : رجل ادعى على آخر أنه اشترى مني جارية صفتها كذا بكذا درهماً ، وقبضها واستهلكها ، ووجب عليه أداء هذا الثمن إليَّ ، وهو قد أقر بذلك ، وشهد الشهود على المدعى عليه بذلك بعد إنكاره ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنه مبطل في دعوى الاستهلاك ؛ لأن الجارية قائمة ، [وهي (في بلد كذا)[٢] في يدي فلان ، وأقام شهوداً شهدوا أنا رأيناها حية قائمة][٣] في بلد كذا ، هل يصير ذلك دفعاً لدعوى المدعي ؟

قال : لا ، وطوَّل الكلام في بيان العلة ، ولم يتضح لنا وجهها .

والوجه في ذلك : أن الاستهلاك أمر زائد في مطالبة البائع المشتري بالثمن ، ومجرد القبض يكفي ، أكثر ما فيه أن دعوى الاستهلاك قد بطلت وبقيت دعوى القبض ، وأنه كاف في المطالبة بالثمن .

ادعى داراً في يدي رجل شراء من رجل آخر بشرائطه ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : إني كنت اشتريتُ هذه الدار من هذا المدعى ، فقال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه : قد كنا أقلنا البيع الذي جرى بيني وبين هذا المدعى عليه ، فهذا دفع صحيح ، وكذلك لو كان المدعى من الابتداء ادعى الدار على صاحب اليد ملكاً مطلقاً ، وقال المدعى عليه في دفع دعواه : إني كنت اشتريت هذه الدار من هذا المدعي ، فقال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه : قد كنا أقلنا البيع الذي جرى بينه وبين هذا المدعى عليه ، كان هذا دفعاً صحيحاً . وكذلك إذا قال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه : إنك قد أقررت أنك ما اشتريتها مني كان هذا دفعاً صحيحاً .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥١ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) ما بين قوسين في (م) : كذا كذا .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

نوع آخر في [دفع][1] دعوى الميراث : رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها كانت لأبيه[2] فلان ، مات وتركها ميراثاً له ، وأن أبي مات ، وهذه الدار في يديه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام ذو اليد بينة في دفع دعوى المدعي أن أبا هذا المدعي أقر في حال حياته أن هذه الدار ليست له ، فهذا يبطل شهادة شهود المدعي ، هكذا ذكر محمد رحمه الله في آخر « الجامع الكبير »[3] ، وهذا لأن حاجة الوارث إلى إثبات الملك لمورثه في الدار عند موته حتى يخلفه فيها إرثاً ، وقد ثبت بينة المدعى عليه إقرار المورث أن الدار ليست له ، وإقرار المورث بهذه الصفة يمنع المورث عن دعوى الملك لنفسه بنفسه بعد ذلك ، فيمنع الوارث عن دعوى الملك المطلق لمورثه عند موته .

وكذلك لو شهد شهود المدعى عليه أن الوارث أقر قبل موت المورث ، أو بعد موته أنها لم تكن لأبيه ، كان ذلك دفعاً لبينة الوارث لما ذكرنا أن حاجة الوارث إلى إثبات الملك للمورث عند موته ، وكان مدعياً أنها كانت لأبيه يوم الموت[4] ، وقد ثبت ببينة المدعى عليه إقرار الوارث[5] [أنها لم تكن لأبيه ، فجاء التناقض .

وكذلك لو شهد شهود المدعى عليه (على)[6] إقرار الوارث][7] أن أباه مات والدار ليست له ، كان كذلك دفعاً لبينة الوارث .

وأما إذا قال شهود المدعى عليه[8] : إن الوارث قال : مات أبي والدار ليست له ؛ لأنه وهبها لي في حياته وصحته ، أو باعها مني في حياته وصحته ، لم يكن ذلك

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ك) و (ب) : لابنه .

(٣) الجامع الكبير ، لمحمد بن الحسن الشيباني ، ص ٣٦٦ ، وانظر : « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥١ و ٥٢ ، و « حاشية ابن عابدين » ١١ : ٦٤٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) في (ب) : المورث .

(٥) في (ب) : المورث .

(٦) ما بين قوسين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٨) في (م) و (ب) : المدعي .

دفعاً لبينة المدعي ؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً ، ولو عاينا إقرار الوارث أن أباه مات وهذه الدار ليست له ؛ لأنه وهبها لي ، أو باعها مني في حال حياته وصحته ، ثم ادعى الميراث من الأب بعد ذلك ، تسمع دعوى الميراث منه ؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن ؛ لأنه يمكنه أن يقول : جحدني الهبة أو البيع ، وعجزت عن إثباته بالبينة ، فبقي الدار على ملك الأب ظاهراً ، وصار ميراثاً لي عنه ظاهراً ، وقد مرَّ جنس هذا في كتاب الشهادات .

توضيح[1] ما ذكرنا : أن الكلام يتم بآخره ، وإذا وُصل بقوله : « مات أبي والدار ليست له » قوله : « لأنه باعها مني » ، علمنا أنه لم يرد بأول الكلام نفي ملك الأب فيه من الأصل ، قال[2] : فيمكنه دعوى الميراث بعد ذلك [بخلاف ما إذا قال : ليس لأبي وسكت ؛ لأن ظاهر هذا الكلام يوجب نفي الملك للأب فيه من الأصل ، فلا يمكنه دعوى الميراث بعد ذلك .

دار في يدي رجل ، جاء وادعى أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثاً له ، وأقام بينة شهدوا أن أباه مات ، وهذه الدار في يديه ، فأخذ هذا الرجل هذه الدار من تركته بعد وفاته ، أو شهدوا أن هذا الرجل أخذ هذه الدار من أبي هذا المدعي حال حياته ، وأقام ذو اليد البينة أن الوارث أو أبوه أقر أن الدار ليست له ، فالقاضي يقضي بدفع الدار[3] إلى الوارث ؛ لأنه ما أثبته ذو اليد بالبينة من إقرار الوارث أو المورث أن الدار ليست له ، لو كان معايناً للقاضي ، فذلك لا يمنعه من إثبات الأخذ بطريق الغصب من يده على ذي اليد بالبينة ، فكذا إذا ثبت ذلك ببينة ذي اليد ، والمعنى في ذلك أن الجمع بين الكلامين ممكن بأن يقول الوارث : قد أقررت أن الدار ليست لأبي وإنما هي لغيره ، إلا أن ذا اليد غصبها من أبي ،

---

(١) في (هـ) : يوضح .

(٢) في (ب) : فلا ، وسقط من (ك) .

(٣) في (ك) : الدابة .

فلزمه[١] الرد بعد وفاة أبي عليَّ كما كان يلزمه الرد على أبي حال حياته ؛ لأني قائم مقام أبي في حياته ، فصار استحقاق هذه الدار ميراثاً لي ، فإذا أمكنه الجمع بينهما لم تكن بينة ذي اليد مبطلة بينة المدعي][٢] .

ادعت المرأة على ورثة زوجها المهر والميراث ، فقالت الورثة في دفع دعواها الميراث : إن أبانا[٣] قد حرَّمها على نفسه قبل موته بسنتين ، فقالت هي في دفع دعواهم : إن الزوج أقر في مرض الموت أني حلال عليه ، فهذا دفع صحيح[٤] .

[ادعى داراً في يدي رجل ميراثاً عن أبيه ، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشترى هذه الدار من هذا المدعي ، فقال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه : قد كنا أقلنا البيع الذي كان بيننا ، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه][٥] .

مات رجل وترك [أولاداً][٦] صغاراً وكباراً ، فكبر الصغار وادعوا داراً في يدي رجل ميراثاً عن أبيهم ، فادعى المدعى عليه في دفع دعواهم[٧] أني اشتريت حصة الكبار منهم ، وحصة الصغار من وصيهم من جهة أبيهم ، أو من جهة القاضي بثمن مثله ، أو بغبن يسير عند حاجة الصغار ، فهذا دفع صحيح .

لو أقام عليه البينة تندفع دعواهم ، ولو كان مكان الدار عوضاً[٨] لا يشترط ذكر الحاجة ، فالوصي يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة ، ولا يملك بيع عقاره إلا لحاجة . انتهى[٩] .

---

(١) في (ك) : يلزمه .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) بياض في (ب) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٧) في (هـ) : دعواه .

(٨) في (هـ) : عرضاً .

(٩) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

رجل مات عن أولاد ، فادعت امرأة ميراثها ، وقالت : كنت منكوحة له ، وأنكرت الوارثة دعواها ، وأقامت البينة على النكاح ، فقال الورثة في دفع دعواها : إن أبانا قد كان طلقها ثلاثاً ، وانقضت عدتها قبل موته ، هل يكون دفعاً لدعواها ؟ ينظر إن أنكروا نكاحها أصلاً بأن قالوا : لم يكن أبونا تزوجها ، أو قالوا : ما كانت هي زوجة لأبينا قط ، لا يكون هذا دفعاً لدعواها ، وإن لم ينكروا نكاحها أصلاً إنما أنكروا ميراثها فقالوا : ليس لها ميراث الزوجات ، أو قالوا : ليس لها ميراثاً بالزوجية ، أو قالوا : لم تكن هي زوجه له عند الموت ، فهذا دفع لدعواها . انتهى[١] .

ادعى على غيره أنه كان لأبي عليك كذا وكذا من المال ، وأنه قد مات قبل استيفاء شيء من ذلك ، وصار جميع ذلك ميراثاً لي لما[٢] أني وارثه لا وارث له غيري .

فقال المدعى عليه : الدين الذي تدعيه قد كان لأبيك عليَّ بحكم الكفالة عن فلان ، وفلان ذلك قد أدى جميع ذلك إلى أبيك في حال حياته[٣] ، وقد صدقه مدعي الدين أن الدين كان بحكم الكفالة عن فلان إلا أنه أنكر أداء فلان ذلك إليه ، فأقام المدعى عليه بينة على دعواه ، فهذا دفع صحيح لدعوى المدعي .

وكذلك لو قال المدعى عليه في هذه الصورة : أخرجني أبوك عن الكفالة في حياته ، أو قال : أخرجني عن الكفالة بعد موت أبيك ، وأقام بينة على ما ادعى ، تندفع دعوى المدعي . انتهى[٤] .

ادعى على غيره أنه كان لأبي عليك كذا وكذا ، مات أبي قبل أن يقبض شيئاً من ذلك ، وصار جميع ذلك ميراثاً لي من جهة أبي لما أنه لا وارث لأبي غيري ، فقال المدعي في دفع دعواه : إن أباك قد أحال فلاناً بما كان له عليَّ ، وقد قبلت

---

(١) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : وفلان ذلك قد أخذ جميع ذلك في حال حياته إلى أبيك .

(٤) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

الحوالة ، ودفعت جميع ذلك إلى المحتال له ، وصدقه المحتال في ذلك كله ، لا تندفع الخصومة عن المدعي مالم يقم البينة على الحوالة ، وإذا أقام البينة على الحوالة تندفع دعوى المدعي عنه وخصومته[١] ؛ لأن بإقامة البينة على الحوالة ثبت كون المحتال له وكيلاً من جهة الميت بالقبض ، وقد أقر بالقبض معاينة ، والوكيل بالقبض إذا أقر بالقبض يصح إقراره عن الموكل ، ويبرأ الغريم عن الدين .

امرأة ماتت وتركت إخوة وأموالاً في أيديهم ، جاء رجل وادعى أن المرأة كانت امرأته ، وفى نكاحه إلى يوم موتها ، وطلب ميراثها ، فقالت الإخوة في دفع دعواه : إنك قلت قبل هذا - بالفارسية - : « أكر اين مرده زن من بودي من ميراث بردي أزوي »[٢] ، وأثبتوا هذا بالبينة ، هل يكون هذا دفعاً لدعوى الزوج ؟

فقد قيل : يكون دفعاً ، وقوله : « أكرزن من بودي »[٣] ، إقرار منه أنها « زنوي في بوده است »[٤] .

وقيل : إنه ليس يدفع ، وقوله : « أكرزن من بودي ميراث بردي أزوي » ، ليس إقراراً أنها زن وي سودست ، كقول الرجل : إن كان فلان في الدار لذهبت إليه ، لا يكون إقراراً أن فلاناً ليس في الدار ، لا محالة على أن ما ذكرتم مفهوم كلامه ، وظاهر المذهب عندنا أن المفهوم ليس بحجة ، وإن ذكر محمد رحمه الله في « السير » أنه حجة ، ولكن ما ذكر في « السير » خلاف ظاهر المذهب[٥] .

ولو قالوا في دفع دعواه : إنك قلت : إنها كانت امرأتي إلا أني طلقتها ، فهذا ليس بدفع ؛ [ثم][٦] لأن الزوج ببينته أثبت نكاحها يوم الموت ، وتطليقه إياها

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٢ نقلاً عن كتاب « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) عبارة فارسية ، معناها : لو كان هذا الميت امرأتي كنت أرث منها .

(٣) لو كانت امرأتي منها .

(٤) هي ما كانت امرأته .

(٥) المفهوم الذي ذكره المؤلف هو مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عند الحنفية ، كما في « كشف الأستار » للبخاري عبد العزيز ٢ : ٢٥٣ .

(٦) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (هـ) : هكذا قيل ، وسقط من (ك) .

لا ينافي نكاحها يوم موتها ؛ لجواز أنه طلقها يوم تزويجها ، ثم ماتت [وعلى قياس مسألة السير التي ذكرناها في كتاب النكاح هذا دفع صحيح][١] .

ادعى رجل داراً في يدي امرأة أبيه أنها تركة أبيه ، وقالت المرأة : هذه الدار تركة أبيك إلا أن القاضي باعها مني بمهري وأنت صغير ، كان ذلك دفعاً لدعوى المدعي ، وهو الابن ، لو أثبت ذلك بالبينة ؛ لأن للقاضي ولاية بيع التركة بالدين إذا كان الوارث صغيراً ولم يكن للميت وصي[٢] .

رجل مات وترك ابنين صغيرين ، ولكل ابن قَيِّمٌ على حدة ، وفي يد أحد القيمين دار يزعم أنها دار الصغير الذي في ولايته ادعى عليه قيم الصغير الآخر أن الدار التي في يديك نصفها ملك الصغير الذي أنا قيمه بسبب العبد أن هذه الدار كانت ملكاً لوالد الصغيرين مات وتركها ميراثاً للصغيرين ، فادفع إليّ نصفها لأقبضه[٣] لأجل الصغير الذي أنا قيِّمه ، فأقام القيِّم المدعى عليه بينة [أن والد الصغير قد أقر حال حياته أن كل هذه الدار ملك الصغير الذي في ولايتي ، تندفع عنه دعوى القيّم ، فإن أقام القيِّم المدعي بينة][٤] لدفع دعوى القيم المدعى عليه وقال : إنك ادعيت قبل هذا نصف هذه الدار لأجل الصغير الذي في ولايتك إرثاً عن أبيه ، والآن تدعي كلها للصغير الذي في ولايتك بجهة أخرى ، اندفع دعوى القيم المدعى عليه لمكان التناقض[٥] .

سئل نجم الدين[٦] عمن ادعى ميراث ميت بعصوبة بنوة العم ، فأقام البينة على النسب بذكر الأسامي إلى الجد ، فأقام منكر هذا النسب والميراث بينة أن جد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) في (م) و (ب) : لأقبضها .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٣ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٦) لعله الإمام النسفي المترجم في موضعه .

الميت فلان وهو غير ما أثبت المدعي ، هل يندفع بهذا دعوى المدعي وبينته ؟ قال : إن وقع القضاء ببينة المدعي فالقضاء ماضٍ ، ولا تبطل بينة المدعي بهذا ، ولا تندفع دعواه ، وإن لم يقع القضاء ببينة المدعي فالقاضي لا يقضي بأحد البينتين لمكان التعارض ، وهو نظير طلاق المرأة يوم النحر بالكوفة من هذه السنة ، وعتاق العبد يوم النحر بمكة من هذه السنة[١] .

وفي « مجموع النوازل » : رجل قدم سمرقند من تركستان ، فادعى كرماً في يدي رجل ميراثاً من جده أبي أمه ، فقال : أنا محمد ، وأمي حُرّة ، وأبو أمي محمد بن الحارث بن شارخ[٢] ، وهذا الكرم في يدي هذا المدعي من تركة محمد بن الحارث هذا ، وأنا وارثه لا وارث له غيري ، فعليه تسليم هذا الكرم إليَّ ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي[٣] : هذا المدعي مبطل في دعواه هذه من قبل أنه حين قدم من تركستان زعم أنه ابن عائشة ، وعائشة بنت علي بن الحسين بن فلان ، وهذا الكرم من تركة علي بن الحسين ، ثم غير اسم الأم واسم الجد ، فجعل اسم الأم حرة ، وجعل اسم الجد محمد بن الحارث ، وأقام المدعى عليه بينة على دعواه .

فأجاب شيخ الإسلام عطاء بن حمزة السُّغْدي[٤] : إن هذا دفع لدعوى المدعي .

[قال محمد رحمه الله : وهو نظير ما لو ادعى عيناً في يدي رجل ميراثاً عن أبيه ، (ثم ادعى ذلك العين بعد ذلك ميراثاً عن أمه)[٥] .

وكان القاضي الإمام الأجل شمس الإسلام محمود الأوزجندي يفتي في جنس هذه المسائل أنه لا تندفع دعوى المدعي ، ولا تقبل بينة المدعى عليه على

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٦ : ٢٢٤ .

(٢) في (م) و (ب) : سارح .

(٣) في (م) و (ب) : المدعى عليه .

(٤) ذكره اللكنوي في « الفوائد البهية » ص ١٩٦ ، فقال : كان فاضلاً ، عارفًا بالمذهب ، بحرًا متبحرًا ، إمامًا في الفروع والأصول ، ترد الفتاوى عليه من أقطار الأرض ، أخذ عنه جماعة ، منهم نجم الدين النسفي .

(٥) ما بين قوسين سقط من (ك) .

ما ادعاه ، وتابعه على ذلك بعض مشايخ زمانه ، وبه كان يفتي الإمام ظهير الدين المرغيناني ، وهو الصواب عندنا[١] ، وعلى هذا إذا ادعى رجل على رجل أنه كان لأبي علي ابن أبي القاسم بن محمد عليك كذا وكذا من المال ، وأن أبي مات قبل استيفاء شيء من ذلك ، وصار ما كان له عليك ميراثاً لي ، وقال المدعى عليه : إنه مبطل في هذه الدعوى ؛ لأنه زعم أن والد القاسم محمد ، ووالد القاسم أحمد لا يكون هذا دفعاً لدعوى المدعي على ما هو اختيار شمس الإسلام وبعض مشايخ زمانه ، ولا تقبل بينة المدعى عليه على ذلك ، والمسألة كانت واقعة الفتوى ، وهذا لأن بينة المدعى عليه لو قبلت في هذه الصورة إما أن تقبل على إثبات اسم هذا المدعى عليه[٢] ، ولا وجه إليه ؛ لأنه ليس بخصم في ذلك ، وإما أن يقبل النفي ما ادعاه المدعي من الميراث ، ولا وجه إليه أيضاً ؛ لأن البينة على النفي غير مقبولة ، وهو نظير ما لو ادعى رجل على رجل أنه أقرضه ألف درهم في يوم كذا وفي مكان كذا ، وأقام المدعى عليه بينة أنه في ذلك اليوم كان في مكان كذا ، سمى مكاناً آخر ، لا تقبل بينة المدعى عليه ؛ لأنها في الحقيقة قامت على النفي ، كذا ههنا .

إذا ادعى داراً في يدي رجل ميراثاً لأبيه ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : اشتريت هذه الدار من أبيك في حال صغرك بإطلاق القاضي ، فهذا دفع صحيح إذا ثبت أن البيع لحاجة الصغير ، أو لقضاء دين الميت ، وقد مر جنس هذا .

في « فتاوى الفضلي » : ادعى على أخيه شركة فيما في يديه بحق الميراث عن أبيه ، فأنكر المدعى عليه دعواه وقال : لم يكن لأبي في هذه الدار حق ، ثم ادعى المدعى عليه أنه كان اشترى هذه الدار من أبيه ، أو ادعى أن أباه قد أقر له بها ، فدعواه صحيحة ، وبينته مسموعة ؛ لأن الجمع بين الكلامين ممكن ؛ لأنه يمكنه أن يقول : لم تكن لأبي بعدما اشتريتها منه ، ولو قال : لم تكن لأبي قط ، أو قال : لم يكن لأبي فيها حق قط ، لا تسمع دعواه الشراء من أبيه ؛ لأنه فيه متناقض ، وتسمع دعوى إقرار أبيه له ؛ لأنه لا تناقض فيه .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٣ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) في (ك) : المدعي .

إذا قال المدعي في دعوى الميراث : لا وارث له غيري ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إن لك أخاً وأختاً ، وقد قلت : لا وارث له غيري .

حكي فتوى القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله : أن المدعي لو أقر بذلك تبطل الدعوى والشهادة جميعاً ، أما لو أراد المدعى عليه إثباته بالبينة لا تسمع بينته ، (وفي كتاب الجنايات : أنه يسمع بينته)[١] .

ادعى رجل ضيعة في يدي رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثاً (لفلانة لا وارث له غيرها[٢] ، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثاً)[٣] لي ، لا وارث لها غيري ، وقضى القاضي له بالضيعة ، فقال المقضي عليه بالضيعة بطريق الدفع لدعوى المدعي : إن فلانة التي تدعي أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل موت[٤] فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة ، فقد قيل : هذا دفع صحيح ، وقد قيل : إنه غير صحيح ؛ لأن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء[٥] ، فلا يثبت بينة المدعى عليه موت فلانة قبل (موت فلان)[٦] .

سئل[٧] عن رجل ادعى محدوداً في يدي رجل ميراثاً عن أبيه له ولأخيه فلان الغائب ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : إن مورثك فلان قد أقر في حياته أن هذا المحدود ملكي ، فقد قيل : هذا دفع[٨] ، وقيل : إن قال : إن مورثك

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : لا وارث لها غيري .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) ما بين قوسين سقط من (ك) .

وانظر : « حاشية ابن عابدين » ١٢ : ١٣ نقلاً عن « الظهيرية » .

(٧) سقط من (ك) .

(٨) في (م) : دفع صحيح .

فلان أقر أن هذا ملكي ، وأنا صدقته [فيه فهذا دفع ، وإن لم يقل : وأنا صدقته][1] فهذا ليس بدفع .

وإن حضر الأخ الغائب وادعى في دفع دعوى المدعى عليه [الدفع على أخيه ، وقال : إن المدعى عليه أقر بعد موت أبينا أن هذا المحدود تركة أبينا ، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه][2] .

ولو كان المدعى عليه من الابتداء لم يدَّع إقرار المورث بكون المحدود ملكاً له ، إنما ادعى إقرار الوارث المدعي بكون المحدود ملكاً للمدعى عليه ، فالجواب فيه على الخلاف أيضاً ، على قول بعض المشايخ هذا دفع ، وعلى قول بعضهم يجب أن تكون المسألة على التفصيل ، إن قال : إنك أقررت بكون المحدود عليه ملكي ، وأنا صدقتك ، يصح الدفع ، وإن لم يقل : وأنا صدقتك ، لم يصح .

وإن حضر الأخ الغائب وادعى في دفع دعوى المدعى عليه وقال : إن المدعي[3] قد أقر بعد موت أبينا أن هذا المحدود تركة أبينا ، لا يسمع منه هذا الدفع ؛ لأن ما تعلق بالمورث متعلق بجميع الورثة ، أما ما يتعلق ببعض الورثة يقتصر عليه ، فلا ينتصب خصماً في هذه الدعوى .

نوع آخر في بعض مسائل الإكراه : إذا ادعى الإكراه على البيع والتسليم ، فقال المشتري في دفع دعواه : إنك أخذت الثمن مني طائعاً ، فهذا دفع صحيح ؛ لأن قبض الثمن طائعاً إجازة لذلك البيع ، وهذا لأن البائع إنما يأخذ الثمن من المشتري ليسلم الثمن له ، ولا يسلم الثمن للبائع إلا بإجازة البيع ، فكان أخذ الثمن من البائع إجازة البيع من هذا الوجه .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وانظر : « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٤ نقلاً عن « المحيط » .

(٣) في (هـ) : المدعى عليه .

وكذلك إذا ادعى الإكراه على الهبة فقال الموهوب له في دفع دعواه : إنك أخذت عوض هبتك مني طائعاً فهذا دفع صحيح ؛ لأن أخذ العوض طائعاً إجازة منه للهبة .

[وفي « مجموع النوازل » : سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة السُّغْدي رحمه الله عن رجل أثبت على رجل بالبينة أنه أقر بكذا طائعاً ، وأقام المدعى عليه في دفع ذلك بينة أن إقراره ذلك كان بإكراه ، هل يكون دفعاً لبينة المدعي ؟ قال : نعم ، وبينة الإكراه أولى بالقبول ؛ لأن بينة الإكراه تثبت خلاف الظاهر ، قيل له : إن البينة على الإثبات أولى من البينة على النفي ، وبينة الطوع مثبتة للدين ، وبينة الإكراه نافية للدين ، قال : وإن كان كذلك إلا أن التي تثبت الزيادة من الظاهر هي الأولى ، وإن كان في المعنى بخلافه ، وعلى هذا مسائل أصحابنا في المزارعة ، فقد ذكر محمد رحمه الله في المزارعة مسائل اعتبر فيها إثبات الزيادة صورة ، وإن كان فيها إفساد العقد معنىً ، فمن جملتها : إذا ادعى أحد المتعاقدين أنه شرط له النصف وزيادة قفيز[١] ، وادعى الآخر أنه شرط له النصف ، وأقاما على ذلك بينة ، فالبينة بينة مدعي الزيادة ، ويثبت به فساد المزارعة ، واعتبر إثبات الزيادة من حيث الصورة ، كذا هاهنا][٢] .

رجل ادعى ضيعة[٣] في يدي رجل فقال[٤] : إنك اشتريتها مني ، وكنت مكرهاً على البيع والتسليم ، وأقام على ذلك بينة ، وأراد استرداد الضيعة ، فقال المدعى عليه : الأمر[٥] كما قلت ، إلا أن بعدما زال الإكراه بعت هذا العين[٦] مني

(١) سقط من (ك) .

والقفيز : مكيال مقداره ثمانية مكاكيك ، ويعادل تقديره ستة عشر كيلو جرامًا . كما في « معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية » ، لمحمود عبد المنعم ٣ : ١٠٨ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) الضيعة : الأرض المُغِلَّة ، كما في « المعجم الوسيط » ٢ : ٥٧٣ .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) في (ك) : كان الأمر .

(٦) في (ك) : البيع .

بكذا عن طوع ورضى ، وأقام على ذلك بينة ، فالقاضي يقضي ببينة المدعى عليه ، وتندفع دعوى المدعي حتى لا يكون للبائع حق الاسترداد ؛ لأن[١] بينة[٢] المدعي تثبت أن المشتري اشترى شراءً فاسداً، والمشترى شراءً فاسداً إذا اشتراه المشتري شراءً صحيحاً ينفسخ الشراء الفاسد ، ويبطل حق البائع في الاسترداد ، كذا ههنا .

[رجل ادعى ضيعة في يدي رجل أنها ملكه اشتراها من الذي في يديه بكذا ، أو قال المدعي في آخر دعواه : وهكذا أقر الذي في يديه بشرائي إياه منه ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إني كنت مكرهاً في الإقرار بالبيع ، فقد قيل : بأن هذا لا يكون دفعاً ، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله ، وكان يقول يحتمل أنه كان طائعاً في البيع مكرهاً في الإقرار بالبيع ، والإقرار بالبيع مكرهاً لا يوجب خللاً في البيع ، حتى لو أقام البينة على كونه مكرهاً في الإقرار والبيع جميعاً ، كان الدفع صحيحاً][٣] .

نوع آخر في دعوى الدين : إذا قال المدعى عليه في دعوى الدين : أنا أجيء[٤] بالدفع ، فقال له القاضي : الدفع يكون بالإبراء ، أو بالإيفاء ، فأيهما تدعي ؟ قال : كلاهما ، هل يكون هذا تناقضاً ؟

حكي عن الشيخ [الإمام][٥] نجم الدين النسفي رحمه الله أنه قال : لا يكون تناقضاً إذا وفق ، ولم يبين[٦] وجه التوفيق .

ووجه التوفيق : أن يقول : وفيت بعضه وأبرأني عن بعضه ، أو يقول : أوفيت الكل ، فجحدني ، فشفعت إليه فأبرأني ، أو يقول : أبرأني ، ثم جحد الإبراء ،

---

(١) في (م) و (ك) : ولأن .

(٢) في (ك) : شبهة .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (ك) : آتي .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) في (ك) : ويبين .

فأوفيت ، وقيل : لا يكون متناقضاً ، ولا يبطل دعواه وإن لم يوفق ؛ لأن مع إمكان التوفيق لا يتحقق التناقض ، فيحمل عليه صيانة للدعوى عن البطلان .

وهذا القول يشير إلى أن إمكان التوفيق يكفي .

[ادعى على غيره ديناً ، فأنكر المدعي عليه ذلك ، فأقام المدعي بينة على (المدعى عليه)[١] أنك استمهلتني هذا المال منذ[٢] عشرة أيام ، وذلك إقرار منك بهذا المال عليك ، وقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنك أبرأتني عن هذا المال منذ[٣] عشرين يوماً ، وأقام على ذلك بينة ، فهذا لا يكون دفعاً[٤] ؛ لأن بينة المدعي تثبت إقرار المدعى عليه بالمال منذ عشرة أيام ، وهذا يمنع دعواه الإبراء قبل ذلك ؛ لأن الاستمهال من المدعى عليه قبل قضاء القاضي عليه بالمال إقرار بالمال ، والاستمهال بعد قضاء القاضي بالمال كذلك عند بعض المشايخ ، وعند بعضهم لا يكون إقراراً ، حتى أن بعدما قضى القاضي على المدعى عليه بالمال لو استمهل من المدعي ، ثم ادعى بعد ذلك دفعاً يسمع دعواه عند بعض المشايخ .

رجل ادعى على آخر عشرة دراهم دين ، أو عشرة دنانير دين ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : تو قرار كرده له مراجز دو دينار خواستى نيست جزدودرم خواستي بنيست[٥] ، فهذا ليس بدفع ؛ لأن المطالبة ليست من لوازم الدين حتى يكون من ضرورة أن لا مطالبة له بما سوى الدرهمين ، أو الدينارين إقراره أن لا دين عليه سوى الدرهمين ، أو الدينارين ، ألا ترى أن الدين المؤجل دين على الحقيقة ، ولا مطالبة به في الحال .

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : منك .

(٣) في (ك) : منك .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٥ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) عبارة فارسية معناها : إنك أقررت بأن لا طلب لك إلا دينارين . لا طلب لك إلا درهمين .
كما أفادني أحد الإخوة الفارسيين .

فإن قيل : هذا المعنى لا يكاد يصح في هذه الصورة ؛ لأن الدعوى وقع في الدين ، والتأجيل في الديون لا يصح .

قلنا : التأجيل في الديون الواجبة بالقرض والاستقراض لا يصح ، أما التأجيل في الديون بسبب البيع وما هو في معنى البيع صحيح ، وموضوع مسألتنا أن المدعي ادعى الدين ، أما لم يدع البيع القرض والدين الواجب (بسبب البيع احتمل التأجيل ، فيجوز انتفاء المطالبة عنه بسبب التأجيل مع لزومه ووجوبه ، والدين الواجب)[١] بسبب القرض إن كان لا يتصور انتفاء المطالبة بسبب التأجيل يتصور بسبب آخر ، بأن كان مثلاً لعبد الله على محمد دين ، ولمحمد على إبراهيم (مثل ذلك ، فأحال محمد عبد الله على إبراهيم)[٢] ، فيقضي إبراهيم دين عبد الله بما لمحمد عليه ، فدين محمد عن إبراهيم لا يسقط بهذه الحوالة ، ألا ترى أن عبد الله لو أبرأ محمداً عن دينه كان لمحمد أن يرجع على إبراهيم بدينه .

وكذلك لو أن محمداً قضى دين عبد الله كان لمحمد أن يرجع على إبراهيم بدينه ، فعلم أن دين محمد لا يسقط عن إبراهيم بمجرد حوالة محمدٍ عبدَ الله على إبراهيم ، مع هذا ليس لمحمد حق مطالبة إبراهيم في الحال بدينه لصيرورة دينه مشغولاً بحق عبد الله بحكم الحوالة ، فيجوز انتفاء المطالبة عن دين القرض مع وجوبه ولزومه بهذا الطريق إن كان لا يتصور انتفاء المطالبة عنه بسبب التأجيل][٣] .

ادعى على غيره مالاً ، فأقر المدعى عليه بذلك ، إلا أنه بين سبباً لا يصح سبباً للوجوب ، بأن قال : له عليَّ ألف درهم بسبب القمار ، أو قال : لأني اشتريت منه الميتة ، وكذبه المدعي في ذلك السبب ، فإن أقام المدعى عليه على ذلك بينة تندفع عن دعوى المدعي .

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك ، ذكر الخصاف في « أدب القاضي » أنه يحلف المدعى عليه ، ويكون القول قوله مع اليمين ؛ لأن قوله : له عليَّ ألف درهم ؛ لأني اشتريت منه الميتة ، أو لأني قامرت عليه جحود للمال أصلاً ، فيكون القول قوله مع يمينه[١] .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني : ما ذكر الخصاف أن القول قول المدعى عليه مع اليمين قولهما ، أما على قول أبي حنيفة : المال لازم عليه بإقراره ، ولا يصدق في قوله : ثمن[٢] ميتة ، أو قال : قامرني .

قال رحمه الله تعالى : أورد محمد هذه المسألة في كتاب الإقرار على سبيل الاستشهاد ، قد ذكر[٣] فيه الخلاف على ما بينا ، وكأنه ذهب إليه الخصاف ، أو يكون عن أبي حنيفة رحمه الله في المسألة روايتان .

وإن قال المدعى عليه : له عليَّ ألف درهم من ثمن خمر ، وأقام على ذلك بينة ، لا تندفع عن دعوى المدعي عند أبي حنيفة ؛ لأن المسلم[٤] قد يجب عليه ثمن خمر عنده ، بأن يوكل ذمياً بشرائها ، وعندهما تندفع عنه دعوى المدعي ؛ لأن عندهما لا يجب ثمن الخمر على المسلم بحال .

وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك ، فعلى قول أبي حنيفة المال لازم على المدعى عليه ، وعندهما القول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه المال[٥] .

[ادعى على غيره كذا كذا ديناً من الدراهم ، فادعى المدعى عليه الإيفاء ، وجاء بشهود شهدوا أن المدعى عليه دفع هذا المال كذا كذا ديناً من الدراهم ، ولكن لا ندري بأي جهة دفع ، هل يقبل القاضي هذه الشهادة ؟ وهل تندفع بها دعوى المدعي ؟

---

(١) لم أجده في « شرح أدب القاضي » للصدر الشهيد .

(٢) غير موجود في (هـ) .

(٣) في (هـ) : فذكر .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) غير موجود في (هـ) .

حكي عن شيخ الإسلام السُّغْدي أنه قال : لا تقبل هذه الشهادة ، ولا تندفع بها دعوى المدعي .

وعن بعض مشايخنا : أنه يقبل ، وتندفع به دعوى المدعي ، وهو الأشبه والأقرب إلى القول .

ادعى على رجل ستة دنانير ، فقال المدعى عليه في دفع المدعي : إنه أبرأني عن هذه الدعوى ، فأقام على ذلك بينة ، فادعى المدعي ثانياً أن المدعى عليه قد كان أقر لي بستة دنانير بعد إبرائي إياه ، هل يصح دفع الدفع ؟

فقد قيل : إن قال المدعى عليه : أبرأني عن هذه الدعوى ، وقبلت الإبراء ، أو قال : صدقتك في ذلك ، لا يصح عنه دفع الدفع ، يعني : دعوى الإقرار ثانياً ، وإن لم يقل : قبلت الإبراء ، ولو قال : صدقتك في ذلك ، يصح عنه دفع الدفع ، يعني : دعوى الإقرار ثانياً ؛ لأن الإبراء يرتد بالرد ، وإذا لم يذكر القبول ولا التصديق يحتمل الرد ، فيصح دعوى الإبراء ثانياً .

وقيل : لا يصح دعوى الإقرار ثانياً ؛ لأن بينة المدعى عليه تثبت إبراء المدعي إياه عن هذه الدعوى ، وارتفع الذي وجب به الدين على المدعى عليه ، فدعوى المدعي إقرار المدعى عليه ثانياً ، يكون في الحاصل دعوى المال بشرط الإقرار ، ودعوى المال بسبب الإقرار غير صحيح ، عليه عامة المشايخ .

وقيل : دعوى الإقرار ثانياً صحيح من غير فصل ؛ لأن المدعي بدعوى الإقرار ثانياً يثبت بطلان دعوى المدعى عليه الإبراء على المدعي ، فإنه يقول : دعواك الإبراء علي لم تصح ، وكنت مبطلاً في ذلك لما أقررت لي بالدنانير بعد ذلك ، ودعوى بطلان الدعوى من أي طرف كان ذلك صحيح .

ادعى على آخر خمسين ديناراً ، فقال المدعى عليه في الدفع : إن المدعي قد أقر أنه دفع إليه العدالة لكل دينار خمسين ، ولكن أخذت الخط بالدنانير ، صح الدفع .

وكذلك لو قال : إنك أبرأتني عن الدعاوي كلها في سنة كذا ، يصح الدفع[١] .

رجل ادعى على رجل أني دفعت إليك عشرة دراهم قرضاً ، فقال المدعى عليه : بل دفعت إلي عشرة دراهم ، إلا أنك أمرتني أن أدفعها إلى فلان ، وقد دفعتها إليه ، فإن أقام على ذلك بينة تندفع الخصومة عن صاحب اليد ، وما لا فلا .

ادعت امرأة أنها ابنة هذا الميت ، وأن لها من تركته كذا وكذا ، فقال ورثة الميت : أنت مبطلة في هذه الدعوى لما أنك قد أقررت بعد وفاة هذا الميت ، وقلت : بنده اين مرده بودم وي آزادكرده است مرا ، لا يصح هذا [الدفع][٢] .

[رجل][٣] ادعى على آخر دراهم مقدرة بسبب الكفالة عن فلان بأمره أو بغير أمره ، فحضر الأصيل ودفع دعوى المدعي ، وقال : هذا المال غير واجب على الكفيل المدعى عليه ، كما أنه غير واجب [عليَّ][٤] ، وكنت مكرهاً في الإقرار به ، فقد قيل : لا يسمع هذا الدفع ؛ لأن المدعي ما ادعى على الأصيل شيئاً ، وقد قيل : يسمع إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل[٥] ؛ لأن ضرر هذه الدعوى في المال على الأصيل ، ألا ترى أن من اشترى من آخر جارية ، وقبضها واستحقها رجل من يد المشتري بالبينة ، وقضى القاضي بالجارية للمستحق ، ثم إن البائع أقام البينة على المستحق أنه باعها منه قبل أن يبيعها هو من مشتريه فلان ، فالقاضي يقبل بينة البائع ، ويقضي بالجارية على المستحق ، والدعوى من المستحق ما كان على البائع ، وما كان الطريق سوى أن ضرر هذه الدعوى في المال على البائع ، كذا ههنا .

---

(١) في (ك) : الدعوى . والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٦ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) . والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٤ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) في (م) : بأمره .

ادعت امرأه على ورثة زوجها المهر ، وأنكرت الورثة النكاح ، فأقامت المرأة بينة على النكاح ، وادعت الورثة في دفع دعواها أنها كانت أبرأت أبانا في حال حياته عن المهر .

فقد قيل : هذا دفع صحيح ، وقد قيل : يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل ، إن قالوا : أبرأت أبانا عن المهر ، لا يصح منهم هذا الدفع لمكان التناقض ، وإن قالوا : أبرأت أبانا عن دعوى المهر ، يصح منهم هذا الدفع ، ولا تناقض فيه .

وذكر شيخ الإسلام خُوَاهَر زَادَه مثل هذا التفصيل في مسألة دعوى الدين وإنكار المدعى عليه ، ثم دعوى المدعى عليه الإبراء في شرح كتاب الحوالة والكفالة .

نوع آخر في دعوى الوصاية والوصية : رجل ادعى على غيره : إن أباك أوصى لي بثلث ماله ، وأنكر المدعى عليه الوصية ، فأقام المدعي بينة على دعواه ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إن أبي قد كان رجع عن هذه الوصية في حياته ، أو قال : إن أبي قال في حياته : رجعت عن كل وصية أوصيت بها ، فقد قيل : لا يسمع منه هذا الدفع لمكان التناقض ، وقد قيل : يسمع ، وهو الصحيح ؛ لأن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء ، فإن الموصي يستبد بالإيصاء ، فلعل قد كان أوصى ولم يعلم به الوارث ، ورجع ولم يعلم به ، فجحد الوصية بحكم أنه لم يعلم بالوصية ، ثم أخبر بهذا بعد الجحود بالوصية والرجوع ، فادعى الرجوع ، والتناقض في مثل هذا الموضع لا يضره[1] .

وكذلك لو أقام البينة على أن الأب جحد الوصية في حياته ، كان هذا دفعاً على ما ذكره في « المبسوط » ، فقد ذكر في « المبسوط » أن جحود الوصية رجوع ، وذكر في « الجامع » أن جحود الوصية لا يكون رجوعاً ، قيل : في المسألة روايتان ،

(١) في (ب) : لا يصيره .

وقيل : ما ذكر في « الجامع » أن جحود الوصية لا يكون رجوعاً قياس ، وما ذكره في « المبسوط » استحسان[١] .

[رجل ادعى في تركة رجل وصية لابنه الصغير بثلث ماله ، وأقام البينة على ورثة الميت ، وقضى بالوصية لابنه ، ثم إن الورثة أقاموا البينة على المدعي بطريق الدفع أنه قد كان أقر قبل الحكم أن على الميت دين مستغرق لتركته ، كان هذا دفعاً صحيحاً ، ويبطل حكم القاضي ، وسجله إذ تبين أن المدعي لم يكن خصماً في دعوى الوصية ، إذ لا وصية مع الدين المستغرق ، والبينة[٢] من غير الخصم (غير مقبولة)[٣] ، والقضاء بها باطل ، وهو نظير ما لو ادعى رجل عبداً في يدي رجل أنه له ، وأقام على ذلك بينة ، وذو اليد يقول : هذا العبد وديعة عندي من جهة فلان ، ولم يكن له بينة على ما ادعى ، وقضى القاضي ببينة المدعي ، ثم جاء فلان وأقام بينة أنه عبده قد كان أودعه صاحب اليد ، فالقاضي يأخذ العبد من المدعي المقضي له ، ويدفعه إلى هذا الذي ادعى الإيداع من صاحب اليد ، إذ تبين أن المدعى عليه لم يكن خصماً للمدعي ، وأن بينة المدعي قامت على غير الخصم ، والبينة على غير الخصم لا تقبل][٤] .

رجل أوصى لابني ابنه[٥] بثلث ماله ، وأحدهما صغير والآخر كبير وأبوهما [حيٌّ][٦] ، ثم مات الموصى له[٧] ، فادعى أبو الصغير على وارث الموصي لأجل ابنه الصغير الوصية من جهة الميت ، وادعى الكبير لنفسه الوصية من جهة الميت ،

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٦ و ٥٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) في (ب) : أبيه .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٧) سقط من (ب) .

وأنكر الوارث وصيتهما ، وقال في دفع دعواهما : إن هذا الكبير قد أقر بعد موت الميت أن الميت ما أوصى لي بشيء ، وكذلك أبو الصغير أقر أن الميت ما أوصى لابني [الصغير][1] بشيء ، هل يكون هذا دفعاً ؟ فقد قيل في حق الكبير : هذا دفع ، وفي جواب الصغير : هذا دفع لدعوى الأب ، لا لدعوى الابن ، حتى لو كبر الابن وادعى الوصية لنفسه ، سمع دعواه ، وقد قيل : ليس هذا بدفع أصلاً ، وهو الأظهر والأشبه بالفقه ؛ لأنه لو صار دفعاً إنما صار دفعاً لأنه سبق دعوى الوصية إنكار الوصية ، فيصير متناقضاً ، والتناقض يمنع صحة الدعوى ، إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء ؛ لأن الموصي يستند بالوصية ، ولا يحتاج فيها إلى[2] القبول ، ولعله أوصى ولم يعلم الموصى له ، فنفاه ، فلما علم به ادعاه .

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات : يجب أن يعلم [بأن][3] دفع الدعوى[4] كما هو صحيح ، فدفع الدفع صحيح ، وكذلك دفع دفع[5] الدفع ، وما زاد على ذلك صحيح ، هو المختار ، وكما يصح دفع الدعوى[6] بعد إقامة المدعي البينة ، يصح دفعه قبل إقامة المدعى البينة ، وإذا ادعى المدعى عليه الدفع وطلب من القاضي الإمهال ، فالقاضي يمهله إلى مجلس القضاء الثاني .

وفي « الفتاوى » ، وفي « فوائد شمس الإسلام محمود الأوزجندي » رحمه الله : أن[7] دعوى الدفع من المدعى عليه لا يكون تعديلاً للشهود ، وأنه ظاهر لجواز أن دفعه الطعن في الشهود .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (ب) : الذي .

(٥) سقط من (ك) و (ب) .

(٦) في (ك) : الدفع .

(٧) في (م) : أن في .

[وإذا ادعى المدعى عليه أن هذا العين وديعة عنده من جهة فلان ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام المدعي بينة في دفع دعواه أنك أقررت قبل هذا أن العين ملكي ، فهذا دفع لدعوى المدعي عليه .

وإذا ادعى أرضاً في يد إنسان ، وأقام المدعى عليه بينة أن هذه الأرض في يدي بحكم المزارعة ، فهذا دفع دعوى المدعي ، كما لو أقام بينة أنها في يدي بإجارة ، أو إعارة ، أو وديعة .

وإذا قال : لا دفع لي ، ثم جاء يدفع ، فقد قيل : يجب أن تكون هذه المسألة على روايتين ، أو على الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد على قياس ما إذا قال المدعي : لا بينة لي ، واستحلف المدعى عليه ، ثم جاء ببينته ، وقيل في هذه المسألة : يجب أن لا يصح دفعه بعد ذلك باتفاق الروايات ؛ لأن معنى قوله : « لا دفع لي » ليس لي دعوى الدفع ، ومن قال : لا دعوى لي قبل فلان ، ثم جاء يدعي عليه ، لا يسمع دعواه ، كذا ههنا ، والأول أقرب إلى الصواب ؛ لأن معنى قوله : « لا دفع لي » ليست لي بينة دافعة ؛ لأن دعوى المدعي لا تندفع بمجرد دعوى المدعى عليه الدفع ، وإنما تندفع ببينة يقيمها على الدفع ، وإذا كان معنى قوله : « لا دفع لي هذا » ، صارت هذه المسألة نظير ما إذا قال المدعي : لا بينة لي قبله .

المدعى عليه الضيعة ، أو الدار ، إذا أقام بينة أن نصف هذه الضيعة أو نصف هذه الدار في يدي وديعة من جهة فلان الغائب ، هل تبطل دعوى المدعي في الكل ؟ فقد قيل : يبطل ؛ لأن الدعوى واحد ، فإذا بطل بعضه بطل كله ، وقيل : لا يبطل في الكل ، وإنما يبطل في النصف ، قالوا : وإليه أشار محمد رحمه الله في بيوع « الجامع » .

دعوى اتفقت الأئمة على فسادها ، ومع ذلك جاء المدعى عليه بدفع ، لو كان الدعوى صحيحة كان ذلك الدفع دفعاً له ، فالقاضي هل يسمع دفع المدعى عليه ؟ أو يأمر المدعي بتصحيح دعواه ؟ فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يأمر المدعي بتصحيح دعواه ، وقال بعضهم : يسمع دفع المدعى عليه ويقضي به .

ادعى داراً في يدي رجل فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنك أقررت قبل هذا أنك بعت هذه الدار مني ، وأراد أن يحلف المدعي ، فله ذلك ، ولو أقام البينة على إقرار المدعي بذلك قبلت بينته ، واندفعت دعوى المدعي][1] .

وإذا ادعى النتاج في دابة ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : إنك مبطل في هذه الدعوى لما أقررت أنك اشتريت هذه الدابة من فلان ، وهذا دفع لدعوى المدعي[2] .

رجل ادعى كرماً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنه أجر نفسه مني ليعمل في هذا الكرم لي عمل كذا ، فهذا دفع صحيح لو أثبته بالبينة تندفع عنه دعوى المدعي ؛ لأن إجارة نفسه من غيره [للعمل][3] في الكرم الذي في يد ذلك الغير إقرار من الأجير أن الكرم ليس له ، فيصير بدعواه أن الكرم له متناقضاً .

ذكر ابن سماعة في « نوادره » عن محمد رحمه الله تعالى : رجل ادعى على رجل أنه أخذ منه مالاً وهو كذا وكذا ، ووصفه بأمر يعرف ، فأقام المدعى عليه بينة أن المدعي قد أقر أن هذا المال المسمى المُفَسَّر أخذ منه فلان الآخر ، والمدعي ينكر ، فليس هذا بإبطال لدعوى المدعي ، ولا إكذاب لبينته[4] ؛ لأن الإكذاب والإبطال إنما يثبت لمكان التنافي ، ولا منافاة بين الأمرين إذا لم يكن في الشهادتين ذكر الوقت ؛ لجواز أن فلاناً الأجنبي أخذه أولاً ، ثم رده عليه ، ثم أخذه المدعى عليه ، وإذا لم يكن بين الأمرين منافاة أمكن تصحيح البينتين ، والبينات حجج الله تعالى ، فمهما أمكن تصحيحهما لا[5] يلغي أحدهما .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) . والمسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥١ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٧ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٧ .

(٥) في (م) : ما لا .

[ولو أن المدعى عليه (أقام البينة أن هذا المدعي أقر أن فلاناً وكيل هذا المدعى عليه)[١] أخذ منه هذا المال ، فهذا إبطال لدعوى المدعي ، وإكذاباً لبينته .

والفرق : أن في هذه المسألة ثبت ببينة المدعى عليه إقرار المدعي بأخذ وكيل المدعى عليه المال ، فيعتبر بالثابت عياناً ، ولو عاينا إقرار المدعي يأخذ وكيل المدعى عليه المال منه ، لا يصح دعوى المدعي بعد ذلك الأخذ من المدعى عليه ؛ لأن فعل الوكيل فعل الموكل ، فيصير المدعي بدعوى الأخذ بعد ذلك على المدعى عليه مدعياً ذلك الأخذ ، لا آخذاً آخر (بطريق الأصالة ، وإنما يصير مدعياً لذلك الأخذ حتى لا يؤدي إلى إثبات أخذ آخر ووقت آخر)[٢] من غير ضرورة ، قلنا : وأمكن أن يجعل المدعي مدعياً ذلك الأخذ على المدعى عليه ؛ لأن فعل الإنسان ينتقل إلى غيره إذا كان بحكم الوكالة عن ذلك الغير ، وإذا صار المدعي مدعياً ذلك الأخذ يصير مدعياً المال على المدعى عليه بأخذ وجد من وكيله ، قلنا : ودعوى (المال على)[٣] المدعى عليه بفعل وجد من الغير باطل ؛ لأن الإنسان لا يصير متعدياً بفعل غيره ، أما في المسألة الأولى : لا يمكن أن يجعل المدعي مدعياً على المدعى عليه ذلك الأخذ الذي كان من فلان الآخر ؛ لأن فعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بحكم الوكالة عن ذلك (الغير ، ولا وكالة)[٤] في المسألة الأولى ، فكان مدعياً عليه أخذاً آخر بطريق الأصالة ، ودعوى المال على غيره بسبب الأخذ منه بطريق الأصالة دعوى صحيحة ، فهذا هو الفرق المنقول عن المشايخ ، وأنه مشكل عندي .

قالوا : والمراد من مسألة الوكيل أن لا يكون الموكل ، وهو المدعى عليه ذا سلطان ، أما إن كان ذا سلطان كان الضمان فيه على الموكل ، وهو المدعى عليه على

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ك) .

ما مر قبل هذا ، فيستقيم دعوى الضمان عليه بأخذ وكيله على ما مر قبل هذا ، والمراد من الوكالة المذكورة فيه الأمر لا حقيقة الوكالة[١] .

وإذا ادعى على رجل عيناً في يده ملكاً مطلقاً ، وأقام البينة ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : هذا العين ملكي ، وقد كنت أيها المدعي اشتريت هذا العين مني ، ثم أقلنا البيع ، واليوم هذا العين ملكي[٢] ، فأقام على ذلك بينة ، فهذا ليس بدفع ؛ لأن المدعي ادعى الملك المطلق لنفسه ، (وصاحب اليد يقوله ابتداء : هذا العين ملكي ، وقد كنت اشتريته مني ، ادعى الملك المطلق لنفسه أيضاً ، وبقوله : « أقلنا البيع » ادعى عود الملك إلى نفسه وذلك الملك المطلق ، ففي الحاصل كل واحد منهما يدعي الملك المطلق لنفسه)[٣] ، وفي مثل هذه البينة بينة الخارج .

وقد قيل : ينبغي أن تقبل بينة صاحب اليد على قول من يقول بأن البينة مع الإقرار إذا اجتمعا فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة .

ووجهه : أن صاحب اليد لما قال للمدعي : قد كنت اشتريت هذا العين مني ، فقد أقر بالملك للمدعي ، وبطلت بينة المدعي ، فعند ذلك صاحب اليد بدعوى الإقالة يدعي الانتقال إلى نفسه ، ويقيم عليه البينة ، ولم يبق للمدعي بينة ، فتقبل بينة صاحب اليد ضرورة ، ولأن صاحب اليد لما ادعى البيع من المدعي والإقالة ، وأثبت ذلك بالبينة ، فقد ثبت إقرار المدعي أن الملك لصاحب اليد ، في رواية وإقراره أنه لا ملك له قبل البيع باتفاق الروايات ، ومع إقرار المدعي أن لا ملك له قبل البيع كيف يقضى له بالملك المطلق .

رجل ادعى على رجل آخر مائة مَنٍّ مِنْ دهن السمسم بسبب صحيح ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنه مبطل في هذه الدعوى ؛ لأني قد كنت أعطيته

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٧ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٧ و ٥٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

عوض هذا الدهن ديناراً من الذهب الأحمر (الجيد ، البخاري الضرب ، فهذا ليس بدفع ما لم يقل سبب وجوب الدهن)[١] ؛ لجواز أن الدهن قد وجب بسبب السَّلَم ، فإذا أخذ عوضه ديناراً فقد استبدل بالسلم فيه ، والاستبدال بالسلم فيه قبل القبض لا يجوز ، فيبقى الدهن في ذمته على حاله ، فلا يصح الدفع[٢] .

وإن كان الدهن مبيعاً بأن اشترى مقداراً معيناً من الدهن[٣] ، فإذا أعطاه عوض ذلك من الذهب ، وهو قائم بعينه كان بائعاً المبيع قبل القبض ، وأنه لا يجوز ؛ فلا يصح الدفع أيضاً ، فلهذا شرطنا بيان السبب .

وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها على أنه متى لم تصل إليها نفقتها في وقت كذا ، فهي تطلق نفسها متى شاءت ، ثم إن المرأة أرادت أن تطلق نفسها بعد مضي ذلك الوقت ، ووقع الاختلاف بينها وبين زوجها في وصول النفقة ، وعدم وصولها في ذلك الوقت ، فقالت المرأة في دفع دعواه : إنه أقر أنه لم يدفع إليها نفقتها ، فهذا لا يكون دفعاً لجواز أنه دفع إليها وكيله ، حتى لو قالت المرأة : إنه أقر أنه لم يصل إليها نفقتها ، وأقامت على ذلك بينة كان ذلك دفعاً صحيحاً[٤] ، وقد قيل : هو دفع في الوجهين ؛ لأن دفع الوكيل كدفعه ، ألا ترى أن من حلف ليعطين فلاناً حق ، فأمر غيره حتى أعطاه بر في يمينه][٥] .

ادعى على آخر أنه لكز أبي ، ومات من لكزه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الضارب [على ذلك][٦] بينة أن أباه قد صح من لكزه ، وبرأ من ضربه ، فقد قيل : هذا دفع لدعوى المدعي ، [وقيل أيضاً : يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) في (ك) : الذهب .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٨ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين غير موجود من (ك) و (هـ) .

إن كان المدعي ادعى أنه لكزه ومات من تلك اللكزة ، وشهود شهدوا كذلك ، فهذا دفع لدعوى المدعي][1] (وإن كان ادعى أنه لكزه ومات من لكزه ، فهذا لا يكون دفعاً لدعوى المدعي)[2] ، ويقضى عليه بالضمان ، وهذا من باب العمل بالبينتين[3] ، يجعل كأنه لكزه وبرأ من لكزه ، ثم لكزه ثانياً ، ومات منه ، هو نظير ما قال محمد رحمه الله في كتاب الغصب : إذا أقام الغاصب بينة أنه رد الدابة المغصوبة على المالك ، وأقام المالك بينة أنها ماتت من ركوب الغاصب ، فالقاضي يقضي على الغاصب بالضمان ، وكان ذلك من باب العمل بالبينتين بأن يجعل كأن الغاصب ردها على المالك ، ثم ركبها ثانياً ، كذا في مسألتنا .

في « فتاوى النسفي » رحمه الله سئل عمن ادعى على آخر أني رهنت منك كذا عيناً سماه[4] ، ووصفه بكذا ، وطلب منه إحضار الرهن ليقضي ما له عليه من الدين ، ويرد الرهن عليه ، والمدعى عليه ينكر الرهن والارتهان ، فجاء المدعي بشاهدين على الرهن ، وجاء المدعى عليه بشاهدين شهدا أن المدعى عليه اشترى هذا العين من هذا المدعي بكذا ، ونقده الثمن ، وقبض المشتري بتسليمه ، فهذا دفع لدعوى المدعي ، ويقضي ببينة صاحب اليد ؛ لأن بينته أكثر إثباتاً ؛ لأن الشراء آكد من الرهن[5] .

[رجل أخذ دابة من يدي رجل وهلكت في يده ، فجاء الذي كانت الدابة في يده إلى القاضي ، وادعى على آخذ الدابة من يده أنه أخذ دابتي بغير حق ، وهلكت في يده ، وأقام الآخذ بينة أني أخذتها بحق لما أن الدابة ملكي ، وكانت في يد صاحب اليد بغير حق ، فهذا دفع صحيح ، وهذا لأن الدعوى من صاحب اليد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) : بالبينة .

(٤) في (م) : مسماة .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

في (الحال مثل)[١] دعوى ضمان الدابة ، وبينة الآخذ على الوجه الذي بينا صلحت دافعة له .

ولو كانت الدابة قائمة في يد الآخذ ، فادعى الذي كانت في يده على نحو ما بينا ، وأقام الآخذ بينة أنه أخذه لأنه ملكها ، قبلت بينته ؛ لأن الآخذ وإن كان ذو اليد في الحال ولكن ثبت بتصادقهما أنها كانت في يد الآخر ، وثبت بذلك أن صاحب اليد في الحقيقة الآخر دون الآخذ ، فلهذا تقبل بينة الآخذ على الملك له في الدابة[٢] .

امرأة ادعت على زوجها أنها محرمة عليه بالطلقات الثلاث ، وأقامت على ذلك بينة ، فقال الزوج في دفع دعواها : إنها أقرت أنها اعتدت بعد طلقاتها الثلاث ، وتزوجت بزوج آخر ، ودخل بها زوجها الثاني ثم طلقها ، وانقضت عدتها ، ثم تزوجته وهي حلال له اليوم ، وهل يصح هذا دفعاً ؟ كان شيخ الإسلام السُّغْدي يقول : لا يصح هذا الدفع ؛ لأن أكثر ما فيه أنه ثبت ببينة الزوج إقرارها بالحل ، وتناقضها في دعوى الحرمة ، إلا أن الدعوى ليست بشرط لسماع البينة على طلاق المرأة وحرمتها ، والصحيح : أن دعوى الدفع على هذا الوجه صحيح[٣] .

وفي « نوادر» إبراهيم عن محمد : رجل ادعى داراً أو متاعاً في يدي رجل ، وأقام بينة عند القاضي بذلك ، وقضى القاضي له بما ادعى فلم يقبضه المدعي حتى أقام المدعى عليه بينة أن هذا المدعي أقر أنه لا حق لي في العين المدعى به ، قال : إن شهدت شهوده على إقرار المدعي بذلك قبل قضاء القاضي بطل شهادة شهود المدعي ، وإن شهدت شهوده على إقرار المدعي بذلك بعد القضاء لا يبطل القضاء .

---

(١) في (هـ) : الحاصل .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

إذا شهد شهود المدعى عليه على إقرار المدعي أن شهوده فسقة ، أو على إقراره أنه استأجرهم على هذه الشهادة ، أو على إقراره أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه هذا الأمر ، وادعى المدعى عليه ذلك ، قبلت شهادتهم ، وبطلت شهادة شهود المدعي .

إذا أقر في غير مجلس القاضي أن هذا العين ملكه بسبب الشراء من فلان ، ثم ادعاه عند القاضي ملكاً مطلقاً ، فقال المدعى عليه للقاضي في دفع دعواه : إنه أقر مرة أن هذا العين ملكه بسبب الشراء من فلان ، فهذا دفع صحيح ، لو أثبت ذلك عن القاضي بالبينة تندفع دعوى المدعي[١] .

رجل ادعى عيناً في يدي إنسان عند قاض ملكاً بسبب ، ولم يمكنه إثباته ، فباع المدعى عليه ذلك العين من رجل وسلمه إلى المشتري ، ومضى على ذلك زمان ، ثم إن المدعي ادعى ذلك العين على المشتري عند ذلك القاضي ، أو عند قاضٍ آخر ملكاً مطلقاً ، فقال المشتري في دفع دعواه : إنه مبطل في هذه الدعوى لما أنه ادعى هذا العين على بائعي بسبب الشراء ، والآن يدعيه ملكاً مطلقاً ، فهذا دفع صحيح[٢]][٣] .

رجل[٤] ادعى عيناً في يد إنسان ملكاً مطلقاً ، وادعى المدعى عليه في دفع دعواه أنه كان ادعى هذا العين قبل هذا بسبب ، فقال المدعي : أنا أدعيه الآن بذلك السبب أيضاً ، وترك دعوة الملك المطلق ، سمع دعواه ثانياً بالسبب أيضاً ، وبطل دفع المدعى عليه[٥] .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٩ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٩ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) غير موجود في (ك) و (هـ) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٩ نقلاً عن « الفصول العمادية » .

ادعى عبداً في يدي رجل ، وأثبت دعواه بالبينة ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنك قد بعت هذا العبد من فلان الغائب ، وأقام على ذلك بينة ، فعلى ما عليه إشارات « الجامع » و« الزيادات » لا تقبل هذه البينة من المدعى عليه ، ولا تندفع دعوى المدعي ، وقد ذكر الناطفي في « أجناسه » أن القاضي يقبل هذه البينة ويدفع دعوى المدعي .

والوجه لما ذكره الناطفي : أن دعوى المدعى عليه بيع المدعى من فلان ، وكل بائع مقر بالملك للمشتري منه بمنزلة دعواه إقرار المدعي بأن هذا العين ملك لفلان .

ولو ادعى إقرار المدعي أن هذا العين ملك لفلان ، وأقام على ذلك بينة ، يسمع ذلك منه ، وتندفع خصومة المدعي عنه ، كذا ههنا .

وعلى هذا القياس إذا ادعى ديناً على ميت بحضرة وارثه ، وأنكر الوارث التركة ، فعيَّن المدعى عليه عيناً من الأعيان ، وقال : هذا من تركته ، فقال الوارث : إن الميت قد كان باع هذا العين في حياته من فلان ، كان[1] دفعاً صحيحاً ، حتى لو أقام البينة على ذلك تندفع دعوى المدعي .

حُكي عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفي أنه قال : عرض عليَّ محضر فيه دعوى رجل على رجل أرضاً أنها ملكه وحقه ، وأن مُوَرِّث المدعى عليه أحدث يده عليها بغير حق إلى أن مات ، وفي يد وارثه هذا بغير حق أيضاً ، فواجب قصر يده عنها وتسليمها إلى هذا المدعي ، وأقام على ذلك بينة بعد إنكار المدعى عليه دعواه ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إن مورثنا فلان كان اشترى هذا المحدود من مورث هذا المدعي بيعاً باتاً وتقابضا ، وكان في يده بحق إلى أن توفي ، ثم صار ميراثاً لي عنه[2] بحق ، فقال المدعي في دفع هذا الدفع : إن مورث المدعى

(١) في (م) و (ب) : فهذا ، وسقط من (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : عينه .

عليه كان أقر أن البيع الذي جرى بيننا كان بيع وفاء ، فإذا رد علي الثمن كان علي الأرض ، وأقام بينة على ذلك ، هل يصح دفع الدفع على هذا الوجه ؟

وقد كان أجاب قاضي القضاة عماد الدين علي بن عبد الوهاب[١] ، والشيخ الإمام الزاهد علاء الدين عمر بن عثمان[٢] : أنه صحيح .

وأنا أجيب أنه غير صحيح ؛ لأنه ادعى أولاً أنه كان في يديه بغير حق ، [والآن إذا[٣] أقر أنه في يديه ببيع الوفاء ، فقد أقر أنه في يده بحق][٤] ، وأنا أقول : يجب أن يصح دعوى الدفع على قول من يقول بأن لبيع[٥] الوفاء حكم الرهن ؛ لأنه إقرار ببعض ما أنكر له أولاً ، وهو كون الأرض في يده بغير حق ، وهذا لأنه لما كان لهذا [البيع][٦] حكم الرهن كان البيع على ملك المدعي ، إلا أن للمدعى عليه حق الحبس ، فقد ادعى المدعي أولاً أن الملك للمدعي وفي يد المدعى عليه بغير حق ، وإذا أقر بعد ذلك البيع بيع الوفاء فقد ادعى أن الملك له ، وادعى أن يد المدعى عليه بحق ، فهو معنى قولنا : إن أقر له ببعض ما أنكره له أولاً ، إلا أن بعدما أقر ببيع الوفاء لا يمكنه مطالبة المدعى عليه بتسليم الأرض ، ولا يقبل بينته على تسليم الأرض ، وإنما تقبل بينته على ملكية[٧] الأرض .

وعلى قول عامة المشايخ إن لم يكن الوفاء مشروطاً في البيع ، فالبيع صحيح ، ولا يكون هذا دفعاً ، وإن كان الوفاء مشروطاً في البيع كان البيع فاسداً ، فإن ادعى فسخ العقد يصح الدفع ، وما لا فلا[٨] .

---

(١) لم أعثر له على ترجمة فيما لدي من المصادر .

(٢) لم أعثر له على ترجمة فيما لدي من المصادر .

(٣) زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (م) و (ك) : البيع .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٧) في (ب) : ملكيته .

(٨) « الفتاوى الهندية » ٦ : ٢٢٢ و ٢٢٣ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

ذكر شيخ الإسلام في « شرح[١] الجامع » في باب من القضاء : ادعى على آخر داراً في يديه ، فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي أن الدار ليست ملكاً لي ، أو ما كانت لي ، اندفعت بينة المدعي .

[ادعى عيناً في يدي إنسان أنه ملكي ، وقد أقر صاحب اليد بذلك لي ، فأقام المدعى عليه[٢] البينة أن المدعي[٣] استوهب هذا العين مني ، يكون ذلك دفعاً لدعوى المدعي[٤] ؛ لأن الاستيهاب إقرار أنه ليس ملك المستوهب باتفاق الروايات ، وهل يكون إقراراً بملك الواهب ؟ على رواية « الجامع » يكون إقراراً ، وعلى رواية « الزيادات » لا يكون إقراراً ، وصار تقدير هذه المسألة كأن المدعى عليه[٥] أقام بينة على إقرار المدعي أنه لا ملك له في هذا العين على [الروايات كلها ، أو على إقراره أن هذا العين ملك الواهب على][٦] رواية « الجامع » .

وكذلك على هذا إذا أقام المدعى عليه بينة على أن المدعي استاومه منه ، أو قال بالفارسية : خريده خواست اين عين رأ أزمن[٧] ، فهذا دفع لدعوى المدعي ، فالإقدام على الاستيوام على الشراء إقرار أنه لا ملك له[٨] فيه باتفاق الروايات ، وهل يكون إقراراً بالملك للبائع ؟ فعلى الروايتين أيضاً ، وكذلك الإقدام على الإجارة ، وعلى المزارعة على هذا .

وفي كتاب القسمة من « المنتقى » قال هشام[٩] : سألت محمداً عن رجل تزوج امرأة ، ثم ادعى أنه اشتراها ممن يملكها ، قال : لا أقبل بينته على ذلك حتى

(١) زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ك) : المدعي .

(٣) في (ك) : أنه .

(٤) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٩ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) في (ك) : المدعي .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) أي أراد أن يشتري مني هذا العين ، كما يستفاد من « المعجم الذهبي » لمحمد ألتونجي .

(٨) في (ك) : للعين .

(٩) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٩ و ٧٠ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

يشهدوا أنه اشتراها من فلان ، [وهو يملكها][(١)] بعد التزوج[(٢)] ، وكذلك إن ساوم بدار في يدي رجل ، ثم ادعى أنه اشتراها من فلان ، وفلان يملكها ، لم أقبل ذلك منه ، حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان بعد هذا وهي له ، وأقر الذي في يديه الدار أنه وكيل البائع ، والاستشراء[(٣)] من غير المدعى عليه في كونه إقراراً أنه لا ملك للمدعي في المدعى نظير الاستشراء من المدعى عليه حتى[(٤)] أن من ادعى عيناً في يدي إنسان أنه ملكه ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إن هذا المدعي مبطل في دعواه كون هذا العين ملكاً له لما أنه استشرى هذا العين من فلان ، وهذا منه إقرار أنه لا ملك له في المدعى ، فهذا دفع[(٥)] .

وإذا ادعى نخلاً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إنه استشرى ثمر هذا النخل ، فهذا ليس بدفع[(٦)] ، إذ ليس من ضرورة أن لا يكون ثمر النخيل لإنسان أن لا تكون النخيل له ، وقد مر هذا فيما تقدم][(٧)] .

ادعى محدوداً في يدي رجل وبيَّن حدودها ، فقال المدعى عليه : أين محدود كه مدعي دعوى كردبا أين حدود ملك من أست وحق من أست[(٨)] ، فأعاد المدعي دعواه ثانياً في مجلس آخر بعين تلك الحدود ، فقال المدعى عليه : در حدود خطا كرده واين حدودكه دردست من أست به اين حدود يست كه تودعوى كرده[(٩)] ، فأعاد المدعي دعواه ثالثاً في مجلس آخر ، فقال المدعى عليه : اين محدود

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ك) : الزوج .

(٣) في (ك) : في الاستشراء .

(٤) في (ك) : معنى .

(٥) في (ك) : فهذا دفع دفع .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٠ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٨) أي هذا المحدود الذي يدعيه بهذه الحدود ملكي وحقي . كما أفادنيه أحد الإخوة الفارسيين .

(٩) أي أخطأ في الحدود وهذا المحدود الذي في يدي ليس محدوداً بتلك الحدود التي ادعاها . كما ترجم لي أحد الإخوة الفارسيين .

كه تودعوي كرده تويفلان فروخته يؤدينيس أنانكه دعوى كردي ، ومن أز فلان خريده أم[١] ، هل يكون هذا دفعاً لدعوى المدعي ؟ فقيل : لا ، وينقض كلامه الثالث بالكلام الثاني ، واعتبر كلامه الثاني لنقض كلامه الثالث ، وإن لم يعتبر في حق دفع دعوى الملك[٢] .

إذا ادعت المهر المسمى على ورثة زوجها ، وأقامت على ذلك بينة ، فقالت الورثة في دفع دعواها : إنك كنت أقررت أن النكاح كان بغير تسمية ، وأن الواجب مهر المثل ، والآن تدعي المسمى وبينهما تناقض ، فقد قيل : هذا دفع ، وقد قيل : إنه ليس بدفع ، وهو الأصح[٣] ، إذ يجوز أن لا يكون في النكاح تسمية ، ثم يسمي لها مهراً ، أو يكون ذلك تقدير مهر مثلها .

ادعى المديون القضاء وأنكر [رب][٤] الدين ذلك وحلف ، ثم إن المديون صالح رب الدين من ذلك على شيء ، ثم أقام البينة أنه كان قضاه الدين ، هل يسمع بينته ؟ اختلف المشايخ فيه ، وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على القبول ، وصورتها[٥] :

استعار من آخر دابة ، وهلكت الدابة تحت المستعير ، وأنكر رب الدابة الإعارة ، وصالحه المستعير على مال ، جاز ، فإن أقام المستعير بعد ذلك بعد ذلك بينة على العارية ، وقال : إنها نفقت ، قبلت بينته ، ويبطل الصلح ، وإن أراد استحلاف المعير على ذلك فله ذلك[٦] .

---

(١) أي ذلك المحدود الذي تدعيه كنت أنت بعته لفلان قبل أن تدعي وأنا اشتريته من ذاك الرجل . كما أفادنيه أحد الإخوة الفارسيين .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٠ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٥ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) يوجد سقط في (ك) ويستمر إلى الفصل الثامن والعشرين .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦٠ و « حاشية ابن عابدين » ١٢ : ٣٠٧ .

وفي « المنتقى » : رجل ادعى على رجل ألف درهم ، فقال المدعى عليه : ما كانت لك عليَّ ألف درهم قط ، وقد ادعيت هذه الألف أمس فدفعتها إليك ، فقال المدعي : ما قبضت منك شيئاً ، وإن لي عليك ألف درهم ، فصالحه من دعواه على خمسمائة درهم ، ثم إن المدعى عليه جاء ببينة ، فشهدت أنهم رأوا المدعى عليه دفع إلى المدعى عليه أمس ألف درهم ، لم ألتفت إلى هذه الشهادة ؛ لأن هذا إنما افتدى يمينه بها ، ولو أن المدعى عليه قال للمدعي : صدقت ، قد كانت لك عليَّ ألف درهم ، ولكن قد قضيتها[١] أمس ، فقال المدعي : ما قضيتني شيئاً ، فدفع الألف إليه وصالحه على خمسمائة ، ثم شهدت الشهود للمدعى عليه أنه دفع [إليه][٢] الألف بالأمس ، كان له أن يرجع عليه بما أعطاه ، والصلح باطل[٣] .

وفي « المنتقى » قال هشام : سمعت محمداً يقول في رجل ادعى على رجل مالاً ، وجحده المدعى عليه وأعطاه إياه ، أو صالحه من دعواه ، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعي [قال قبل القضاء أو قبل الصلح : ليس لي قبل فلان شيء ، فالقضاء والصلح ماضيان ، وإن أقام بينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء أبطلت الصلح والقضاء ، ولو كان القاضي قد قضى عليه بالمال ببينته ، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعي][٤] أقر قبل أن يقضي له القاضي أنه ليس عليه شيء ، أبطلت المال عنه .

رجل ادعى داراً في يدي رجل ، فصالحه المدعى عليه على ألف على أن يسلمها للمدعى عليه ، ثم إن المدعى عليه أراد أن يقيم بينة أنها له ليرجع في الألف ، فليس له ذلك .

---

(١) في (هـ) : قبضتكها .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦١ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وكذلك إذا أقام بينة أنها كانت لفلان اشتراها منه ، أو كانت لأبيه فلان مات أبوه وتركها ميراثاً له ، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف ، وعلَّل فقال : لأنه كان القول فيها قوله ، فإنما افتدى يمينه بما بذل ، فلا يستطيع أن يرجع فيه ، ولو أقام بينة أنه كان اشتراها من المدعي قبل الصلح قبلت ببنته ، وبطل الصلح ، ولو لم يقم بينة على الشراء ، فإنما أقام بينة على صلح صالحه قبل هذا الباب ، أمضيت الصلح الأول وأبطلت الثاني .

وفي « المنتقى » : ادعى داراً في يدي رجل إرثاً عن أبيه ، ثم اصطلحا على شيء ، ثم إن المدعى عليه أقام بينة أنه كان اشترى الدار من أبي هذا المدعي حال حياته ، أو أقام بينة أنه كان اشتراها من فلان ، وفلان كان اشتراها من أبي هذا المدعي ، لا تقبل بينته ؛ لأنه لو ظهر ذلك يبطل الصلح[١] .

وإذا ادعى على آخر مالاً معلوماً ، فادعى المدعى عليه الصلح أنه كان الصلح على جنس الحق ، لا حاجة إلى ذكر قبض بدل الصلح ، وإن كان الصلح على خلاف جنس الحق لا بد من ذكر قبض بدل الصلح ، ومن ذكر قبضه في مجلس الصلح ، وهل يشترط بيان بدل الصلح ؟ بعض[٢] المتأخرين قالوا : يشترط ، وبعضهم قالوا : لا يشترط ، وذكر القبض يغني عن بيانه .

[ادعى داراً في يدي رجل ، فادعى المدعى عليه الصلح ، ولم يُقِم له على ذلك بينة ، وقضى القاضي بالدار للمدعي ، وباعها المدعي من رجل ، ثم إن المدعى عليه الدار أراد أن يحلف المدعي بالله : ما صالحتني عن دعواك في الدار قبل قضاء القاضي بالدار لك ، وله ذلك ، فإذا حلفه ونكل عن اليمين كان للمدعى عليه الخيار ، إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن وإن شاء ضمنه[٣] .

---

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٢٧٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٢) في (ب) : أن بعض .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٢٧٨ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

ادعى على رجل داراً في يده ، وصالحه المدعى عليه على دراهم مسماة يدفعها المدعى عليه إلى المدعي ، ودفع ، ثم إن المدعى عليه أقام بينة على أن المدعي قال بعد الصلح : جكونه اوردم كه جندين مال بباطل ازوي بستدم[١] ، تسمع بينته ، ويبطل الصلح ، وكان له أن يسترد من المدعي ما دفعه إليه ، وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا ينبغي أن لا تسمع بينته ؛ لأنه افتدى بيمينه بما بذل ، فلا يكون له أن يرجع فيه .

وفي « المنتقى » : ادعى ثوباً في يدي رجل ، فصالح المدعى عليه المدعي على عشرة دراهم يدفعها إلى المدعي ، ودفع ، ثم إن المدعى عليه أقام بينة على إقرار المدعي أنه لا حق له في هذا الثوب ، إن شهدوا على إقراره قبل الصلح ، فالشهادة باطلة والصلح جائز ؛ لأن المدعى عليه قد صالح ، وهو ينكر ، فإنما افتدى بيمينه بما بذل ، وكذلك لو كان المدعي عليه حلف المدعى عليه فنكل ، وقضى القاضي عليه بنكوله بالثوب للمدعي ، ثم جاء المدعى عليه ببينة يشهدون على إقرار المدعي قبل القضاء أنه لا حق له في الثوب ، لا يلتفت إلى شهادتهم ، وإن أقام المدعى عليه بينة على إقراره بعد الصلح أنه لم يكن له في الثوب حق ، أبطلت الصلح .

ادعى على ميت ديناً في تركته بحضرة أحد ورثته ، و أثبت الدين بالبينة ، فجاء وارث آخر غير الذي قامت عليه البينة ، وصالح مع المدعي على بعض ما ادعاه ، ثم إن هذا المصالح أقام بينة على المدعي أن المورث قد أوفاك هذا المال ، وكنت مبطلاً في هذه الدعوى ، لا تسمع بينته ، ولو أقام غير المصالح من ورثة الميت بينة أن على أن المورث قد كان أوفاك هذا الدين ، تسمع .

ادعى نكاح امرأة ، وأقام بينة على دعواه ، فأقامت هي بينة على وجه الدفع أنه قد خالعها ، فهذا دفع إذا لم يؤقتا ، أو وقَّت أحدهما دون الآخر ، وإن وقَّتا وتاريخ الخلع سابق فهذا ليس بدفع ، وبينة المرأة مردودة[٢] .

---

(١) أي قدرت على أن آخذ منه مقداراً من المال بالباطل . كما أفادنيه أحد الإخوة الفارسين .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٥٨ نقلاً عن « فتاوى قاضي خان » .

أمة في يدي رجل ادعاها رجل ، وقال : إنها أمتي وقد اغتصبها ذو اليد مني ، وأقام ذو اليد بينة أنها كانت أمة فلان ، وقد أعتقها فلان منذ عشرين سنة ، وأنا تزوجتها ، فهذا دفع .

وإذا ادعى نكاح امرأة وهي تدعي إقرار المدعي بحرمتها ، فهذا دفع ، وكذلك إذا ادعت هي النكاح ، وادعى هو الخلع ، فهذا دفع .

وإذا ادعى نكاح امرأة ، وادعت أنها منكوحة فلان الغائب ، فهذا ليس بدفع ، فرض القاضي على الزوج النفقة فطلبتها ، وادعى علي وجه دفع الفرض أنها محرمة علي في هذه الحالة ، فهذا ليس بدفع ، ولا يبطل فرض القاضي ؛ لأنه ليس من ضرورة كونها محرمة أن لا يكون لها عليه النفقة ، فإنها لو كانت في عدتها فهي محرمة ، ولها عليه النفقة ، ونفقة النكاح ونفقة العدة سواء ، فهذا لا يصلح دفعاً .

ولو كان ادعى الخلع على المهر ونفقة العدة فهذا دفع .

ادعى على زيد مثلاً بحضرته أني استأجرت من صالح محدود كذا إجارة طويلة مرسومة بكذا ، وقبضت المحدود ، ثم أجرته مقاطعة من زيد هذا الذي أحضرته بكذا وكذا ، وبيَّن جميع الشرائط في العقدين جميعاً ، ثم قال : ومضت مدة المقاطعة ، وصار مال المقاطعة ديناً على زيد هذا وذلك كذا ، فقال زيد في دفع دعواه : إني اشتريت هذا المحدود من صالح صاحب المحدود بكذا في يوم كذا ، ونقد البيع في أيام الفسخ ، وذلك كذا ، وسقط مال المقاطعة عني من وقت كذا ، وذلك كذا ، وهذا المدعي مبطل في دعواه جميع مال المقاطعة عليّ ، وأقام بينة على ما ادعاه ، وكان جميع ذلك بغيبة صالح صاحب المحدود ، هل تسمع هذه البينة ؟ وهل تندفع دعوى المدعي ؟ فقد اختلف مشايخ زماننا فيه ، والأظهر أنه تسمع البينة ، ويندفع دعوى المدعي][1] .

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ادعى على آخر أنه كسر ثنيته العليا، فقال المدعى عليه بطريق الدفع : إنه لم يكن له هذا السن أصلاً ، وأقام على ذلك بينة ، فهذا ليس بدفع ، وهذه البينة مردودة ؛ لأنها قامت على النفي . انتهى[١]

وقعت في زماننا أن رجلاً ادعى على رجل أن لفلان بن فلان عندك كذا وكذا ، وأنه صبي ، وجعل القاضي فلان بن فلان وصياً لهذا الصبي ، وهذا الصبي في ولاية هذا القاضي ، ثم إن فلان بن فلان وكلني بقبض مال الصغير هذا منك وذلك كذا وكذا ، وقضى القاضي بوكالة المدعى بشرائطه[٢] ، وقبض المدعي المال ، ثم إن هذا المدعى عليه بعد ذلك يوماً ادعى على هذا الوكيل أن هذا الصبي فلان بن فلان قد أدرك ووكلني بقبض ماله منك أيها الوكيل عن الوصي ، فقال الوكيل عن الوصي : بعثت المال إلى الصبي[٣] ، هل يصدق ؟ فقد قيل : لا يصدق ، أصله الوكيل بالبيع إذا قال بعدما عزله الموكل بعته أمس ، الوكيل ويقبض المال إذا ثبت وكالته بالبينة ، وقضى القاضي بوكالته ، ثم إن المطلوب ادعى أن الطالب قد مات قبل دعواه ، وليس له حق القبض ، فهذا دفع لو أقام البينة عليه تندفع دعوى المدعي .

حانوت[٤] استحق من يد رجل بالبينة ، ورجع المستحق عليه على بائعه بالبينة ، فأقام بائعه بينة بحضرته وبحضرة المستحق أن المستحق أقر أن هذا الحانوت كان ملك أبي مات وتركه ميراثاً لي لا وارث له غيري ، وأن أبي قال في حياته وصحته : جميع هذا الحانوت ملكي بسبب صحيح ، و أنه في يدي بحكم الإجارة لا ملك لي فيه ، وقد كنت صدقته في هذا الإقرار ، ثم بعته بعد ذلك من المستحق عليه ، هذا وإن قضاء القاضي للمستحق وقع باطلاً ، فهذا دفع صحيح .

---

(١) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ب) .

(٢) في (ب) : بشرائط .

(٣) في (هـ) : الوصي .

(٤) الحانوت : محل التجارة . كما في « المعجم الوسيط » ١ : ٢٢٣ .

ولو أن البائع لم يقل هذا ، وإنما قال : إن المستحق قد كان قال قبل دعوى[١] الحانوت التي في يد فلان ملك فلان بن فلان ، والآن يدعي الحانوت لنفسه ، وهذا تناقض ، فهذا دفع لدعوى المدعي[٢] .

إذا ادعى أرضاً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه في دفع دعواه : إن المدعي مبطل في هذه الدعوى لما أنه طلب مني أن أدفع هذه الأرض مزارعة إليه[٣] ، أو قال : طلب مني أن أؤجر هذه الأرض منه ، فهذا دفع لدعوى المدعي .

دلال ولا ذكر كرد مردي راتاحانه بجريد أو مردي بازاهر بن دلال يمين خانه دعوى منكند برهمين مشتري بملكي مشتري دفع ميكوبدكه بن خانه راد لالي كرده مرايا فلان خريدم[٤] ، هل يكون هذا دفعاً ؟ قال : ينظر ، إن كان الدلال قال للمشتري : اشتراه ، فإنه ملك هذا البائع ، فهذا دفع ، وإن لم يقل فإنه ملك هذا البائع ، فهذا لا يكون دفعاً .

ادعى داراً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : اشتريتها من فلان ، وأنت أجزت [هذا][٥] البيع ، فهذا لا يكون إقراراً بالملك للمدعى عليه ، ولا يكون دفعاً لدعوى المدعي[٦] .

قال في « الأقضية » : رجل ادعى داراً في يدي رجل ، وأقر ذو اليد أنها كانت للمدعي ، ثم قال بعد ذلك : أودعنيها ، إن أقام البينة على أن فلاناً الإيداع ، اندفعت عنه الخصومة سواء بدأ بالإقرار للمدعي ، ثم ثنى بالإيداع أو على القلب ؛ لأن أكثر ما في الباب أنه أقر بابتداء كلامه يكون الدار ملكاً للمدعي ، إلا أن

---

(١) في (ك) و (هـ) و (ب) : دعواي .

(٢) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦١ نقلاً عن « ذخيرة الفتاوى » للمؤلف رحمه الله .

(٣) في (هـ) : إليه مزارعة .

(٤) سمسر لرجل ليشتري له داراً من آخر ثم ادعى السمسار الملك في هذه الدار فدفع المشتري دعواه بأنك كنت سمساري لأشتري هذه الدار من فلان . كما ترجم لي أحد الإخوة الفارسيين .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٧ و ٤٨ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

كونها ملكاً للمدعي لا ينافي كون يد صاحب اليد يد أمانة ، لجواز أن المقر له أجرها من الغائب ، أو أعارها ، ثم إن الغائب أودعها عنده ، وإذا ثبت أن كونه ملك المدعي لا ينافي كون يده يد أمانة ، تقبل بينته[١] .

وإن لم يكن له بينة إن بدأ بالإقرار للمدعي وثنى بالإيداع يؤمر بالتسليم إلى المدعي ، بعد ذلك إن حضر الغائب وصدقه ، لا ينزع الدار من يد المدعي ؛ لأن حقه كان أسبق ، لكن يقال للمقر له : أقم البينة على أن الدار كله لك ، وإن بدأ بالإيداع وثنى بالإقرار ، يؤمر بتسليم الدار إلى المدعي ؛ لأنه ثبت حق المدعي ، وحق الغائب موهوم ؛ لأنه قد صدق المدعي ، وعسى يكذبه الغائب على تقدير التكذيب لا يثبت حق الغائب .

ولو لم يقم البينة على الإيداع ، ولكن علم القاضي أن الغائب أودعها إياه ، لم يجعل بينهما خصومة ، وكذلك لو أقر المدعي بذلك .

ولو علم القاضي أنها[٢] للمدعي ، وأقام الذي في يديه البينة أن فلاناً الغائب أودعها ، لا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب .

ولو علم القاضي أن الغائب غصبها من المدعي وأودع ذا اليد ، فإنه يأخذها من ذي اليد ، ويسلم إلى المدعي .

وذكر في باب اليمين أن ذا اليد لو قال : أودعنيها الغائب ، ولم يكن له بينة يحلف ، إن حلف برأ ، وإن نكل لزمه .

ولو جاء المقر له الأول كان له أن يأخذ من المدعي ؛ لأن الإقرار له سابق ، ثم يقال للمقر له الثاني أو الناكل له : أنت على خصومتك مع المقر له الأول ، إن أقام البينة أخذه ، وإن لم يكن له بينة يحلف ، إن حلف برأ وإن نكل لزمه[٣] . انتهى[٤] .

---

(١) في (ب) : بيانه .

(٢) في (ب) : بها .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٤ : ٤٦ و ٤٧ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ب) .

بائع العبد إذا طلب الثمن من المشتري ، فقال المشتري : إنك مبطل في هذه الدعوى ؛ لأنك بعت الحر ، فإنك حلفت وقلت : إن اشتريت عبداً فهو حر ، ثم اشتريت هذا العبد بعد يمينك ، وعتق عليك وبعته مني ، فهذا دفع صحيح لو أثبته بالبينة .

وكذلك لو قال : حلفت وقلت كل عبد اشتريته فهو حر ، ثم اشتريت هذا العبد بعد اليمين حتى عتق عليك ، ثم بعته مني ، وكذلك لو أعتقت هذا العبد قبل أن تبيعه مني ، فهذا كله دفع صحيح .

ذكر الفصل الآخر في « الزيادات »[١] من غير ذكر خلاف ، وذكر الفصل الأخير في موضع [آخر عن][٢] أبي يوسف وعن أبي حنيفة أن بينة المشتري لا تقبل على البائع بذلك حتى لا يسترد المشتري الثمن من[٣] البائع[٤] ، ولكن يعتق العبد على المشتري لإقراره بذلك[٥] [والله أعلم][٦] .

❊ ❊ ❊

(١) في (ب) : الزيادة .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (هـ) : عن .

(٤) في (ب) : حتى لا يسترد الثمن عن البائع .

(٥) « شرح الزيادات » لقاضي خان ٤ : ١٢٩٢ ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ٦١ و ٦٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

الفصل الرابع والعشرون

في دعوى الوصية وجحود الوارث وإقراره بالوصية لغيره

وفي دعوى الدين وجحود الوارث ذلك ، وإقراره بالوصية لرجل آخر

قال محمد رحمه الله في « الجامع »[١] : رجل مات وترك ثلاثة أعبد ، قيمتهم على السواء ، لا مال له غيرهم ، وترك أبناء لا وارث له سواه ، فأقام رجل بينة أن الميت أوصى له بعبده هذا الذي يقال له سالم ، وأنكر الوارث ذلك وقال : لم يوص الميت لك بشيء إنما أوصى لهذا الرجل الآخر بعبده هذا الذي يقال له بُزْيَع ، وصدقه المقر له بذلك ، فالقاضي يقضي لصاحب البينة بسالم ، ولا يقضي للمقر له من بزيع شيئاً ؛ لأنه تعذر تنفيذ الوصيتين ؛ لأنهما يزيدان على الثلث ، ومحل تنفيذ الوصايا عند عدم إجازة الورثة الثلث ، وقد عدم إجازة الورثة ههنا فيما زاد على الثلث لما[٢] زعم الوارث أن الميت أوصى بزيع لا غير ، وتعذر تنفيذ كل وصيته بمقدار النصف حتى يكون تنفيذ الوصاية بقدر الثلث ؛ لأن وصيتة بزيع لم تثبت للميت في حق صاحب البينة ؛ لأن وصية بزيع تثبت بالإقرار ، والإقرار حجة قاصرة ، [فإذا تعذر القضاء بالوصيتين بكمالهما ، وتعذر القضاء بالشركة لا بد من القضاء بأحدهما ، وكان القضاء بما ثبت بالبينة ، والبينة حجة في حق الناس كافة أولى من القضاء بما ثبت بالإقرار ، وأنه حجة قاصرة][٣] .

فإن قيل : ينبغي أن يقضي للمقر له بجميع بزيع ؛ لأن بزيعاً في يد الوارث ، وقد أقر الوارث أن جميعه للمقر له .

قلنا : الوارث ما أقر ببزيع إقراراً مطلقاً ، إنما أقر به بجهة الوصية ، والوصية تنفذ من الثلث ، والقاضي لما قضى بسالم بحكم الوصية ؛ لأن القضاء يكون على وفق

(١) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥١ .

(٢) في (م) و (ب) : فيما .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

الدعوى ، وصاحب البينة ادعاه بحكم الوصية ، وإذا تعين سالم محلاً للوصية ، خرج بزيع من أن يكون محلاً لها ، فالإقرار من الوارث ببزيع حصل في غير محله ، فلم يصح .

توضيحه : أن الإقرار ببزيع لما حصل بجهة الوصية ومحل الوصايا الثلث كان الإقرار ببزيع من الوارث بشرط أن يسلم للوارث ضعف[١] بزيع ، وبعدما قضى القاضي بسالم ، لو قضى ببزيع بإقراره لا يسلم الوارث ضعفه ، فلا يكون تنفيذ إقراره كما أقر به .

فإن قيل: لِمَ لا يقضي للمقر له من بزيع بقدر ثلث ما بقي من التركة سوى سالم بحكم إقرار الوارث ؟

وبيان ذلك : أن في زعم الوارث أن صاحب البينة مبطل في دعواه ، وأنه أخذ سالماً بغير حق ، فصار سالم بمنزلة الهالك حكماً ، ولو هلك حقيقة ، وقال الوارث : إن الميت أوصى ببزيع ، ينفذ الوصية في بزيع بقدر ثلث ما بقي من التركة وهو ثلث العبدين ، فكذا ههنا .

والجواب عن هذا أن يقال : بأن القاضي لما قضى بوصية سالم ، فقد قضى بجميع ما ملك[٢] الموصي الإيصاء به ؛ (إلا أن)[٣] القاضي إنما يقضي بالوصية بقدر الثلث ، فإذا قضى بوصية سالم ، وسالم ثلث ماله ، فقد امتاز ما يملك الميت الإيصاء به ، ولم يبق في يد الوارث شيء مما يملك الميت الإيصاء به ، فجعل الابن مقراً له بالوصية بما لا يملك الميت الإيصاء به ، فوقع إقراره لغواً ، ثم إذا قضى القاضي بسالم لصاحب البينة لو اشترى الوارث سالماً ببزيع ، جاز الشراء وكان ينبغي أن لا يجوز ؛ لأن من زعم الوارث أن صاحب البينة أخذ سالماً بغير حق ، وأنه لم يصر ملكاً له ، بل بقي على حكم ملك الميت ، وصار ملكاً للمقر له ، فصار الوارث مشترياً ما هو يملكه بملك غيره أولى .

---

(١) في (م) و (ب) : وضعف .

(٢) في (هـ) : يملك .

(٣) ما بين قوسين جاء مكانه في (هـ) : لأن .

قلنا : في زعم الوارث أن سالماً صار ملكاً لصاحب البينة ظاهراً [عند محمد ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، فإن القضاء بالوصية بشهادة الزور روايتان عن أبي حنيفة ، في رواية ينفذ ظاهراً لا باطناً كما في الأملاك المرسلة ، وفي رواية ينفذ ظاهراً وباطناً ، وإذا صار سالم ملكاً لصاحب البينة ظاهراً ، أو ظاهراً][1] وباطناً ، بقي بزيع على ملك الوارث ظاهراً أو [ظاهراً و][2] وباطناً حتى لا تزداد الوصية على الثلث ، ولهذا لو باع الوارث بزيعاً من غيره يجوز ، وطريقه ما قلنا .

ولما كان هكذا كان في زعم الوارث أنه يشتري ما هو ملك غيره ظاهراً وباطناً ، أو ظاهراً لا باطناً ، ولو كان في زعم الوارث أن شراء سالم فاسد[3] ، ففي زعم بائعه أقر [أن][4] شراءه صحيح ، والحكم في مثل هذا مبني على زعم البائع ، كما لو اشترى عبداً أقر بحريته .

وكذلك لو كان الوارث اشترى سالماً بألف درهم ، كان الشراء جائز لما ذكرنا أنه اشترى ما هو مملوك لغيره ظاهراً أو[5] باطناً ، أو ظاهراً لا باطناً ، إلا أن تفاوت ما بين الفصلين أن في الفصل الأول يضمن الوارث قيمة بزيع للمقر له بزيع ، وفي الفصل الثاني يؤمر الوارث بتسليم بزيع إلى المقر له .

وهذا الجواب مستقيم على قول محمد ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة [رحمه الله][6] ؛ [لأن في زعم الوارث أن سالماً بقي على ملك الميت باطناً عند محمد ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة][7] ، وأنه وصل إليه بحكم الميراث لا بحكم الشراء ، [وأن

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (م) و (ب) : فاسداً .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (هـ) : « و » .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين تكرر في (م) و (ب) .

الشراء][1] منه كان تخليصاً للمغصوب ، فإذا وصل سالم إلى الوارث فقد وصل إليه بحكم الميراث ثلثا ملك الميت بزعمه ، فيجب تنفيذ وصية بزيع فيه ؛ لأن المانع من تنفيذ وصيته عدم سلامة ضعفه للوارث ، وقد زال هذا المانع لما سلم سالم للوارث بحكم الميراث ، غير أن في الفصل الأول عجز الوارث عن تنفيذ وصيته في عينه [ببيعه وتسليمه فينفذها في قيمته ، وفي الفصل الثاني قدر على تنفيذ وصيته في عينه ، فيسلم عينه][2] إلى المقر له .

رجل مات وترك عبداً قيمته ألف درهم لا مال له غيره ، فأقر[3] الوارث أن الميت أوصى بهذا العبد لفلان ، وأني أجزت وصيته بعد موته ، وأقام رجل بينة أن له على الميت ألف درهم ، وجحد الوارث دينه ، فإن القاضي يبيع العبد بالدين ويقضي الدين من ثمنه ؛ لأن الدين والوصية لو كانا ثابتين بالبينة كان الدين مقدماً على الوصية ، فإذا كان الدين ثابتاً بالبينة ، والوصية ثابتة بالإقرار ؛ لأن يقدم الدين كان أولى .

وإنما شرط محمد رحمه الله إجازة الوارث وصية الميت لكون الوصية حاصلة بجميع مال الميت ، فإذا باعه القاضي بدين ألف درهم ، وقضى دين الغريم من ثمنه ، ثم إن الوارث اشترى العبد ، أو رجع العبد إليه بهبة ، أو وصية ، أو ميراث ، فأراد المقر له أن يأخذه [من الوارث][4] بإقراره له بالوصية ، لا سبيل له عليه[5] .

فرق بين هذا وبين المسألة المتقدمة ، فإن في المسألة المتقدمة ، إذا قضى القاضي بسالم لصاحب البينة ، ثم وصل إلى الوارث سالم بشراء ، أو هبة ، أو وصية ، فإنه يؤمر الوارث بدفع بزيع إلى المقر له بالوصية .

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (م) : وأقر .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥١ و ١٥٢ .

والفرق : أن في مسألتنا القاضي يبيع العبد حول حق الموصى له من العبد إلى ثمنه ، وله هذه الولاية .

بيانه : أن للقاضي ولاية بيع الموصى به إذا كان منقولاً على الموصى له للحفظ عليه حال عجز الموصى له عن الحفظ بنفسه ، [وما أشبه ذلك لما عرف أن حفظ الدراهم أيسر من حفظ العين ، وههنا الموصى له عجز عن الحفظ بنفسه][1] ؛ لأن القاضي حال بينه وبين العبد بسبب دين الغريم ، فقد حصل بيع القاضي عن ولاية شرعية ، فنفذ ظاهراً وباطناً ، فظهر العبد عن الوصية ، وتحولت الوصية إلى بدل العبد ، ولهذا لو ظهر أن الشهود على الدين كانوا عبيداً يبطل قضاء القاضي ، ويدفع [ثمن العبد إلى الموصى له بخلاف الفصل الأول ، فإنه لو ظهر أن الشهود على الوصية بسالم كانوا عبيداً يبطل قضاء القضاء ويدفع][2] بزيع إلى المقر له ؛ لأنه لم يسلم له بالميراث ضعفه ، فإذا وصل إليه سالم فقد سلم له ضعفه ، فيلزمه [رده][3] إلى المقر له .

ولو أن الغريم مات بعدما قبض الثمن وورثه وارث الميت الأول ، فإن ورثه تلك الألف بعينها ، فللمقر له أن يأخذها ، وإن ورث مالاً آخر غير تلك الألف يباع منه بقدر ألف درهم ، ويدفع ذلك إلى المقر له ؛ لأن في زعم الوارث والمقر له أن الوصية تحولت إلى ثمن العبد ، وأن الغريم حين أخذ الثمن صار غاصباً له ، وصار ديناً عليه ، والدين مقدم على الميراث ، وزعمهما حجة في حقهما .

ولو لم يرثه وارث الميت ، ولكن أوصى الميت للمقر له بتلك الألف بعينها ، كان على الوارث أن يردها على المقر ، وإن كان أوصى له بمال آخر يعطى ذلك للمقر له قدر ألف درهم ، وصار الجواب في الوصية نظير الجواب في الميراث ؛ لأن الدين كما يقدم على الميراث يقدم على الوصية [أيضاً][4] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وإن لم يكن شيء من ذلك ولكن وهب الغريم للمقر له تلك الألف بعينها ، أو ألفاً أخرى ، إن كانت الهبة في حالة المرض ، فالجواب فيها كالجواب في الوصية ؛ لأن الهبة في مرض الموت وصية ، وإن كانت الهبة في حالة الصحة ، إن كان الموهوب تلك الألف بعينها أمر بالتسليم إلى الغريم ؛ لأنه وصل إليه عين ما أقر به ، وإن كان الموهوب ألفاً أخرى لا يؤمر بالتسليم إلى الغريم ؛ لأنه لم يصل إليه ما أقر له به ، ولا تعلق به حقه ؛ لأن دين الحر الصحيح لا يتعلق بماله على ما عرف .

ولو أن القاضي لم يبع العبد من الأجنبي بالدين ، لكن أعطاه الغريم بدينه ، فقال : هذا العبد بيع لك بدينك ، أو قال : جعلته لك بدينك ، فأخذه الغريم على هذا ، ثم إن الوارث اشتراه منه ، أو وهبه الغريم له ، أو تصدق به عليه ، فلا سبيل للمقر له على العبد ، وهذا وما لو باعه من الأجنبي سواء ؛ لأن بيع القاضي إنما يصح على المقر له بطريق الحفظ ، وفي هذا المعنى البيع من الأجنبي ومن الغريم سواء ، فصح بيع القاضي من الغريم ، وانتقل حق الموصى له المقر له إلى الثمن ، وهذه المسألة دليل على أن البيع ينعقد بلفظ الجعل .

وهذا فصل اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه ينعقد لوجود معنى البيع وهو تسليم العين ببدل ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ ، ألا ترى أن من قال لغيره : جعلت لك ابنتي بألف درهم ، كان نكاحاً لوجود معنى النكاح ، كذا ههنا .

قال : ولو أن القاضي لم يبع العبد من الغريم ولكن جعله صلحاً للغريم من ماله بأن قال : هذا العبد صلح لك من مالك وسلمه إليه ، ثم وصل العبد إلى الوارث يوماً من الدهر يؤمر الوارث بتسليمه إلى الموصى له المقر له ، [بخلاف ما لو باعه من الغريم ثم وصل إلى الوارث ، فإن هناك لا يؤمر الوارث بتسليمه إلى الموصى له المقر له][1] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

والفرق : وهو أن الصلح يتعلق بالدين المضاف ، ولهذا لو صالح مع غيره على دين له عليه ثم ظهر أنه لا دين كان الصلح باطلاً ، وفي زعم الوارث أنه لا دين للغريم على الميت[١] ، وأن الصلح وقع باطلاً ، وأن حق المقر له في عين العبد باقٍ على حاله .

فإذا وصل العبد إليه يؤمر بتسليمه إلى المقر له عملاً بزعمه ، أما البيع لا يتعلق بالدين المضاف إليه ، ولهذا إذا باع شيئاً من غيره بالدين الذي له عليه ، ثم ظهر أن لا دين لا يبطل البيع ، فيتحول حق الموصى له المقر له من العين إلى الثمن بزعم الكل ، فلهذا لا يؤمر الوارث بتسليم العين إلى المقر له متى وصل العين إليه .

رجل مات وترك ثلاثة أعبد ، قيمتهم على السواء ، لا مال له غيرهم ، ثم شهد شهود أن الميت أوصى بهذا العبد الأكبر لهذا الرجل ، وجحد الوارث في ذلك ، وأقر أن الميت كان أوصى بهذا العبد الأصغر لهذا الرجل الآخر ، فلم يقض القاضي بشهادة الشهود حتى أعتق المقر له العبد [به][٢] ، نفذ عتقه ؛ لأنه أعتق ملك نفسه ؛ لأن الوارث أقر بما للصغير[٣] ، وصح إقراره ؛ لأن ملكه ظاهراً ، ألا ترى أن الوارث لو أعتقه بنفسه صح إعتاقه ، فصح إقراره به للمقر له ، فملكه المقر له فنفذ عتقه .

فإن قضى القاضي بعد ذلك للمشهود له بالعبد المشهود به يؤمر المقر له بتسليم قيمة العبد المقر به إلى الوارث ؛ لأن الوارث ما أقر بالعبد الأصغر له مطلقاً إنما أقر له به وصية ، وحين قضى القاضي للمشهود له بالمشهود به ، فقد بطلت وصية المقر له ؛ لأن محل الوصية الثلث ، والثلث [صار][٤] موضوعاً في يد المشهود له بولاية القضاء ، فيلزمه رد العبد الأصغر ، وتعذر رده صورة بالإعتاق ، فيجب رده معنىً برد القيمة .

فإن قيل : إذا بطلت الوصية للمقر له ينبغي أن يبطل إعتاقه ، كما لو كان الوارث أقر بوصية الأكبر لهذا الرجل ، وأعتق المقر له الأكبر ، ثم قضى القاضي لمدعي الأكبر

---

(١) في (م) : لا دين على الغريم للميت ، وفي (ب) : لا دين على الغريم على الميت .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (هـ) : أقر للصغير .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

بالأكبر بالبينة ، فإنه يظهر أن العتق باطل في الأكبر ، وسلم الأكبر للمقضي له ، قلنا : في تلك المسألة قضى بعين العبد المقر به لغير المقر له ، فيظهر أنه أعتق ملك الغير ، وههنا ما قضى بعين المقر به لغير المقر له ؛ لأن المقضي به العبد الأكبر دون الأصغر ، إلا أنه في معنى البدل عن الأصغر ؛ لأنه ما لم يسلم الأكبر للمقر لا يسلم الأصغر للمقر له ، وكان في معنى البدل عنه من هذا الوجه ، واستحقاق بدل العتق لا يوجب بطلان العتق ؛ لأنه لا يظهر أنه أعتق ما لا يملك ؛ لأن بدل المستحق بعد القبض مملوك للقابض ملكاً فاسداً على ما عرف ، وإذا لم يبطل العتق ، وبطلت وصيته ، وعجز عن رد عين العبد وجب رد القيمة .

فإن قيل : القيمة لو وجب وجب للوارث ، وفي زعم الوارث أنه أعتق ملك نفسه ، وأنه لا قيمة عليه .

قلنا : القاضي لما قضى للمشهود له بالمشهود به وصية[1] ، فقد كذب الوارث فيما زعم ، فالتحق زعمه بالعدم ، ألا ترى أن المشتري عند الاستحقاق يرجع بالثمن على البائع ، وإن كان في زعم المشتري أن المشتري ملك البائع إلا أن القاضي لما قضى بالملك له للمستحق فقد كذب المشتري في زعمه ، فالتحق زعمه بالعدم ، كذا ههنا .

ولو أن المقر له لم يعتق العبد المقر به حتى قضى القاضي بالعبد المشهود به للمشهود له ؛ بطلت وصية المُقَرِّ له ، فإنما أعتق ما ليس بمملوك له ، فلا يصح إعتاقه ، ولا كذلك ما قبل قضاء القاضي للمشهود له ؛ لأن قبل قضاء القاضي وصية المقر له على الصحة ، فإنما أعتق المقر له ملك نفسه ، فإن وصل العبد المشهود إلى يد الوارث يوماً من الدهر بوجه من الوجوه يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له ؛ لأن في زعم الوارث أن هذا العبد لم يكن موصى (به ، وأنه)[2] في يد المشهود له بحكم الغصب ، فإذا وصل إليه بطريق من الطرق كان واصلاً

(١) في (م) و (ب) : وصيته .

(٢) ما بين قوسين جاء في (ب) : بدونه .

إليه بحكم الميراث ، فيؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له ؛ لأن قبل هذا إنما كان لا يؤمر به مع إقراره أنه موصى به لانعدام شرطه وهو سلامة ضعفه له ، فإذا وصل إليه المشهود به بحجة الميراث ، فقد سلم له ضعف المقر به ، فأمر بالتسليم إلى المقر له .

فإن قيل : أليس إنكم قلتم : إن القاضي لما قضى للمشهود له بالمشهود به فقد أبطل وصية المقر له في المقر به ، وبعدما بطل حقه في المقر به كيف يؤمر بتسليم المقر به إليه ؟

قلنا : معنى قولنا : « أبطل وصية المقر له » أنه امتنع من تنفيذ وصيته في المقر به ، [وبعدما بطل حقه في المقر به][(١)] لانعدام شرطه ، وهو سلامة ضعفه للوارث ، وقد وجد هذا الشرط بوصول سالم [إليه][(٢)] ، فيجب تنفيذ وصية المقر له ، ويجوز أن يمتنع نفوذ الوصية لمعنى من المعاني ، ثم يجب تنفيذه عند زوال ذلك المعنى .

ألا ترى أن من أوصى بعبد لإنسان ثم مات وعليه دين مستغرق ، فإنه لا يجب تنفيذ الوصية في العبد لمكان الدين ، فإن سقط الدين بمعنى من المعاني نحو الإبراء أو ما أشبهه ، فإنه يجب تنفيذ الوصية فيه لزوال المانع ، كذا ههنا .

أو نقول : إن القاضي وإن أبطل وصية المقر له ، إلا أن[(٣)] الوارث مصر على إقراره بالوصية فأمر بالتسليم بحكم هذا الإقرار ، ثم قال : ولا يعتق العبد المقر به على المقر له بذلك الإعتاق السابق ، فلم يصح هذا العتق من المقر له على سبيل التوقف ، وأنه وجد بعد سبب الملك له وهو إقرار الوارث ، والعتق مما يتوقف على المعتق إذا وجد بعد وجود سبب الملك .

أما عند محمد فإنما لم يتوقف هذا العتق على المقر له ؛ لأنه توقف على مالك ظاهر وهو الوارث ، فإن المقر به ملك الوارث ظاهراً ، ولهذا لو أجاز الوارث هذا العتق ينفذ

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : لأن .

عليه ، والأصل عند محمد أن العتق متى توقف على إجازة مالك ظاهر لا يتوقف على غيره ، كما في[١] المشتري من الغاصب إذا أعتق ، فإنه لا يتوقف عليه ؛ لأنه توقف على إجازة مالك ظاهر ، فلا يتوقف على غيره كما في المشتري ، وبهذا الحرف يقع الفرق في مسألتنا ومسألة المشتري من الغاصب على [مذهبه][٢] ، وبينما إذا أوصى الرجل بعبده لإنسان ، ثم مات الموصي وعليه دين يحيط بماله ، ثم إن الغرماء أبرؤوا الميت عن الدين ، فإن العتق ينفذ على الموصى له ؛ لأن هناك ما توقف العتق على إجازة أحد سوى الموصى له ، فإن الغرماء أو الورثة لو أجازوا ذلك العتق لا ينفذ ، فجاز أن يتوقف على إجازة الموصى له ، وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنما لم يتوقف هذا العتق على المقر له ؛ لأنه وجد قبل سبب وجود الملك ، أو بعد وجود سبب قاصر ، والعتق عندهما قبل وجود سبب الملك ، أو بعد وجود سبب قاصر لا يتوقف بيان ذلك العتق من المقر له ، إنما حصل بعدما أبطل القاضي وصيته ، وكذب الوارث في إقراره بالقضاء بالشهود به للمشهود له ، وهو السبب المتعين لملك المقر له .

ألا ترى أن الوارث مصرٌّ على إقراره ، فأمر بتسليم المقر به إلى المقر له بالإقرار الموجود بعد الإعتاق ، فكان الإعتاق حاصلاً قبل سبب وجود الملك ، وإن لم يبطل السبب بقضاء القاضي لا أقل من أن ينقض السبب ، والأصل عندهما أن العتق إنما يتوقف بعد وجود تمام سبب الملك ، وبهذا الحرف خرج مسألة المشتري من الغاصب ؛ لأن هناك المعتق وجد بعد تمام سبب الملك على ما عرف في تلك المسألة ، أما ههنا بخلافه .

***

(١) وكذا جاء في (هـ) ، وجاء في هامش (هـ) : « وهو » ووضع عقبها كلمة : « صح » .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

الفصل الخامس والعشرون

في دعوى الرجلين عبداً[١] في يد[٢] آخر

ودعوى كل واحد منهما الإيداع من صاحب اليد ، وإقرار[٣] صاحب اليد لأحدهما

وفي دعوى الرجل عيناً في يدي رجل وإقرار[٤] صاحب اليد بالعين له

ثم دعوى صاحب اليد الإيداع من جهة غيره

قال محمد رحمه الله في « الجامع »[٥] : عبد في يدي رجل ادعاه رجلان ، كل واحد منهما يدعيه أنه عبده أودعه الذي هو في يده ، وذو اليد يجحد ، أو لا يجحد ولا يقر بل سكت ، فالقاضي يسمع بينتهما عليه ؛ لأن الساكت أنزل منكراً حتى يصل المدعي إلى إثبات حقه ، وهذا لأن المدعي استحق الجواب عليه إما بنعم أو بلا ، والسكوت يحتمل[٦] الأمرين ، فأثبت[٧] الإنكار ؛ لأنه أقل الأمرين ؛ لأنه احتيج في الاستحقاق به إلى قرينة أخرى وهي البينة ، فلو أن القاضي سمع شهادة شهودهما إلا أنه لم يقض بشهادة الشهود لعدم ظهور عدالتهم حتى أقر ذو اليد لأحد المدعيين بعينه أنه عبده أودعه من الذي هو في يديه ، فإن القاضي يدفع العبد [إلى المقر له لما مر ، وإذا ظهرت عدالتهم يقضي بالعبد بينهما نصفين ، وكان ينبغي أن يقضي بجميع العبد][٨] للذي لم يقر له ذو اليد ؛ لأن ذا اليد لما أقر به لأحد المدعيين فقد صار العبد مملوكاً له رقبة

---

(١) في (م) : عبد .

(٢) في (ب) : يدي .

(٣) في (م) و (ب) : وأقر .

(٤) في (م) و (ب) : وأقر .

(٥) « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٢٥ و ٤٢٦ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٦) في (م) و (ب) : محمل .

(٧) في (هـ) : فأثبتنا .

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

ويداً ، ونزل المقر له مع غير المقر له بمنزلة ذي اليد مع الخارج إذا أقاما البينة على الملك المطلق ، وهناك يقضي [بكل العبد للخارج واعتبره بما إذا أقر لأحدهما قبل إقامتهما البينة ، ثم أقاما البينة ، وهناك يقضي][1] بالعبد لغير المقر له بالطريق الذي قلنا .

والجواب وهذا الفرق بينهما[2] قبل إقامة البينة ، وبينهما[3] بعدها : أن التزكية لا تجعل الشهادة حجة ، بل يظهر كونها حجة موجبة للاستحقاق [من وقت وجوبها ، فإذا كانت الشهادة قبل وجوب الإقرار حجة ، فعند ظهور العدالة يظهر الاستحقاق][4] قبل الإقرار ، وتبين أنَّ الإقرار كان باطلاً من شخص هو ليس بمالك ، ومتى ظهر[5] الإقرار بطل التصديق ؛ لأنه ينبني عليه ، وصار وجودهما والعدم بمنزلة ، ولو لم يوجدا يقضي بينهما ، فكذا إذا صار وجودهما والعدم بمنزلة .

فأما إذا كانت الشهادة بعد الإقرار فعند ظهور العدالة لا يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ، فلا يتبين أن الإقرار كان باطلاً ، وإذا لم يبطل الإقرار صار المقر له صاحب يد ، وغير المقر له خارج ، فيقضي ببينة الخارج .

عبارة أخرى للفرق بينهما : أنهما إذا أقاما البينة بعد الإقرار فقد استحق كل واحد منهما القضاء بجميع العبد عند تزكية بينته على الانفراد وبنصف[6] العبد عند تزكية بينة صاحبه ، فهو بإقراره لأحدهما يريد إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما عليه ، أما استحقاق المقر له فلأنه يقول له من حيث المعنى أنا مقر لك بالملك في العبد ، والبينة إنما تسمع على الجاحد لا على المقر ، فيبطل استحقاقه عليه بالبينة ، أما استحقاق الآخر فلأنه يقول له من حيث المعنى العبد ملك المقر له ، وفي يدي أمانة ، ويد الأمانة ليست

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (هـ) : بينما .

(٣) في (هـ) : بينما .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) : بطل .

(٦) في (م) : وينصب ، وفي (ب) : وينصف .

بيد خصومة ، وليس له ولاية إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما بإقراره ، فصار وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة ، والتقريب ما ذكرنا .

فأما إذا أقر قبل إقامة البينة فليس في هذا الإقرار إبطال الاستحقاق بها عليه ؛ لأن كل واحد منهما لم يستحق عليه شيئاً قبل إقامة البينة ؛ لأن مجرد الدعوى لا يصح سبباً للاستحقاق ، فصح إقراره ، وصار المقر له صاحب يد والتقريب ما ذكرنا .

وكذلك لو أقام كل واحد منهما شاهداً واحداً على دعواه ، ثم إن صاحب اليد أقر بالعبد لأحدهما ، فالقاضي يدفع العبد إلى المقر له لما ذكرنا ، ولا يبطل ما أقام كل واحد منهما من الشاهد الواحد ، حتى لو أقام كل واحد منهما بعد ذلك شاهداً آخر يقضي بالعبد بينهما ؛ لأن كل واحد منهما استحق القضاء لهذا العبد عند تمام الحجة ، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال استحقاق كل واحد منهما ، فلا يقدر عليه .

توضيحه : أن كل واحد منهما قصد إثبات ملك مؤكد بالحكم ، والإقرار لا يفيد له ذلك ، فصار وجود الإقرار[١] فيما هو مقصود والعدم بمنزلة ، فإن أقام غير المقر له شاهداً[٢] آخر قضي بالعبد لهما[٣] ؛ لأن شهادة الشاهد الأول لما لم تبطل تنضم شهادة [الثاني إلى شهادة][٤] الأول ، فتمت الحجة في حق غير المقر له ، ولم تتم الحجة في حق المقر له ، فيقضي بجميع العبد لغير المقر له لهذا ، فإن لم يقض القاضي لغير المقر له في هذه الصورة حتى [أقام المقر له شاهداً آخر قضى بالعبد بينهما ؛ لأن الحجة قد تمت في حق المقر له أيضاً ، وهما خارجان من حيث المعنى ، ولا رجحان لأحدهما على صاحبه ؛ لأن واحد منهما ادعى الاستحقاق على صاحب اليد ، ولم يدع أحدهما الاستحقاق من جهة صاحب اليد كما فيما تقدم ، فلم يترجح أحدهما على الآخر ، فيقضي بالعبد بينهما .

---

(١) في (هـ) : إقراره ، وفي (ب) : إقرار .

(٢) في (ب) : بشاهد .

(٣) في (هـ) : له .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

فإن لم يقض القاضي بالعبد بينهما نصفين في هذه الصورة حتى][1] قال غير المقر له : أنا أعيد شاهدي الأول على المقر له على أن العبد لي ، وأعاد ، فالقاضي يقضي بكل العبد لغير المقر له ؛ لأنه لما أقام شاهده الأول على المقر له فقد ترك الاستحقاق الثابت له بحكم شهادة الشاهد الذي شهد على صاحب اليد ، وأبطل شهادة ذلك الشاهد ، وعند ذلك ينفذ إقرار المقر ؛ لأن عدم نفاذ إقراره قبل هذا كيلا يبطل ما أقام غير المقر له من الشهادة ، فإذا رضي ببطلانه فقد زال المانع ، فنفذ إقرار المقر ، فصار المقر له صاحب اليد ، ووقع الدعوى بين الخارج وبين صاحب اليد ، فيقضي بالعبد للخارج .

فإن قال المقر له : أنا أعيد شاهدي الأول أن العبد عبدي ، لم يلتفت إليه ؛ لأنه صار مقضياً عليه ، ولأنه لا يتصور في حقه أن يترك الاستحقاق الثابت له بما أقام من الشاهد على ذي اليد ، ويستأنف الخصومة استئنافاً مع غير المقر ؛ لأنه صاحب يد فلا يسمع منه البينة على الملك المطلق .

فإن قال غير المقر له : قد مات شاهدي الأول ، أو غاب ، يقال له : هاتِ شاهداً آخر فأقمه على المقر له حتى يقضي لك بكل العبد ، وهذا لأن شهادة الشاهد الأول لا تبطل بموته ، ولا بغيبته ، وكان موته وبقاؤه وغيبته[2] حياً سواء ، فإذا أقام شاهداً آخر يضم الشاهد الثاني إلى الشاهد الأول[3] فيقضي له بالعبد كله ، إلا أن يقيم المقر له شاهداً آخر مع شهادة الأول قبل القضاء لغير المقر له ، فحينئذٍ يقضي بالعبد بينهما ؛ لأن هذه الخصومة بناء على الخصومة الأولى ، وهما خارجان في تلك الخصومة من حيث المعنى .

قال : أو يقيم المقر له شاهدين مستقلين ، فيقضي بينهما كما لو[4] أقام كل واحد منهما شاهداً آخر .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (هـ) : وكان موته وغيبته وبقاؤه .

(٣) في (م) : يضم الشاهد الأول إلى الشاهد الثاني .

(٤) سقط من (ب) .

وهذه المسألة من المسائل التي كتب محمد بن سماعة إلى محمد بن الحسن رحمهما[١] الله يستفرقه بينهما وبين المسألة التي فيها طعن القضاة الثلاثة ؟

فكتب محمد إليه[٢] [رحمه الله][٣] : أن الصحيح أن يقضي بالعبد بينهما ، ثم فرق بينما لو أقام المقر له شاهدين مستقلين [على المقر له ، وبينما إذا[٤] أقام المقر له شاهدين مستقلين على غير المقر له ، فقال : إذا أقام غير المقر له شاهدين مستقلين][٥] يقضي بكل العبد ، وقال : إذا أقام المقر له شاهدين مستقلين يقضي بالعبد بينهما .

والفرق بينهما هو : أن لغير المقر له أن يستأنف الخصومة مع المقر له ؛ لأن ما يدعيه غير المقر له في يد المقر له ، فصار المقر له خصماً وهو ذو اليد ، وغير المقر له خارج ، فيقضي بالعبد للخارج ، فأما المقر له فلا يمكنه أن يجعل الذي ليس بمقر له خصماً فيستأنف الخصومة معه ؛ لأنه لا يد لغير المقر له ، فاعتبر إقامة الشاهدين بناء على الخصومة الأولى كأنه أقامها على ذي اليد فبقيا خارجين ، فيقضي بالعبد بينهما لهذا .

فإن قيل : إن لم يمكن أن يجعل إقامة شاهدين مستقلين من المقر له على سبيل استئناف الخصومة مع المدعي لاستحقاق العبد عليه ، يمكن أن يجعل هذا منه إبطالاً لما أقام غير المقر له من الشاهد الأول الذي أقامها على المقر ، كما جعل فيما تقدم وهو ما [إذا][٦] ادعى ذو اليد أنه لفلان أودعنيه ، فقبل أن يقضي القاضي ببينة مدعي الشراء حضر فلان وأقام البينة أنه له أودعه من ذي اليد كما أقر ، حيث يبطل به بينة مدعي الشراء ، فههنا يجب أن يكون كذلك .

---

(١) في (م) : رحمه الله .

(٢) وكذا جاء في (هـ) : محمد إليه ، إلا أنه وضع فوقهما علامتا التقديم والتأخير (مـ مـ) إشارة إلى أن الصواب : إليه محمد .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) غير موجود في (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

والجواب : ثمة أمكن قبول بينته على إبطال بينة المدعي للشراء ؛ لأن المقر له ببينته يثبت أن مدعي الشراء أقام البينة على مودعه وهو غائب ، وبينة المدعي على المودع حال غيبة المودع باطلة ، فأمكن قبول بينته لإبطال بينة المدعي ، أما في مسألتنا لا يمكن قبول بينة المقر له على إبطال ما أقام [غير][1] المقر [له][2] من الشاهد ، لأن أكثر ما في الباب أنه يثبت أن غير المقر له أقام البينة على المودع ، لكن المقر له حاضر ، وبينة المدعي على المودع حال حضرة المودع مقبولة ، فلهذا افترقا .

قال محمد رحمه الله[3] : عبد في يدي رجل ، ادعاه رجلان ، كل واحد منهما أقام بينة أنه عبده أودعه الذي في يديه ، وصاحب اليد جاحد أو ساكت ، وقضى القاضي بالعبد بين المدعيين لاستوائهما في الحجة ، ثم إن أحد المدعيين أقام بينة أن العبد عبده ، لم ينتفع بتلك البينة ، ولا يقضي على صاحبه بشيء ؛ لأن كل واحد من المدعيين صار مقضياً عليه في النصف الذي صار لصاحبه ؛ [لأنه ببينته استحق الكل ، ولولا بينة صاحبه لقضى له بكل العبد ، فإنما حرم كل واحد عن النصف ببينة صاحبه ، فصار هو مقضياً عليه في شيء لا يصير مقضياً له في عين ذلك الشيء .

فإن قيل : كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضياً عليه في النصف الذي صار لصاحبه][4] ، ولم يكن له في ذلك النصف ملك قبل القضاء لصاحبه .

قلنا : إن لم يكن له فيه ملك كان له حق الملك ؛ لأنه أقام البينة أن الكل له ، وأنها توجب حقيقة عند اتصال القضاء بها [وقبل اتصال القضاء بها][5] يوجب حق الملك ، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك ، ولو ثبت الحقيقة يصير مقضياً عليه ، كذا ههنا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) « الفتاوى الهندية » ٣ : ٤٢٦ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ولو عدلت بينة أحدهما ولم تعدل بينة الآخر ، أو لم يقم الآخر شاهداً واحداً ، فقضى به لمن عدلت ببينته ، ثم جاء الآخر ببينة عادلة قضى له به ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه من جهة صاحبه ؛ لأنه لم يكن له في المقضي به لا حقيقة الملك ولا حق الملك ؛ لانعدام الحجة الموجبة للقضاء ، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له ، فإذا لم يكن الحق ثابتاً له ، كيف يتصور إزالته ، فعلم أنه لم يصر مقضياً عليه ، فسمع دعواه وبينته بعد ذلك .

ولو أقام أحدهما البينة ، فلم يزل ببينته حتى أقر ذو اليد أن العبد الذي لم يقم البينة أودعه إياه ، ودفع القاضي العبد إلى المقر له ، ثم زكيت بينة الذي أقامها ، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له ، ثم إن المقر له أتى ببينة أنه عبده أودعه إياه ذو اليد ، قبلت بينته ، وقضى له بالعبد ؛ لأن المقر له لم يصر مقضياً عليه ؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذي اليد ، وجعل المقر له كالوكيل عنه على ما مر قبل هذا .

فإن قيل : الملك يثبت للمقر له بإقرار ذي اليد وبتصديق المقر له إياه ، ثم استحق عليه بالقضاء[1] ببينة المدعي فيجعل المقر له مقضياً عليه .

قلنا : إقرار ذي اليد كان بعد إقامة المدعي بينة على ذي اليد ، وعند ظهور عدالة الشهود يثبت الاستحقاق من وقت الشهادة ، فظهر أن إقرار ذي اليد كان باطلاً ؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكاً للعبد ، وإذا بطل إقراره بطل تصديق المقر له لكونه بنى عليه ، وإذا بطل الإقرار والتصديق صار وجودهما والعدم بمنزلة ، وباقي المسألة بحالها ، كان المقضي عليه الذي كان العبد في يده دون المقر له ، كذا ههنا .

وكذلك لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء لصاحبه ببينته يقضى للمقر له وتبطل بينة صاحبه ؛ لأن بينة المقر له ظهر أن بينة صاحبه قامت على مودع المقر له ، وهو ليس بخصم ، والبينة متى قامت على غير خصم كان باطلاً .

---

(١) في (م) : القضاء .

فإن قيل : بينة المدعي متى قامت على [المودع][(١)] المقر له إنما تبطل إذا كان المقر له غائباً وقت إقامة البينة على [مودعه ، أما إذا كان حاضراً كانت مقبولة كما فيما تقدم ، ويكون إقامة البينة على][(٢)] مودع المقر له ، وههنا المقر له كان حاضراً وقت إقامة المدعي البينة .

قلنا : المقر له وإن كان حاضراً وقت إقامة البينة على الذي كان العبد في يديه حقيقة ههنا ، لكنه غائب حكماً ؛ لأنه ليس بخصم للمدعي وقت إقامة البينة ؛ لأنه لم يكن للمقر له في العبد لا ملك ولاحق ، ولم يثبت له زيادة خصوصية بهذا العبد من بين سائر الأجانب ، وهو كونه بحال لو أقام شاهداً واحداً يقضي له ، فصار غائباً[(٣)] حكماً بخلاف ما تقدم ؛ لأن ثمة إن لم يكن للمقر له حقيقة الملك ، ولا حقيقة[(٤)] الملك بإقامة الشاهد الواحد ، ولكن له زيادة خصوصية في هذا العبد من بين سائر الأجانب ؛ لأنه صار بحال يستحق هذا العبد بإقامة شاهد واحد ، فكانت خصوصية معتبرة ، واعتباره بخلاف ما نحن فيه على مامر .

فإن قال غير المقر له : أنا أعيد شهودي على المقر له ، هل تقبل بينته ؟

فهذا على وجهين : إن كان ذلك بعدما قُضِيَ ببينة المقر له ، لا تسمع بينته ؛ لأنه صار مقضياً عليه ببينة المقر له ، وإن كان ذلك قبل القضاء ببينة المقر له ، قبلت بينته ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه ، ثم يُقضى له بجميع العبد ؛ لأنه لما أعاد البينة فقد أبرأ ذا اليد عن الخصومة ورضي بنفاذ إقراره ، واستأنف الخصومة مع المقر له على المقر له على مامر ، [فتقررت][(٥)] يد المقر له ، واجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد ، وكانت بينة الخارج أولى[(٦)] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : عاماً .

(٤) في (هـ) : حق .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٦) سقط من (ب) .

قال محمد [رحمه الله][(١)] في « الجامع » : دار في يدي رجل ، ادعاها رجل أخر ، فأقر الذي في يديه الدار أنها كانت للمدعي [وفلان أودعنيها ، وأقام البينة على ذلك ، فلا خصومة بينهما ، فإقرار[(٢)] صاحب اليد أنها كانت للمدعي][(٣)] ، لا يناقض دعواه الإيداع من فلان الآخر ؛ لأن الجمع بينهما ممكن ، فلعل أنها كانت للمدعي ثم صارت لفلان الآخر بوجه من الوجوه ، ثم إن فلاناً أودعها صاحب اليد ، وإذا لم يكن بين الكلامين تناقض يجب قبول بينته على ما ادعى من الإيداع ، وإن لم يقم البينة على ما ادعى لا تندفع عنه الخصومة ؛ لأنه أقر بالملك للمدعي ، وتوجهت عليه الخصومة باعتبار يده ، ولم يثبت ما يخرجه من الخصومة وهو كونه مودعاً من جهة غيره فلا تندفع الخصومة عنه ويؤمر بتسليمها إلى المدعي بحكم إقراره ، فإن حضر فلان وصدق صاحب اليد فيما قال لا تنزع الدار من يد المدعي حتى يقيم الحاضر بينة أنها له ؛ لأن صاحب اليد أقر بالدار للمدعي أولاً ، وصح إقراره له من حيث الظاهر ، وصار مستحقه للمدعي ، وإنما أقر للغائب بعد ذلك وكان الإقرار للغائب ملاقياً ملك المدعي ، فلا يصح ، ويقال للغائب : إن شئت أن تأخذ الدار من يد المدعي أقم البينة عليه .

وكذلك لو أن صاحب اليد بدأ بالإقرار بالوديعة بأن قال : هذه الدار أودعنيها فلان وهي لهذا المدعي ، إن أقام البينة على الإيداع تندفع عنه الخصومة ، وإن لم يقم لا تندفع عنه الخصومة ، ويؤمر بتسليمها إلى المدعي .

وإن أقر[(٤)] أولاً للغائب ثم للمدعي ، فالأصل عندنا أن من أقر بعين لغائب ثم حاضر ، وصدقه الحاضر في إقراره يؤمر بتسليم العين إلى الحاضر ؛ لأن تصديق الحاضر اتصل[(٥)] بإقراره ، ولم يتصل تصديق الغائب بإقراره وعسى يصدقه ، وعسى لا يصدقه ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) : فأقر .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٤) في (هـ) : أقر .

(٥) في (م) : اتصال .

فلا يتعطل هذا الإقرار والتصديق لأمر موهوم ، فإن أحضر المقر له بالوديعة البينة أنها داره إلا أن تصديقه أسند إلى وقت إقراره ، وكان إقراره بالوديعة أولاً[١] ، فظهر أن استحقاقه كان سابقاً ، وأن الإقرار للمدعي لا في حق صاحب الوديعة فوقع باطلاً فيؤمر المدعي بتسليم الدار إليه ، ويقال له : إن شئت أخذ الدار فأقم البينة ، ولو أن المدعي صدق صاحب الوديعة في أنها وديعة فلان فلا خصومة بينهما اعتباراً للثابت بالتصادق بالبينة معاينة .

ولو علم القاضي أن الدار لرجل ، فصارت بعد في يدي آخر ، فخاصمه الذي كانت الدار له إلى القاضي ، فقال الذي الدار في يديه : إن فلاناً أودعنيها ، وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما ، ولا يخرج الدار من يدي الذي كانت الدار في يديه حتى يحضر فلان ؛ لأن الثابت بالبينة العادلة إذا قبلت كالثابت عياناً .

ولو عاين القاضي هذا دفع الخصومة بكون الدار للمدعي في زمان لا يجعل الذي في يديه الدار متناقضاً في دعوى الإيداع من الغائب ؛ لجواز أنها كانت للمدعي ، ثم باعها ، أو آجرها ، أو رهنها من فلان من الذي في يديه .

ولو علم القاضي أن فلاناً غصبها من الذي كانت له ، وأودعها الذي في يديه أخذها من الذي في يديه ، ودفعها إلى الذي علم أنها كانت له ؛ لأنه علم أن يد ذي اليد مبطلة ، بخلاف ما لو علم أن فلاناً أودعها هذا الذي في يديه ، ولم يعلم أنه غصبها من المدعي ؛ لأن هناك لم يعلم بكون يد ذي اليد مبطلة ، بل شك في ذلك ، يجوز أن يكون المدعي باع من فلان ، ثم إن فلاناً أودعها من ذي اليد ، [فلا تكون يده مبطلة ، فلا يجب نقضها ، ويجوز أن يكون فلان غصبها من المدعي ثم أودعها من ذي اليد][٢] فتكون يده مبطلة فيجب نقضها ، فلا يجب نقضها بالشك .

ثم إن محمداً رحمه الله اعتبر علم القاضي في هذه المسألة حتى قال : إذا علم القاضي

(١) في (ب) : وكان إقرار صاحب الوديعة أولاً .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

أن فلاناً غصبها من المدعي ، يأخذها من صاحب اليد ويدفعها إلى المدعي ، وهذا جواب رواية « الأصول » .

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن القاضي بعلمه[1] لا يقضي ، قال ابن سماعة : رجع محمد إلى هذا القول في آخر عمره ، وقال : القاضي لا يقضي بعلمه ، وإن استفاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد معه شاهد واحد ، قال : لعل القاضي غالط فيما يقول ، فشرط مع علمه شهادة شاهد آخر حتى يصير علمه مع شاهد آخر في معنى شاهدين ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) في (ب) : يعلمه .

الفصل السادس والعشرون
في دعوى الوكالة والكفالة والحوالة

رجل من وكلاء باب القاضي ، ادعى قِبَل القاضي على رجل أنه وكيل من جهة فلان بن فلان الغائب بإثبات حقوقه وديونه على الناس ، وللغائب على هذا عشرة دراهم قرض ؛ مُرْهُ حتى يسلّم إلي ، فلم يجب المدعى عليه ، لكن وكيل آخر من وكلاء القاضي بحضرة المدعى عليه أجاب وقال : إن موكلي يقول : ليس على هذا العشرة ، وليس لي علم بهذه الوكالة ، فأقام الوكيل شاهدين على التوكيل ، وطلب الحُكْمَ من القاضي ، فقضى[1] القاضي بثبوت وكالته ، والمدعى عليه ساكت لم يجب أصلاً ، وتوكيل الوكيل من المدعى عليه ليس بثابت ، هل يصح هذا الحكم ؟ وهل يثبت التوكيل ؟

قيل : لا ، وبه كان يفتي الإمام ظهير الدين ، وهي واقعة العامة فتحفظ .

رجل استأجر كَرْماً إجارة طويلة وغاب ، وبعد ذلك جاء رجل وقال : أنا وكيله بقبض المال وفسخ الإجارة ، وأنكر هو التوكيل ، وأقر بالباقي ، فيقضى .

رجل ادعى عند القاضي بثبوت الوكالة بحضرة المدعى عليه ، كان ذلك قضاء على الغائب .

ادعى أنه وكيل فلان باستيفاء الدين من رجل ، فادعى المديون الإبراء والإيفاء ، قال المدعي : عزلني الموكل ، إن كان التوكيل بالتماس الخصم لا يملك عزله ، فلا تسمع هذه الدعوى ، وإن كان بغير التماس منه يثبت الدعوى إذا أقام البينة على الغرماء ، أما بدون البينة فلا .

ولو قال : لست بوكيل ، وصدقه الخصم ، لا تسمع ، ورأيت هذا في أنه إذا صالح مع الخصم ثم قال : لست بوكيل ، وأراد استرداد ما دفع ، وصدقه الخصم لا تسمع .

---

(١) في (م) : فيقضي .

ادعى على آخر بمال[١] الكفالة بمال الإجارة معلقة بالفسخ ، وقال : إني قد فسخت الإجارة [لزمك][٢] المال ، وأقام على ذلك بينة ، والآجر غائب ، قبلت بينته ، ويكون ذلك قضاء على الآجر ، فانتصب الكفيل خصماً عنه ؛ لأن المدعي إذا ادعى المال على الكفيل ، ولا يمكنه إثبات ذلك على الكفيل إلا بإثبات عن الأصيل ، فينتصب الكفيل خصماً عنه ، وإذا ادعى الكفيل رجع على الآجر إن كانت الكفالة بأمره ، وإن كانت بغير أمره لا يرجع عليه ، فإن حضر الآجر قبل أن يأخذ المدعي من الكفيل شيئاً ، وأنكر الفسخ لم يلتفت إلى إنكاره ، فكان الفسخ ماضياً .

ادعى على آخر أنه كفل له [أنه][٣] إن مات فلان مجهلاً[٤] لوديعتي - وهي كذا - فضمانها علي ، وقد مات فلان مجهلاً[٥] لوديعتي ، وأقام البينة عليه ، هل تسمع هذه الدعوى ؟ فقد قيل : تسمع هذه الدعوى ، وقيل : لا تسمع .

وفي دعوى الكفالة لا بد وأن يقول : وأنا أجزت كفالته مجلس الكفالة ، وبه كان يفتي الشيخ ظهير الدين ، وقد قيل : لا يشترط ذلك ، ودعوى الكفالة تتضمن ذكر الإجارة كدعوى البيع يتضمن ذكر الشراء ، حتى أن من ادعى على آخر أنك بعت مني كذا بكذا لا يحتاج إلى أن يقول : وأنا اشتريت .

ادعى الكفالة بالمال معلقة بعدم تسليم النفس في يوم كذا ، والمال الذي وقعت الكفالة به وجب على الأصيل بسبب الصلح ، وإنه كاسد اليوم ، لا بد وأن يبين في دعواه أن الصلح عن أي شيء كان لينظر أنه هل صح ؟ ولو صح ، هل فسد بكساد المال[٦] قبل القبض ، كما يفسد البيع بكساد الثمن قبل القبض .

---

(١) غير موجود في (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) وفي (ب) : وإن يك .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (ب) : مجملاً .

(٥) في (ب) : مجملاً .

(٦) في (ب) و (هـ) و (ك) : البدل .

اشترى عبداً بألف درهم ، وقبض العبد بإذن البائع ، وطلب البائع الثمن ، فقال المشتري : قد كنت أحلته على فلان ، وفلان غائب ، وأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ، ويتعدى ذلك إلى الغائب ، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، وكثير من هذا الجنس ذكرناه[1] في كتاب أدب القاضي ، وسيأتي بعد ذلك في كتاب الكفالة والحوالة إن شاء الله .

❊ ❊ ❊

(١) في (ب) : ذكرناها .

الفصل السابع والعشرون
في دعوى العتق

بعض مسائل هذا الفصل قد مر قبل هذا .

عبد في يدي رجل قال : إني كنت عبداً لهذا الرجل ، وأنا اليوم حر لما أنه قال لي : « اكرودوسال كار من كني تو آزاد ، ومن دوسال كار أو كردم »[١] ، وأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ، وحكم بعتقه .

عبد ادعى أنه حر الأصل في موضع ولم يسبق منه الإقرار بالرق ، وقضى القاضي بحريته لما أن القول في ذلك قوله ، لا يرجع المشتري بالثمن على بائعه ، [عند بعض المشايخ ، وعند بعضهم يرجع][٢] ، والحيلة للمشتري في ذلك حتى يرجع بالثمن على البائع أنه يدعي المشتري على العبد الرق ، ويقول : أقر لي بالرق ، ويقيم البينة عليه ، ثم يقيم العبد البينة أنه حر الأصل ، فيرجع المشتري حينئذ بالثمن على البائع .

عبد في يدي رجل يزعم أنه ملكه ، وادعى العبد عليه أنه أعتقه ، وشهد الشهود أنه حر الأصل ، لا تقبل ، وكذلك لو ادعى العبد أنه حر الأصل ، وشهد الشهود أن صاحب اليد أعتقه ، لا تقبل ، وقيل : تقبل ، وعلى العكس لا تقبل ، وقيل : تقبل في الوجهين جميعاً .

ادعى غلاماً في يدي رجل أنه مِلْكَه أعتقه منذ سنة ، [فالقاضي يسأل المدعي البينة على الملك لا على العتق ؛ لأنه إذا أقام البينة على العتق ، ولم يكن له بينة يحلف المدعى عليه][٣] على الملك .

---

(١) عبارة فارسية ، معناها : إن تعمل لي عامين فأنت حر ، وأنا عملت له عامين .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ادعى على امرأة أنها أمته ، فأقامت الأمة بينة أنها كانت لفلان وأنه أعتقها ، وأقام المدعي بينة أن فلاناً ذلك قد أقر أن هذه الأمة أمتي ومملوكتي ، فإن أرخا وتاريخ الإقرار أسبق قضى بالملك للمدعي ، وإن لم يؤرخا يجعل كأنهما وقعا معاً الإقرار والإعتاق بالملك للمدعي ، فيقضي [بالعتق][1] ببينة الأمة .

ادعت حرية الأصل ، ثم ادعت حرية عارضة تسمع ، [وكذلك لو ادعى العبد أنه حر الأصل][2] ، وكذلك على العكس يجب أن تسمع .

الجارية إذا تداولتها الأيدي ، فادعت أنها حرة الأصل ، أو ادعت عتقاً عارضاً بتاريخ قبل تاريخ البياعات ، ورجع المشتري الآخر على بائعه ، وكذلك بائعه رجع على بائعه ، وأبى البائع الأول الرجوع عليه ، ففيما إذا ادعت حرية الأصل إن لم يسبق منها إقرار بالرق [لا نصاً ولا دلالة من انعقاد البيع وما أشبه ذلك على ما عرف في كتاب الإقرار ليس له أن يأبى ؛ لأن حرية الأصل ثبتت بمجرد قولها في حق الناس كافة إذا لم يسبق منها إقرار الرق][3] ؛ ولو سبق منها إقرار بالرق كان للبائع الأول أن يأبى بالرجوع عليه ؛ [لأن حرية الأصل لا تثبت بمجرد قولها في موضع سبق منها الإقرار بالرق ، وفيما إذا ادعت عتقاً عارضاً كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه][4] على كل حال ؛ لأن العتق العارض لا يثبت بمجرد قولها ، وفي كل موضع قضى القاضي بحرية الأصل لا يشترط حضرة العبد والأمة ؛ لرجوع المشتري على البائع بالثمن ، والله أعلم .

* * *

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) . وفي (ب) : بالنفس .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

الفصل الثامن والعشرون
في دعوى النسب

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

الأول : في بيان مراتب النسب .

قال أصحابنا - رحمهم الله - : لثبوت النسب مراتب ثلاثة :

أحدها : بالنكاح الصحيح ، وما هو في معناه من النكاح الفاسد ، والحكم فيه : أنه يثبت النسب من غير دعوى ، وله أن ينفيه مالم يقر بنسبه صريحاً ، أو يظهر منه ما يكون اعترافاً به من قبول تهنئة ، أو شراء متاع الولادة ، أو تطاول المدة مع العلم بالولادة ، أو يقع الاستغناء ، أو يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال ، فمتى وجد واحد من هذه الأسباب لا يملك النفي بعد ذلك .

أما إذا أقر بنسب الولد صريحاً ؛ لأن الإقرار بنسب الولد إقرار له بحقوق مالية نحو النفقة والميراث ، وأشباه ذلك اقتضاء ، ولو أقر له بهذه الحقوق صريحاً لا يعمل رجوعه بعد ذلك ، فكذلك لو أقر بذلك اقتضاء .

وأما إذا قبل التهنئة : فلأن قبول التهنئة إقراراً بالولادة دلالة ؛ لأنه لم يكن الولد منه ما حل له قبول التهنئة ، فدل قبول التهنئة على أن الولد منه .

وأما إذا اشترى متاعاً للولادة : فلأنه أقر بالولادة دلالة عادة ، فإن العادة أن الإنسان لا يشتري متاعاً للولادة إذا لم يكن الولد منه .

وأما إذا وقع الاستغناء عن نفيه : فلأن بعدما وقع الاستغناء عن نفيه ، لا يكون في النفي فائدة ، والشرع لا يرد بما لا يفيد[1] .

---

(١) في (ب) : والشرع لا يرد عملاً بقيد يفيد .

وأما إذا تطاولت المدة : فلأن ترك النفي مدة طويلة مع العلم بالولادة [دليل الإقرار بالولد ظاهراً ؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يترك النفي مدة طويلة مع العلم بالولادة][1] ، إذا لم يكن الولد منه ، والمرجع في معرفة تطاول تلك المدة العرف والعادة ، إذا مضى من المدة ما ينفي فيها الولد عادة ولم ينف ، فليس له أن ينفيه بعد ذلك ، هذه رواية أبي حنيفة ، وروي عنه رواية أخرى : أنه يفوض ذلك إلى رأي القاضي .

[و][2] عن أبي يوسف ومحمد : أنهما قدرا المدة الطويلة بالأربعين ، فبعد الأربعين لا يصح النفي[3]، وأما إذا وقع فيه حكم لا يقبل النقض .

بيانه : فيما لو جنى هذا الولد جناية ، وقضى القاضي على عاقلة الأب بالأرش ، لا يستطيع نفي هذا الولد ؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والبطلان ؛ [لأنا حكمنا بنسب هذا الولد من الأب لما قضينا بالأرش على عاقلته ، والقضاء بالأرش على العاقلة بعدما صح لا يقبل النقض والإبطال][4] ، ومتى صار نسب الولد مقضياً به بحكم لا يقبل البطلان لا يصح نفيه بعد ذلك ، ولا يمكن قطعه لهذا ؛ لأنه لا يمكن قطعه إلا بعد قطع ذلك الحكم ، ولا يمكن قطع ذلك الحكم ، فامتنع النفي والقطع ، وبيانه في مسألة أخرى .

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل جاءت امرأته بولد فنفى ولم يلاعنها حتى قذفها أجنبي بالولد ، فحد ، يثبت النسب ولا يلاعن بينهما ، والمعنى ما ذكرنا ، وبعدما وجد النفي لا ينتفي نسب الولد إلا باللعان[5] ، وشرائط جريان اللعان عرفت في كتاب الطلاق .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) زيادة من (هـ) .

(٣) « المبسوط » للسرخسي ٧ : ٥٤ بنحوه .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٥) « بدائع الصنائع » للكاساني ٥ : ٦٢ .

المرتبة الثانية : أم الولد ، والحكم فيها : أن نسب ولدها يثبت بدون الدعوى إذا كانت بحال يحل للمولى وطؤها ، أما إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطؤها لا يثبت النسب من المولى بدون الدعوى ، وللمولى أن ينفيه إذا لم تتطاول المدة مع العلم بالولادة ، ولم يقر به صريحاً ، ولم يقع الاستغناء عن نفيه ، ولم يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال .

وعن هذا قلنا : إذا جنى هذا الولد جناية ، وقضى القاضي على عاقلة المولى بالأرش ، أو جُني عليه وقضى القاضي بالأرش جناية الأحرار والقصاص لا يستطيع أن ينفيه المولى بعد ذلك ؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال ؛ لأنا حكمنا بحريته بسبب أن ولده لما قضى على عاقلته بالأرش إن كان جانياً ، وقضى له بأرش الأحرار إن كان مجنياً عليه ، والحرية مما لا يقبل النقض والإبطال ، ومتى حكمنا بنسب الولد بحكم لا يقبل النقض والإبطال ، ولا يمكن نفيه ، وقطع نسبه بعد ذلك لا يمكن قطعه إلا بعد نقض ذلك الحكم ، وذلك الحكم لا يقبل النقض .

ولم يذكر في ولد أم الولد ما إذا قبل[١] لا شك أنه يكون إقراراً[٢] ، فقد ذكر في عتاق « الفتاوى » : أنه لو هُنِّئَ المولى بولد الأمة فسكت ، يكون إقراراً ، فقبول[٣] التهنئة أولى أن يكون إقراراً لتهنئته فيه[٤] .

ولو مات هذا الولد لا يمكن المولى نفيه ، أما إذا ترك مالاً فلوجهين :

أحدهما : أنه صار محكوماً بكونه مخلوقاً من مائه بحكم لا يقبل البطلان ، وهو الميراث ، فإنه ورث منه بالولادة ، والوارثة منه

---

(١) في (م) : ماذا قيل ، والضمير في (قبل) راجع إلى المولى صاحب أم الولد .

(٢) في (م) و (ب) : إقرار .

(٣) في (م) : بقبول . وفي (ب) : لقبول .

(٤) « حاشية ابن عابدين » ٥ : ١٦٤ .

بالولادة حكم[1] بكونه مخلوقاً من مائه ، والإرث لا يقبل القطع والإبطال .

والثاني : أنه وقع الاستغناء عن نفيه ؛ لأن مقصود المولى من نفيه أن لا يستحق الولد عليه أحكام النسب ، وهو غير مخلوق من مائه ، وقد حصل بهذا المقصود للمولى بموت الولد إذا لم يترك مالاً فللوجه الثاني .

وإذا زوج الرجل أم ولده من رجل ، ومات عنها زوجها ، أوطلقها وانقضت عدتها ، ثم جاء بولد لستة أشهر منذ انقضت ، فهو ابن المولى ، وله أن ينفيه ما لم يوجد منه أحد الأسباب التي ذكرنا ، وهذا لأنه لما انقضت عدتها حلت للمولى ، وعادت فراشاً له ؛ لأن بانقضاء العدة يرتفع النكاح بحقوقه من كل وجه ، وهو المانع من ظهور فراشه ، وإذا ظهر حكم فراش المولى صار الحال بعد انقضاء العدة كالحال قبل النكاح ، وقبل النكاح له أم الولد إذا جاءت بالولد كان ثابت النسب[2] ، فكان للمولى أن ينفيه ما لم يوجد أحد من الأسباب التي ذكرناها ، كذا ههنا .

وإذا حرَّم المولى أم الولد على نفسه ، أو حلف أن لا يقربها ، فجاءت بولد ، لزمه ما لم ينفه ؛ لأن فراشها لا يبطل بتحريم المولى ، ولا بالإيلاء ، ألا ترى أنه لا يبطل فراش النكاح بالتحريم والإيلاء ، فكذا فراش ملك اليمين إلا أن الإيلاء في النكاح يبطل النكاح بعد أربعة أشهر، والإيلاء في الأمة لا يبطل ملك اليمين ؛ لأن الإيلاء يصير طلاقاً بعد مضي أربعة أشهر في المنكوحة ، ولا يصير طلاقاً في الأمة فيبقى يميناً .

---

(١) في (ب) : حكماً .

(٢) في (م) و (ب) : بولد فأبت .

ولو وطئها أبو المولى أو ابن المولى فحرمت على المولى ، ثم جاءت بولد بعد ذلك لأكثر من ستة أشهر لا يلزمه ، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر يلزمه ؛ لأن حرمة المصاهرة يزيل الفراش في ملك النكاح ، ففي ملك اليمين أولى ؛ لأن فراش ملك النكاح أقوى من فراش ملك اليمين ، إلا أنه يزول لا إلى عدة ، ثم جاءت بالولد ، وكان بمنزلة ما زال فراش النكاح قبل الدخول بها لا إلى عدة ، ثم جاءت بالولد ، وهناك لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت[١] النسب من الزوج ، وإن جاءت به لستة أشهر لا يثبت النسب منه ، كذا ههنا .

وإذا نفى المولى نسب [ولد][٢] أم الولد ينتفي نسبه بمجرد النفي ، وهذا لأن ثبات النسب ينبني على الفراش ، وفراش المنكوحة أقوى وآكد من فراش أم الولد ؛ لأن فراش المنكوحة يزول بسبب واحد وهو الطلاق ، وهو[٣] لا يزول بالتمليك من الغير ، فإنه لو زوج منكوحته من غيره لا يزول فراش الزوج ، وفراش أم الولد يزول بسببين وهو الإعتاق والتمليك من غيره ، [وما يزول بسببين][٤] أضعف مما يزول بسبب واحد ، وإذا كان فراش المنكوحة أقوى وآكد ، فالنسب الثابت على[٥] هذا الفراش يكون أقوى ، فلم يجز أن ينتفي بما ينتفي به نسب أم الولد ؛ لأنه حينئذٍ يكون تسوية بين الأقوى والأضعف ، وأنه لا يجوز ، وههنا دقيقة يجب حفظها أنه إنما ينتفي نسب أم الولد بمجرد النفي إذا لم يحدث العتق في الأم ، وسيأتي بعد ذلك هذا في نوع يتعلق بمسائل أم الولد ، وولد أم الولد إن شاء الله تعالى .

---

(١) في (هـ) : ثبت .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (هـ) : ولا يزول .

(٤) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) و (ب) : ويزول ما يكون .

(٥) في (ب) : الثابت بناء على .

المرتبة الثالثة : الأمة ، والحكم فيها : إن نسب ولدها بعد الولادة لا يثبت بدون دعوى المولى ، ويستوي في ذلك أن يدعي المولى نسب ولدها بعد الولاد ، أو يدعي نسبه وهو في بطنها بأن قال : هذا الحمل الذي في بطن أمتي هذه مني ، أو قال : هذا الولد الذي في بطن هذه مني . ولو قال : إن كان في بطن جاريتي هذه غلام فهو مني ، وإن كان جارية فهو من فلان ، أو قال : فليس مني ، فولدت ابنة ، ثبت نسبها منه ، هكذا ذكر في « عتاق[١] عصام » .

وفي « الأصل » : رجل له أمة حامل ، فقال : إن كان حملها غلاماً[٢] فهو مني ، وإن كان جارية فهو من فلان ، أو قال : فليس مني ، فولدت غلاماً وجارية لأقل من ستة أشهر ، يثبت نسبهما منه ، وكان ينبغي أن لا يثبت ؛ لأنه علق الدعوى[٣] بشرط للدعوة منه بدّ ، فلا يصلح[٤] . كما لو علقها بدخول الدار .

بيانه : أنه علَّق الدعوة بكون الحمل غلاماً ، وكون الحمل غلاماً أمر للدعوة منه بدّ ، فإنه لو قال : هذا الحمل مني ، كانت دعوة[٥] صحيحة ، وإن كان الحمل جارية ، وكان كون الحمل غلاماً كدخول الدار من هذا الوجه ، بخلاف ما لو قال : إن كان لها حمل فهو مني ، لأن هذا تعليق الدعوة بما لابد للدعوة منه بدّ[٦] ، لأنه لا بد لدعوة الحمل من وجود الحمل .

والجواب : الدعوة ههنا معلقة بأصل الحمل لا بصفة في الحمل ، والتعليق بأصل الحمل صحيح .

---

(١) في (ب) : غنام .

(٢) في (م) : غلام . وسقط من (ب) .

(٣) في (هـ) : الدعوة .

(٤) في (هـ) : يصح .

(٥) في (ب) : دعوته .

(٦) غير موجود في (هـ) .

بيانه : أنه وإن ذكر صفة الحمل إلا أنا لو اعتبرنا حقيقة الصفة يبطل التعليق ، ولو جعلنا ذكر الصفة عبارة عن الحمل مجازاً يصح التعليق ، ويمكن جعل الصفة مجازاً عن الموصوف لاتصال بينهما ، كما يقال : أعطيتها جزيلاً ، أي : عطاءً جزيلاً ، ويصير تقدير كلامه : إن كان حملها حملاً على الحقيقة فهو مني ، ولما قال بعد ذلك ، وإن كان جارية فليس مني ، [فتقديرها أيضاً ، وإن كان حملها على الحقيقة ، فليس مني ؛][1] فيصح الإقرار ، ولا يصح الرجوع بعد ذلك ، بخلاف دخول الدار ؛ لأن دخول الدار لا يمكن أن يجعل عبارة عن أصل الحمل ؛ لأنه لا اتصال[2] بينهما ، فتبقى الدعوة معلقة بالدخول حقيقة ، وأنه أمر منه بدّ[3] لصحة الدعوة ، وبخلاف ما إذا قال : إن كان حملك غلاماً فهو حر ، فولدت لأقل من ستة أشهر جارية حيث لا يعتق الجارية ؛ لأن تعليق العتق بالصفة صحيح ، فلا ضرورة إلى أن يجعل صفة مجازاً عن أصل الحمل ، أما هنا بخلافه ، وإنما يثبت نسبهما مع أنه ادعى نسب أحدهما ؛ لأنا تيقنا بوجودهما في البطن وقت الدعوة ، فدعوة نسب أحدهما ودعوة نسبهما على السواء ، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل في كتاب العتق في فصل أم الولد .

وفي « نوادر بشر بن الوليد »[4] عن أبي يوسف في أمة حامل أقر سيدها أنها حامل منه ، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ، أو لستة أشهر ، فنفاه ، قال : لا يكون ابنه ، وتكون أم ولده بإقراره ، وكذلك إذا لم تلد ، ولكن أسقطت سقطاً لم يتبين[5] خلقه .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) : لأنه لاتصال .

(٣) في (هـ) : به .

(٤) هي نوادر أبي يوسف ، من رواية بشر بن الوليد ، فنسبت إليه .
وبشر بن الوليد هو الكندي القاضي تقدمت ترجمته .

(٥) في (هـ) : يستبين .

وفي « المنتقى » عن أبي حنيفة رحمه الله : وإذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج وأنزل ، فأخذت الجارية ماءه في شيء واستدخلته فرجها في حدثان ذلك ، فعلقت الجارية وولدت ولداً ، فإن الولد ولد الرجل والجارية تصير أم ولده[١] .

ولو هُنِّئَ المولى بولد الأمة فسكت ، روي عن محمد - رحمه الله - : أنه لا يكون اعترافاً ، بخلاف ولد الحرة وولد أم الولد ، ولو قبل المولى التهنئة كان اعترافاً .

ومما يتصل بهذا النوع ما روى إبراهيم عن محمد في رجل وطئ جارية له ولم يبوئها بيتاً ولم يحصنها[٢] ؛ قال أبو حنيفة [رحمه الله][٣] : له أن ينفي ولدها ويبيعها ، وأما في قولي : فأحب أن يعتق ولدها ويتمتع منها ، فإذا مات أعتقها[٤] .

وذكر المعلى [عن أبي يوسف][٥] : في رجل له أمة يطأها ويحصنها ولا يعزل عنها ، فجاءت بولد ، لا يسعه أن ينفيه في قول أبي حنيفة وقولي ، وأحب لي أن يدعيه إذا كان يطؤها ولم يحصنها[٦] .

ومما يتصل بهذا أيضاً : إذا ولدت أمة الرجل ولداً ، فادعت أن مولاها أقر [به][٧] ، وجحد المولى ذلك ، فأقامت على ذلك شاهدين ، وشهد أحدهما أنه ابنه ولد على فراشه ، وشهد الآخر أن المولى أقر به ، فالقاضي لا يقبل شهادتهما ، لأن المشهود به قد اختلف ؛ لأن أحدهما شهد على الولادة ، وإنها فعل ، والآخر شهد على إقرار المولى بها ، وإنه قول ، والقول مع الفعل مختلفان .

---

(١) « البحر الرائق » لابن نجيم ٤ : ٢٩٢ ، « حاشية ابن عابدين » ٣ : ٥٢٨ .

(٢) في (ب) : يحصها .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) « الفتاوي الهندية » ٤ : ١١٤ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٦٨ .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

فإن قيل : كيف يعلم الشاهد ولادة الولد على فراشه ؟

قلنا : أصل الولادة يعلمها الشاهد بطريقين ، بالمعاينة : إن اتفق له ذلك كما في الزنا ، أو بالشهرة والتسامع ، وكونها على فراشه يعلم شرعاً إن كانت الوالدة منكوحة ، أو أم ولد ؛ لأن له فراشاً على المنكوحة وعلى أم الولد شرعاً ، وإن كانت الوالدة أمة يعلم بإقرار المولى أنها ولدت منه على فراشه ؛ لأن الأمة لا تصير فراشاً للمولى ما لم يقر بولادتها منه .

فإن قيل : إذا كان طريق وقوف[١] الشاهد ولادة ولد الأمة على فراش المولى أنها ولدت منه [كانت الشهادة على الولادة على فراشه شهادة على إقرار المولى أنها ولدت منه][٢] فينبغي أن تقبل الشهادة في هذه المسألة ؛ لأن شهادة كل واحد منهما قامت على القول .

قلنا : المشهود به شيئان : الولادة والفراش في الأمة ، والفراش في الأمة إن كان لا يعلم الشاهد إلا بإقرار المولى ، فالولادة يعلمها[٣] من غير إقرار المولى بالمعاينة فشهادتهما على الفراش إن قامت على القول معنى ، فشهادتهما على الولادة [على فراشه شهادة على إقرار المولى أنها ولدت منه ما قامت على القول فلا يثبت ، فينبغي[٤] أن تقبل الشهادة في هذه المسألة ؛ لأن شهادة كل واحد منهما قامت على القول .

قلنا : المشهود به على الولادة][٥] قد اختلف ، فلا تثبت الولادة بهذه الشهادة ، وما لم تثبت الولادة فالفراش لا يكفي .

---

(١) في (ب) : وفرق .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (ب) : بعلمها .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

وإن اتفق الشاهدان على إقرار المولى أنها ولدت منه ، قبلت شهادتهما لاتفاقهما على الإقرار ، ويصير الإقرار الثابت بالبينة كالإقرار الثابت عياناً ، وكذلك إذا شهدا على نفس الولادة على فراشه ، قبلت شهادتهما لاتفاقهما على نفس الفعل ، وهو الولادة .

وإذا كان المولى من أهل الذمة والأمة مسلمة ، فشهد شاهدان ذميان أنه أقر أنه ابنه منها ، وأنها ولدته على فراشه ، فهذا على وجهين :

الأول : أن تدعي هي ويجحد[1] المولى ، وفي هذا الوجه الشهادة مقبولة ، ونسب الولد ثابت منهما ، أما من المولى : فلأن المولى ذمي ، وشهادة الذمي على الذمي مقبولة ، وأما منها وإن كانت مسلمة ؛ لأنها ادعت أنها صارت أم ولد له ، وكانت هذه شهادة ذمي قامت للمسلم على الذمي .

الوجه الثاني : أن يدعي المولى وجحدت الأمة ، وفي هذا الوجه لا تقبل الشهادة ؛ لأن هذه شهادة ذمي قامت على المسلم ، قال شمس الأئمة - رحمه الله - : تأويل المسألة على الوجه الثاني أنها تجحد المملوكية للمولى ، أما لو أقرت بالمملوكية : فالمولى ينفرد بدعوة النسب ، ويثبت نسب الولد منه ، وتصير الجارية أم ولد له بإقراره ، ولا عبرة لتكذيبها[2] .

ومما يتصل بهذا الفصل أيضاً في معرفة أم الولد ، فنقول :

أم الولد الجارية التي يستولدها الرجل بملك اليمين ، أو استولدها بملك النكاح ، ثم اشتراها بعد ذلك ، أو ملكها بسبب آخر ، [أو استولدها بشبهة ، ثم اشتراها بعد ذلك ، أو ملكها بسبب آخر][3] ، وهذا مذهبنا ، وقال الشافعي[4] : إذا استولدها

(١) في (ب) : وجحد .

(٢) «المبسوط» للسرخسي ١٧ : ١٦٢ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) وجدت هذا القول للشافعية ، ولم أجده من كلام الإمام الشافعي ، انظر « المجموع » للنووي ٢٠ : ٣٣٢ .

بحكم النكاح ، ثم اشتراها ، لا تصير أم ولد له ، وإن[١] استولدها بالزنا ثم ملكها ، القياس أن تصير أم ولد له ، وهو قول زفر . وفي الاستحسان : ولا تصير أم ولد له ، وهو قول علمائنا الثلاثة ، والمسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وكذلك إذا[٢] قال الرجل : تزوجت هذه الجارية ، وولدت مني ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، وأنكر ذلك المولى الذي هي له ، فإذا ملكها الذي أقر بهذا بعد ذلك تصير أم ولد له عند علمائنا الثلاثة [رحمهم الله][٣] .

وإذا أسقطت أمة الرجل سقطاً استبان خلقه أو بعض خلقه ، تصير أم ولد له . وإن لم يستبن شيء من خلقه ، لا تصير أم ولد له عندنا .

وفي « المنتقى » : قال أبو يوسف : إذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد أسقطت منه ، فهذا إقرار أنها أم ولده ، قال : إنما يقع اسم السقط على ما تبين خلقه ، أما إذا لم يبن خلقه لا يسمى سقطاً[٤]، وقد ذكر هذه المسائل في كتاب العتاق .

نوع آخر في المسائل التي تتعلق بنفي الولد :

قال محمد - رحمه الله تعالى - : إذا تزوج الرجل امرأة ، وجاءت [بولد][٥] لستة أشهر منذ تزوجها ، والزوجان حران مسلمان ، فادعى أحدهما أنه ابنه وكذبه الآخر فهو ابنه منها ؛ لأن هذا الولد ولد النكاح القائم بينهما لما جاءت لستة أشهر منذ تزوجها ، وولد النكاح ثابت النسب من صاحب النكاح لا ينتفي نسبه إلا باللعان .

وكذلك لو قال الزوج : هذا الولد كان لك من زوج قبلي ، فقالت المرأة : بل هو منك ، فهو ولد الزوج ؛ لأنه ولد النكاح القائم بينهما ، ولا لعان بينهما ولا حد على الزوج ؛ لأنه لم يقذفها ، إنما نسبها إلى وطئ حلال ، فلا يوجب حداً ولا لعاناً .

---

(١) في (ب) : وإذا .

(٢) في (م) : إن .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) « الفتاوي الهندية » ٤ : ١١٤ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ولو قال الزوج : ولدته من الزنا وكذبته ، يلاعن بينهما ، ويقطع نسب الولد من الزوج ، ويلحق بالأم ، وإن صدقته فهو ابنهما ؛ لأن اللعان لا يجري بين المتصادقين .

وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد ، وأقر الزوج الأول منهما ، ونفى الآخر ، فهما ابناه ، ويلاعن بينهما لقطع النكاح ؛ لأنهما لا يتحريان في حق ثبات النسب ، فإذا أقر بأحدهما فكأنه أقر بهما ، فإذا نفى الآخر بعد ذلك فكأنه نفاهما جميعاً ، ولو أقر بهما ، ثم نفاهما ، يتلاعنان لقطع النكاح ، إن كانا لا يتلاعنان لقطع النسب فكذا ههنا .

فإن كان نفى الأول منهما وأقر بالثاني جلد الحد ، وكانا ابنيه ؛ لأنه لما نفى الأول فكأنه نفاهما ، فإذا أقر بالآخر فكأنه أقر بهما ، ولو نفاهما ثم أقر بهما لا يلاعن ؛ لأنه أكذب نفسه ، والملاعن إذا أكذب نفسه يجلد ، ولا يلاعن لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وإذا امتنع اللعان بقيا ابني الزوج من النسب .

وإذا تزوج الرجل امرأة وجاءت بولدين فنفاهما الزوج ، وقضى القاضي باللعان ، فمات أحدهما - يعني : أحد الولدين - قبل اللعان ، فهما ابنا الزوج ، ويلاعن لقطع النكاح ، وإنما كانا ابني الزوج لأنه تعذر قطع نسب الميت منهما باللعان ، فيتعذر قطع نسب الحي تبعاً له ، فبقي نسبهما ثابتاً من الزوج .

فإن قيل : أمكن قطع نسب الحي باللعان ، فيمكن قطع نسب الميت تبعاً له .

قلنا : اعتبار جانب الحي يوجب قطع نسبهما ، واعتبار جانب الميت يوجب ثبوت نسبهما ، ووقع الشك في القطع ، والنسب كان ثابتاً فلا يقطع بالشك ، وكذلك ولو لم يمت واحد من الولدين ، ولكن مات الزوج أو المرأة قبل اللعان ، فالولدان ثابتا النسب منهما ؛ لأنه تعذر إقامة اللعان بعد موت أحد الزوجين .

وكذلك لو التقيا عند القاضي إلا أن القاضي لم يفرق بينهما ، ولم يلزم الولد أمه حتى مات الزوج أو المرأة ، فالولدان ثابتا النسب منهما ؛ لأن بمجرد اللعان لا ينقطع نسب

الولد من الزوج ما لم يقطعه القاضي ؛ لأن قطع النسب من جملة اللعان ، وإقامة اللعان بعد موت أحد الزوجين متعذر ، فكذا قطع النسب الذي هو من جملة اللعان .

وإذا ولدت امرأة الرجل ولداً فنفاه الزوج ، ولاعن القاضي بينهما ، وفرق بينهما ، وألزم الولد أمه ، ثم ولدت ولداً آخر في ذلك البطن ، فإن الولدين يلزمان الأب ؛ لأن نسب الثاني يثبت من الزوج ؛ لأنه لم يوجد فيه نفي ولا لعان ، وثبات النسب الثاني يوجب ثبات النسب الأول .

فإن قيل : هلا اعتبرتم جانب القطع فقلتم : قطع نسب الأول يوجب قطع نسب الثاني .

قلنا : اعتبار نسب الثاني في حق النسب الأول من اعتبار الأول في حق القطع ، لأنا إذا اعتبرنا الثاني في حق ثبات النسب ، وثبت نسب الأول باعتبار الثاني كان في ذلك إبطال النفي في حق المنفي ، وأنه جائز كما لو أكذب الملاعن نفسه .

ولو اعتبرنا الأول في حق القطع ، وانقطع نسب الثاني باعتبار الأول ، فقد انقطع نسب الحبل باللعان ، وقطع نسب الحبل باللعان غير مشروع ، فكان اعتبار الثاني في حق إثبات النسب ، وفيه إثبات أمر مشروع [أولى من اعتبار الأول في حق القطع ، وفيه إثبات أمر غير مشروع][1] ، ولو كانت ولدتهما جميعاً ، وعلم بأحدهما ونفاه ، ولاعن ، وألزمه القاضي أمه ، وفرق بينهما ، ثم علم بالآخر ، فهما ابناه ؛ لأن نسب الذي علم بعد ذلك ثابت من الزوج ؛ لأنه لم يوجد في حقه نفي ولا لعان ، ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الآخر ؛ لأنهما لا يختلفان في النسب لكونهما توأمان ، فإن قيل : لم لا يجعل نسب أحدهما باللعان قطعاً في حق الآخر .

قلنا : اللعان يعتمد النفي في حق الآخر ، ولم يوجد من حيث الصريح ، لو جعل النفي موجوداً في حق الآخر ، إنما يجعل موجوداً من حيث المعنى ، إلا أن النفي لا يثبت

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

من حيث المعنى ، بل يعتمد الصريح ، وإذا لم يوجد في حق الآخر نفي صريح لا يثبت اللعان في حق الآخر ، فكان الآخر ثابت النسب ما لم يقطع باللعان ثانياً[١] ، وأما اللعان ثانياً[٢] فمتعذر ؛ لأن الزوجية انقطعت بها لفرقة بينهما ، ولأن الذي انقطع نسبه باللعان يحمل الثبوت منه بالإكذاب ، والذي نفي ثابت النسب منه بعدما قضى القاضي بينهما بالفرقة فنسبه لا يحتمل النفي عنه ؛ لأن انتفاء نسب ولد النكاح باللعان ، واللعان بعد وقوع الفرقة ممتنع ، وكان الترجيح لجانب إثبات النسب ، ولأن النسب يثبت في موضع الشبهة ، ولا ينتفي بمجرد الشبهة ، فكان الترجيح لجانب الإثبات .

ولو علم بالثاني قبل أن يفرق القاضي بينهما فنفاه ، فالقاضي يعيد[٣] اللعان بينهما لأجل الثاني ، ويقطع نسبهما من الزوج ؛ لأن النفي في حق الثاني وجد صريحاً ، وإقامة اللعان ممكن ، فيعاد اللعان ، ويقطع نسب الثاني من الزوج كما قطع نسب الأول .

وإذا أكذب الملاعن نفسه وادعى نسب الولد بعدما فرق القاضي بينهما ، وألزم الولد أمه ، إن كان الولد حياً يثبت نسب الولد منه ؛ لأنه بالإكذاب بطل اللعان ، لأن اللعان شهادة ، والشهادة تنفسخ برجوع الشاهد ، وإذا بطل اللعان صار وجوده كعدمه ، ولو عدم اللعان كان الولد ثابت النسب من الزوج ، فكذا ههنا ، ويقام عليه الحد لأنه [ملاعن أكذب نفسه ، والحكم في مثله الحد ، ثم يقام عليه الحد سواء كانت المرأة حية أو ميتة ؛ إن كانت حية فلا إشكال ؛ لأنه][٤] صار قاذفاً حية محصنة ، وإن كانت ميتة فلأنه يصير قاذفاً لها بالقذف السابق عند الإكذاب ، فيصير قاذفاً لها وهي ميتة ، ومن قذف ميتة كان على القاذف الحد ، وهو[٥] إذا كان الولد حياً ؛ لأن الحي محتاج إلى أن يتشرف بالنسب ويتجمل به ، فلا تصح دعوته .

---

(١) في (ب) : ثابتاً .

(٢) في (ب) : ثابتاً .

(٣) في (هـ) : بعد .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) : وهذا .

فإن ترك هذا الولد المنفي ابناً أو بنتاً ، أو ابن ابن فادعاه الملاعن صحت دعوته ؛ لأن الميت إن استغنى عن النسب فولده محتاج إليه حتى يثبت نسبه من الحد فيتشرف به ، وحاجة ولده وهو بعضه كحاجة نفسه .

ولو كان المنفي محتاجاً إلى النسب أليس أنه يصح دعوته ، فكذا إذا كان بعضه محتاجاً ، ولو كان الولد المنفي بنتاً فماتت ، وتركت بنتاً أو ابناً ، ثم أكذب الملاعن نفسه لم يُصَدَّق ، ولم يرث في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما يصدق ويرث .

فوجه قولهما : أن ولد الابن كما هو محتاج إلى نسب أبيه ، فولد الابنة يحتاج إلى نسب أمه ؛ لأن الإنسان كما ينسب إلى أبيه ينسب إلى أمه ، وكما يتشرف بشرف أبيه يتشرف بشرف الأم ، ويصير كريم الطرفين ، فكأن[1] في الفصل الأول جعل بقاء ولد الولد المنفي كبقاء الولد المنفي ، فكذا في هذا الفصل يجعل كذلك ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن هذا الولد غير منسوب إلى الملاعن ؛ لأن نسب الولد إلى قوم أبيه لا إلى قوم أمه ، فلا يعمل إكذاب الملاعن نفسه في حقه بخلاف الفصل الأول .

وإذا لاعَنَ الرجل بجارية ، وألزمها الأم ، ثم أراد ابن الملاعن أن يتزوجها لم يكن له ذلك ، ويفرق بينهما ، وكذلك الملاعن نفسه لو ادعى أنه لم يدخل بالأم ، وتزوج بالنسب يفرق بينهما ؛ وهذا لأن النسب باقٍ في حق حرمة [المناكحة كما في حق حرمة][2] وضع الزكاة عنده وقبول الشهادة .

بيانه : أن النسب ، وإن انقطع باللعان حقيقة إذا كان ممكن الإعادة يعتبر قائماً حكماً ، هذا أصل ممهد في قواعد الشرع ، فإذا كان النسب بعد اللعان منقطعاً حقيقة قائماً حكماً ، كان قائماً من وجه ، منقطعاً من وجه ، فاعتبرناه منقطعاً في حق الميراث والنفقة ، واعتبرناه قائماً في حق حرمة وضع الزكاة ، وقبول الشهادة أخذ بالاحتياط في كل فصل .

---

(١) في (ب) : فصار .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ولأجل ما ذكرنا قلنا بأنه لا يصح دعوة غيره نسب ولد الملاعنة ؛ لأن النسب الأول باق من وجه[١] .

نوع آخر في بيان ولد المطلقة :

طلق الرجل امرأته ثم جاءت بولدين ، فهذه المسألة على وجهين :

أما أن كان الطلاق رجعياً أو بائناً ، وكل وجه من ذلك على ثلاثة :

أما إن جاءت بهما لأقل من سنتين .

أو جاءت بهما لأكثر من سنتين [أو جاءت بأحدهما[٢] لأقل من سنتين][٣] بيوم .

وبالآخر لأكثر من سنتين بيوم .

وبدأ محمد في الكتاب بالطلاق الرجعي ، فقال : إذا جاءت بولدين لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، ولم تقر المرأة بانقضاء العدة ، فنفى الزوج الولد الأول ، ثم ولدت الثاني ، فهما ابناه ؛ لأنهما ولدا النكاح ، ونسب ولد النكاح لا ينقطع إلا باللعان ، واللعان ههنا متعذر .

بيانه : أن المرأة وإن كانت منكوحة له وقت نفي الولد الأول لقيام العدة ، إلا أنها لما ولدت الثاني بعد ذلك فقد انقضت عدتها ، وانقضاء العدة في الطلاق الرجعي يقطع النكاح ، وانقطاع النكاح بعد النفي يمنع جريان اللعان لقيام الزوجية وقت النفي ، والعقد متى انعقد موجباً للعان لا يوجب الحد بعد ذلك إلا بإكذاب الملاعن نفسه ، ولم يوجد الإكذاب ههنا .

وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين ، وقد نفى الأول فإنه لا يلاعن بينهما لقطع النكاح ، وقطع النسب يكون موقوفاً إن نفى الثاني قطع نسبهما منه وإلا فلا ، أما لا يلاعن بينهما

---

(١) في (ب) زيادة : والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢) في (هـ) : بهما .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

لقطع النكاح ؛ لأنا نتيقن أن العلوق بالولدين عن وطء بعد الطلاق ؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين عندنا ، فصار الزوج مراجعاً لها ، فولادة الولد الثاني حصلت بعد رجعة الزوج ، فيكون النكاح قائماً وقت ولادة الولد الثاني ، وهما من أهل اللعان بينهما ، وإنما كان قطع النسب موقوفاً على نفي الثاني ، لأن نفي الأول لا يكون نفياً للثاني في حق اللعان فبقي الثاني ثابت النسب ، وثبوت نسب أحدهما يوجب ثبوت نسب الآخر ، فلهذا توقف قطع النسب على نفي الثاني .

فإن قيل : كان ينبغي ألا يقطع نسبهما وإن نفى الثاني ؛ لأنا حكمنا بكون الولدين مخلوقين من مائه لما حكمنا بالرجعة ، وكون الولد مخلوقاً من مائه يمنع قطع النسب باللعان كما لو كان مقراً به .

قلنا : اختلفت عبارة المشايخ في الجواب :

فعبارة بعضهم : أن الحكم يكون مخلوقاً من مائه لو ثبت إنما يثبت إذا ثبت الحكم بالرجعة بوطء الزوج ولم يحكم بالرجعة بوطء الزوج ؛ لأن الرجعة كما تثبت بالوطء تثبت بدواعي الوطء وعقد مائه ، وهي المس عن شهوة[1] .

وعبارة بعضهم وهو الأصح : أنّا وإن لو حكمنا بكون الولدين مخلوقان[2] من مائه ، فإنما حكمنا بالرجعة ، والرجعة مما يقبل الإبطال بعد ثبوتها ، فإنه لو طلقها ثلاثاً بعد الرجعة يبطل الرجعة ، والحكم بكون الولد مخلوقاً من [(ماء لما حكمنا) الإنسان إذا كانت بسبب حكم يقبل البطلان لا يمنع القطع باللعان ، ألا ترى أن قبل النفي حكمنا بكون الولد مخلوقاً][3] من مائه لما حكمنا بثبات النسب ، ثم لم يمنع ذلك جريان اللعان ، وقطعه به لما كان النسب يقبل القطع والإبطال بعد الثبوت .

---

(١) في (هـ) : عن شهوته . وفي (ب) : عند شهوده .

(٢) في (م) : الولد مخلوقاً . والمثبت من (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين بيوم ، وجاءت بالآخر لأكثر من سنتين بيوم ، ونفى الزوج الأول منهما ، فالجواب فيه عند أبي حنيفة [- رحمه الله -][1] وأبي يوسف كالجواب فيما إذا جاءت بهما لأقل من سنتين بيوم ؛ لأنهما يجعلان الثاني تبعاً للأول ؛ لأن لا بد من جعل أحدهما تبعاً للآخر ؛ لأنهما خلقا من ماء واحد ، فكان جعل اللاحق تبعاً للسابق أولى ؛ لأن للسبق أثراً في كثير من الأحكام .

وعند محمد الجواب فيه كالجواب فيما إذا جاءت بهما لأكثر من سنتين ؛ لأنه يجعل الأول تبعاً للثاني ؛ لأن العلوق بالثاني متيقن أنه بعد الطلاق ؛ لأن الولد لا يبقى في الولد أكثر من سنتين ، والعلوق بالأول مشكوك يجوز أن يكون بعد الطلاق ، ويجوز أن يكون قبله ، ولا شك بأن جعل المتيقن أصلاً أولى[2] هذا الذي ذكرنا إذا كان الطلاق رجعياً .

[فإن كان الطلاق بائناً][3] فإن جاءت بهما لأقل من سنتين من وقت الطلاق فهما ابناه ؛ لأنهما ولدا النكاح ، وتعذر قطع نسبهما باللعان لانقطاع الزوجية ، وعلى الزوج حد القذف ؛ لأنه قذفها وهي أجنبية عنه [محصنة .

وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين ؛ لا يثبت نسبهما من الزوج ، ولا حد على الزوج وإن قذفها وهي أجنبية عنه][4] لما أنها في صورة الزانيات ، لأن في حجرها ولد لم يثبت نسبه من أحد .

وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين بيوم ، وجاءت بالآخر لأكثر من سنتين ؛ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، هذا وما لو جاءت بهما [لأقل من سنتين سواء ، وعلى قول محمد - رحمه الله - هذا وما لو جاءت بهما][5] لأكثر من سنتين سواء .

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ب) .

(٢) « بدائع الصنائع » للكاساني ٥:٦٢ بنحوه .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

وإذا طلق الرجل امرأته واحدة بائنة ، وقد دخل بها ، ثم تزوجها ثانياً ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح الثاني فنفاه ، فإنه يلاعن بينهما لقيام النكاح بينهما في الحال ، ويفرق بينهما ، والولد ثابت النسب من الأب ، لأنا تيقنا أن العلوق به كان في النكاح الأول ، والنكاح الأول قد انقطع ، والنكاح الذي منه الولد إذا انقطع لا يمكن قطع نسب الولد بعد ذلك باللعان ؛ لأن الولد فرع النكاح ، ولا يمكن قطع ذلك النكاح الأول باللعان ، فكذا قطع نسب ولد يكون منه .

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً فإنه يلاعن ويقطع نسب الولد ؛ لأن علوق هذا الولد من النكاح الثاني ؛ لأن الوطء حلال للزوج ، فيحال به على أقرب الأوقات ، فالنكاح الذي منه هذا الولد قائم فيجوز قطع نسبه باللعان[1] .

نوع آخر في نفي ولد المنكوحة إذا كانت أمة :

وإذا كانت منكوحة الرجل أمة جاءت بولد فهذا على وجهين :

الأول : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، وفي هذا الوجه إن ادعاه الزوج لا يثبت نسبه إلا بتصديق المولى ، لأن علوق هذا الولد كان في ملك المولى فيحتاج إلى تصديق المولى لثبات نسبه ، كما قبل النكاح ، وإن نفاه لا يلزمه ؛ لأنه لا يلزمه بدون النفي ، ففي النفي[2] أولى .

الوجه الثاني : أن تجيء به لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح ، وفي هذا الوجه يثبت نسب الولد منه ادعاه أو لم يدع ؛ لأنه ولد النكاح ، وإن نفاه لا يلاعن بينهما ؛ لأن اللعان لا يجري بين الحر والأمة ، ولا ينتفي نسب الولد ؛ لأن نسب ولد المنكوحة لا ينتفي إلا باللعان ، ولا لعان ههنا ، ولا حد عليه ؛ لأنها ليست بمحصنة ، فإن كان المولى أعتق الأمة ، ثم جاءت بولد فهذا[3] على وجهين :

---

(١) في (ب) زيادة : والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المآب .

(٢) في (ب) : الوجه .

(٣) في (هـ) : فهو .

الأول : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، وفي هذا الوجه [إن ادعاه الزوج لا يثبت نسبه إلا بتصديق المولى ؛ لأن علوق هذا الولد كان في ملك المولى ، فيحتاج إلى تصديق المولى لثبات نسبه كما قبل النكاح ، وإن نفاه لا يلزمه ؛ لأنه لا يلزمه بدون النفي ، ففي النفي أولى .

الوجه الثاني : أن يجيء به لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح ، وفي هذا الوجه يثبت نسب الولد منه ادعاه أو لم يدع ؛ لأنه ولد النكاح ، وإن نفاه لا يلاعن بينهما ؛ لأن اللعان لا يجري بين الحر والأمة ، ولا ينتفي نسب الولد ؛ لأن نسب ولد المنكوحة لا ينتفي إلا باللعان ، ولا لعان ههنا ، ولا حد عليه ؛ لأنها ليست بمحصنة ، فإن كان المولى أعتق الأمة ثم جاءت بولد فهو على وجهين :

الأول : **أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق** وأنه على وجهين أيضاً :

الأول : أن يدعي الزوج الولد وفي هذا الوجه][1] ثبت نسب الولد من الزوج ؛ اختارت زوجها أو نفسها[2] قبل الدعوة أو بعد الدعوة ، إن اختارت زوجها فلان النكاح قائم وقت العلوق[3] ، ووقت الدعوة ، وذلك كاف لثبات النسب بدون الدعوة ، فمع الدعوى أولى ، وإن اختارت نفسها حتى باتت ، فكذلك إن اختارت نفسها [بعد الدعوة][4] فظاهر ، وإن اختارت نفسها

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : نفسها أو زوجها .

(٣) أي الحمل .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

قبل الدعوة ، فلأن النكاح إن كان منقطعاً وقت الدعوة فقد كان قائماً وقت العلوق ، وأنه كاف لثبات النسب من غير دعوة ، فمع الدعوة أولى .

الوجه الثاني : أن ينفي الزوج الولد ، وفي هذا الوجه إن اختارت زوجها فنسب الولد ثابت منه ، ويتلاعنان لقطع النكاح ، أما نسب الولد فلأنه ولد النكاح ، وتعذر قطعه باللعان ؛ لأنهما لم يكونا من أهل اللعان وقت العلوق .

وأما التلاعن يقطع فلأن النكاح قائم وقت النفي ، وهما من أهل اللعان وقت النفي ، فيتلاعنان لقطع النكاح [إن كانا لا يتلاعنان لقطع النسب ، وهو نظير ما لو نفى ولد امرأته بعدما أقر به ، فإنهما يتلاعنان لقطع النكاح][1] لا لقطع النسب ، كذا ههنا ، وإن اختارت نفسها ، فإن كان ذلك قبل نفي الولد ، ثم نفى الزوج الولد فنسب الولد ثابت من الزوج ولا يلاعن ؛ لأنه لا نكاح بينهما وقت النفي ؛ لأنها بانت باختيارها نفسها قبل النفي ، ولا يقام اللعان بعد البينونة ، ويجب الحد على الزوج ؛ لأنها محصنة وقت القذف .

وإن كان اختيارها نفسها بعد[2] النفي قبل إقامة اللعان فالولد ثابت النسب من الزوج ، ولا لعان ؛

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (ب) : قبل .

لأنها بانت من زوجها ، ولا حد أيضاً لأن القذف انعقد موجباً للعان ؛ لأنها كانت محصنة وقت القذف منكوحة للقاذف ، والقذف متى انعقد موجباً للعان لا يوجب الحد إلا إذا أكذب الملاعن نفسه ، ولم يوجد ذلك ههنا ، [هذا][1] إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت[2] العتق[3] .

فأما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً من وقت العلوق[4] ، فإذا ادعى الزوج الولد ، فالولد ثابت النسب منه ، ولا حد ولا لعان في الوجوه كلها ، وإن نفاه فهو على وجهين :

- إن اختارت زوجها ، فهما يتلاعنان ، وهل يقطع نسب الولد ؟ فيه قياس واستحسان ، القياس : أن لا ينقطع ، وفي الاستحسان : يقطع على ما مر .
- وإن اختارت نفسها قبل نفي الولد ، فإن الولد ثابت النسب من الزوج ولا لعان لأنه قذفها وهي أجنبية ، ولكن يجب الحد لأنها محصنة وقت القذف .

وإن اختارت نفسها بعد النفي قبل إقامة اللعان ، فالولد ثابت النسب من الزوج ، [ولا لعان ولا حد لما مر .

رجل تحته أمة اشتراها من مولاها ، ثم جاءت بالولد ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء فالولد ثابت النسب من الزوج][5] ، سواء كانت المرأة مدخولاً

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (م) و (ب) و (ك) : العتق .

(٤) في (هـ) : العتق .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

بها أو غير مدخول بها ؛ لأنه ولد النكاح بيقين ، وولد النكاح ثابت النسب [مدخولاً بها (أو غير مدخول بها)[1]][2] ، فإن نفاه الزوج في هذه الصورة فالولد ثابت النسب من الزوج ، ولا لعان بينهما ، إما لأن المقذوف أمة ، أو لأن النكاح قد انقطع وقت القذف ، ولا حد أيضاً ؛ لأن القذف صادف أمة ، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت الشراء ، فإن ادعاه الزوج ثبت النسب منه ، وإن نفاه لا يثبت النسب منه سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها لأنه ولد الأمة .

بيانه : أن العلوق حادث والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات إلا لضرورة ، وذلك بأن يتضمن إحالتها على أقرب الأوقات نسبة الزوج إلى ارتكاب الحرام كما في الطلاق البائن ، فإن الوطء بعد الطلاق البائن حرام على الزوج ، فيحال بالعلوق على أبعد الأوقات ، وهو ما قبل النكاح ، صيانة له عن النسبة إلى الحرام ، أو يتضمن خلاف السنة ، بأن يصير الزوج مراجعاً بالوطء فيحال بالعلوق على أبعد الأوقات ، صيانة للزوج عن النسبة إلى مخالفة السنة ، وهذه الضرورة معدومة في مسألتنا ؛ لأن الوطء حلال للزوج بعد الشراء بملك اليمين ، ولا يصير مراجعاً بالوطء بعد الشراء ، فيحال بالعلوق على ما بعد الشراء ، فهو معنى قولنا : إن هذا ولد الأمة ، وولد الأمة لا يثبت نسبه بدون الدعوى ، فمع المنفي أولى .

رجل تحته أمة اشتراها من مولاها فأعتقها ثم جاءت بالولد ، هذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق ، فإن ادعاه يثبت نسبه منه سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها ؛ لأنها إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء ، فهذا [ولد النكاح .

---

(١) ما بين قوسين غير موجود في (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء فهذا][1] ولد أمته وقد ادعاه ، ومن ادعى ولد أمته يثبت النسب منه ، وإذا ثبت النسب منه صارت الجارية أم ولد له ، لأنه ملك جارية له منها ولد ، وهو ثابت النسب منه .

وأما إذا نفاه الزوج : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء لا ينتفي نسبه ، ولا لعان بينهما لانقطاع النكاح ، ويحد حد القذف ؛ لأن المقذوف محصنة أجنبية من القاذف وقت القذف ، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء ، فإن نسب الولد لا يثبت منه ؛ لأنه ولد أمة لما بينا أن العلوق حادث يحال به على أقرب الأوقات ما أمكن ، ولا لعان لانقطاع النكاح ، ولا حد على الزوج ؛ لأن في حجرها ولد غير ثابت النسب من أحد فكانت في صورة الزانيات .

الوجه الثاني : إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت العتق ، فإن ادعى الزوج نسب الولد ثبت نسبه منه ، سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، وإن نفاه : إن كانت المرأة غير مدخول بها ، لا يثبت نسبه منه عندهم جميعاً ، وإن كانت المرأة مدخولاً بها ونفاه ، أو لم ينفِ ، ولم يدع بل سكت ، اختلفوا فيه .

قال أبو يوسف رحمه الله : لا يثبت نسبه من الزوج ، ولا يضرب الحد إذا نفى . وقال محمد [رحمه الله][2] : يثبت النسب من الزوج ، ويضرب الحد إذا نفى .

وجه قول محمد : أنَّ هذه معتدة قد ثبت نسب ولدها من صاحب العدة إلى سنتين ، [وإنما قلنا : هذه معتدة قد ثبت نسب ولدها من صاحب العدة إلى سنتين][3] لأن العدة قد وجبت بالفرقة الواقعة بالشراء ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وظهر بالعتق ، حتى لزمها الاتقاء عن محظورات العدة ، وحرم على الزوج ، ولا يحل له أن يتزوج بأختها وأربع سواها ، بخلاف ما لو لم يعتقها ، وجاءت بالولد لستة أشهر من وقت الشراء ، فإنه لا يثبت نسبه من غير دعوة ؛ لأنا قلنا : معتدة جاءت بولد ، وقبل العتق بعد الشراء ، لا يظهر العدة في حق المولى ، فإن شيئاً من أحكامها لا يظهر في حق المولى ، فكان بمنزلة المطلقة قبل الدخول بها من هذا الوجه .

وأما أبو يوسف ، يقول : إن هذا[1] ولد الأمة ، فلا يثبت نسبه بدون الدعوة ، قياساً على ما لو لم يعتقها .

بيانه : أن العلوق حادث ، فيحال بالحدوث على أقرب الأوقات ما أمكن ، وأمكن إحالته إلى ما بعد الشراء ؛ لأن الوطء حلال للمولى بعد الشراء بملك اليمين ، ولا يصير المولى بالوطء مراجعاً حتى يصير مخالفاً للسنة ، بخلاف المطلقة بعد الدخول بها إذا جاءت بولد ؛ لأن الوطء حرام على الزوج بعد الفرقة إن كان الطلاق بائناً ، وإن كان رجعياً يصير الزوج مراجعاً بالوطء ، وأنه خلاف السنة ، فأحيل به على حال النكاح ، فكان ولد منكوحة ، وإذا لم يثبت النسب من الزوج عند أبي يوسف لم يجب الحد ، وإن نفى ، فإن في حجرها ولداً غير ثابت النسب .

[وعند محمد لما ثبت النسب لا يجب الحد ، وإن نفى أن ليس في حجرها ولد غير ثابت النسب][2] من أحد .

الوجه الثالث : إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت العتق ، فإن ادعاه الزوج ثبت نسبه منه ، وإن نفاه لا يثبت نسبه منه عندهم كما في المطلقة ، وإذا لم يثبت نسب الولد من النكاح لا يجب الحد لما ذكرنا .

---

(١) في (ب) : هذه .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

رجل تحته أمة اشتراها ، ثم باعها من غيره ، ثم جاءت بولد بعد البيع ، فهذه المسألة على وجوه أيضاً :

الأول : أن تجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت شراء الزوج إياها ، في هذا الوجه يثبت نسبه منه ، ادعاه أو سكت أنه ولد النكاح ، وولد النكاح ثابت النسب من الزوج ادعاه أوسكت ، وإذا ثبت النسب ظهر بطلان بيع الزوج ؛ لأنه ظهر أنه باع أم ولده الحر[١] فوجب على الزوج رد الثمن ، وإن نفاه لا ينتفي نسبه أيضاً ، لأن نسب ولد النكاح لا ينقطع إلا باللعان ، وتعذر إقامة اللعان ههنا لانقطاع النكاح ، وكون المقذوف أمة .

الوجه الثاني : إذا جاءت بالولد لستة أشهر فقط منذ اشتراها الزوج [فيكون لأقل من ستة أشهر][٢] فادعاه الزوج ، فالجواب [فيه][٣] كالجواب فيما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر [من وقت شراء الزوج إياها][٤] منذ اشتراها الزوج ؛ لأنها لو ولدت لستة أشهر منذ اشتراها الزوج ، فيكون لأقل من ستة أشهر منذ باعها ، ومن باع جارية وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ باعها ، وادعاه البائع صحت دعوته .

الوجه الثالث : إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج ، وأنه على وجوه أيضاً :

- **إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ بيع الزوج** ، وادعاه الزوج يثبت نسب الولد منه من غير تصديق المشتري ، وبطل البيع كما لو باع أمة لم تكن زوجة له ، وجاءت بولد عند المشتري لأقل من ستة أشهر من

---

(١) في (ب) : أم ولده وولده الحر .

(٢) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) .

وقت البيع ، فإن نفاه الزوج في هذه الصورة لا يثبت نسبه ، لأنه ولد الأمة ، ولم يدع نسبه ، وإذا لم يثبت النسب بقي البيع على حاله .

- **وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت بيع الزوج ،** وادعاه ، فإن كانت المرأة غير مدخول بها لا يثبت نسبه إلا بتصديق المشتري ، كما لو باع أمة لم تكن زوجة له وجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت البيع ، وادعاه البائع ، فإذا صدقه المشتري حتى ثبت النسب بطل البيع ، وإن كانت المرأة مدخولاً بها ، وباقي المسألة بحاله[1] ، كان أبو يوسف يقول أولاً : تصح دعوته من غير تصديق المشتري ، وهو قول محمد .

ووجه ذلك : أن هذه ولد المعتدة ، لأن العدة وجبت بالفرقة الواقعة بالشراء ، وظهر بالبيع حتى لا يحل للمشتري أن يقربها ما لم تقض عدتها ، والمعتدة إذا جاءت بولد إلى سنتين ثبت نسبه من صاحب العدة من غير تصديق ودعوة ، كما في المطلقة ، كما لو أعتقها الزوج في هذه الصورة على قول محمد ، وإنما شرط محمد - رحمه الله - الدعوة ههنا لثبات النسب ، وإن كان ولد المعتدة لأجل الضرورة ؛ لأنها متى لم تشترط الدعوة وأثبتنا النسب بدون الدعوة ابتداءً ، لزمنا اشتراط الدعوة انتهاءً .

بيانه : أنه متى ثبت النسب بدون الدعوة ينتقض البيع ، وصار كأنه لم يبع ، ولو لم يبع ، وجاءت بالولد لستة أشهر منه اشتراها الزوج لا يثبت النسب إلا بالدعوة ، فثبت أنا لو لم نشترط الدعوة ابتداءً ، لشرطناها انتهاءً ، فشرطناها من الابتداء لهذه الضرورة بخلاف ما لو أعتقها على أصل محمد - رحمه الله - ؛ لأن هناك

---

(١) في (هـ) : بحالها .

لو لم يشترط الدعوة من الابتداء لثبات النسب لا يلزمنا اشتراطها في الانتهاء إذا جاءت بالولد بعد العتق لا ينتقض العتق ، وبخلاف ما لو لم يكن المرأة مدخولاً بها ؛ لأن هناك بالشراء وقت الفرقة قبل الدخول من غير عدة ، وكان ولد أمة لا ولد معتدة .

وجه قول أبي يوسف الآخر أن هذا ولد الأمة لأن العلوق يحال على ملك اليمين على ما مر في فصل العتق ، فقد جاءت بالولد بعد البيع لستة أشهر ، فإذا ادعاه البائع يجب أن لا تصح دعوته من غير تصديق ، كما لو لم تكن الأمة زوجة له ، هذا إذا ادعاه ، وإن نفاه لا يثبت نسبه عندهم جميعاً .

- **إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت بيع الزوج** ، إن ادعاه الزوج لا يثبت نسبه إلا بتصديق المشتري عندهم جميعاً ، أما عند أبي يوسف الآخر فلأنها إذا جاءت به إلى سنتين لا يثبت النسب إلا بتصديق المشتري فههنا أولى .

وأما عند محمد فلأنها يعتبرها بالمعتدة ، والمعتدة إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت الفرقة لا يثبت النسب من غير دعوة ، فههنا كذلك ، وإن نفاه لا يثبت النسب عندهم جميعاً .

رجل تحته أمة[1] رجل اشتراها ، ثم باعها من آخر ، فولدت في يد المشتري ولداً ، وأعتق المشتري الولد ، ثم ادعاه البائع وقد كان دخل بها في النكاح ، فهذا على وجهين أيضاً :

الأول : أن تجيء بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج ، وفي هذا الوجه يثبت نسب الولد من الزوج ، ادعاه الزوج أو لم يدعِ ، لأنه ولد النكاح وبطل البيع ، وبطل عتق المشتري ؛ لأنا تيقنا أنه باع أم ولده ، [وأن الولد كان حراً .

(١) في (م) : امرأة .

وإن جاء به لستة أشهر منذ اشتراها الزوج لا يثبت نسبه منه ، لأنه ولد الأمة فلا يصح فيه دعوة البائع بعدما أعتقه المشتري ، كما لو لم تكن الأمة زوجة له .

وإن لم يكن المشتري أعتق الولد ولكن أعتق الأم ، فهذا على ثلاثة أوجه :

الأول : إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج ، وفي هذا الوجه صحت دعوته في حق الأم والولد جميعاً ، لأنه ولد النكاح ، وكان ثابت النسب من الزوج ، وإن لم يدعه وظهر أنه باع أم الولد][1] ، وظهر بطلان البيع ، وظهر بطلان إعتاق المشتري .

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ اشتراها الزوج ، فإن كان لأقل من ستة أشهر منذ باعها لا يثبت النسب إلا بالدعوة ؛ لأنه ولد الأمة ، وإذا ادعى صحة دعوته في حق الولد ، ولم تصح دعوته في حق الأم ، [كما لو باع أمة ليست بزوجة له وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، فأعتق المشتري الأم ، ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته في حق الولد من غير تصديق المشتري حتى يرد الولد على البائع ، ولا يسلم للبائع ما قبض من حصته من الثمن ، ولم تصح دعوته في حق الأم][2] ، حتى لا يرد الأم على البائع ، ويسلم للبائع ما قبض من حقها من الثمن ، كذا ههنا ، وإن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ باعها الزوج فإنه لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري عند أبي يوسف الآخر .

وعند محمد تصح دعوته إلى سنتين من غير تصديق المشتري إذا كانت مدخولاً بها لمكان العدة ، وهو قول أبي يوسف الأول ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ اشتراها فسواء جاءت لأقل من سنتين أو لأكثر من سنتين منذ باعها الزوج لا تصح دعوة الزوج إلا بتصديق المشتري ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

إلا أنه إن جاءت بالولد لسنتين من وقت البيع وصدقه المشتري ينتقض البيع ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لا ينتقض البيع .

وإذا طلق الرجل امرأته الأمة تطليقة بائنة ، ثم أعتقت ، ثم جاءت بالولد إلى سنتين منذ طلقها فإنه يلزمه إياها ، لأنه ولد النكاح ؛ لأن العلوق ههنا يحال به على أبعد الأوقات وهو وقت النكاح ؛ لأن الوطء حرام بعد النكاح ، ويضرب الزوج الحد [إن نفاه][1] ؛ لأنه قذفها وهي محصنة أجنبية من القاذف ، وولاء الولد لمولى الأم ؛ لأنه معتق قصدي ، إلا أنا حكمنا بوجوده وقت إعتاق الأم حيث أحلنا العلوق على حال النكاح ، والمعتق القصدي لا يتبع أحداً في الولاء ، ويكون ولاؤه للمعتق ، قال عليه السلام : « الولاء للمعتق »[2] ، ولو مات الأب وقد أعتقت بعده بيوم ، وجاءت بالولد إلى سنتين فالجواب فيه ، والجواب فيما إذا طلقها سواء ؛ لأن العدة كما تجب بالطلاق تجب بالموت ، وإذا كانت امرأة الرجل أمة ، فولدت منه ولداً فاشتراها الزوج وأعتقها وتزوجها ، ثم ولدت ولداً آخر لستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها فنفاه لاعن القاضي بينهما ، ولزم الولد أمه ، أما اللعان فلأنهما من أهل اللعان وقت النفي ، ويقطع نسب الولد ؛ لأن العلوق يحال به على أقرب الأوقات ، وهو ما بعد النكاح ، وهما من أهل اللعان في ذلك الوقت .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) هذا حديث متفق عليه من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، أخرجه البخاري في « صحيحه » ٤: ٣٧٠ مع « الفتح » باب الشراء والبيع من النساء رقم ٢١٥٥و٢١٥٦ . و٤: ٣٧٦ في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لاتحل ، رقم ٢١٦٨و٢١٦٩ . و٥: ١٨٧ في كتاب المكاتب ، باب ما يجوز من شروط المكاتَب ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله ، رقم ٢٥٦١و٢٥٦٢ . و٥: ١٩٠ كتاب المكاتَب ، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس ، رقم ٢٥٦٣ . و٥ : ٢٠٣ كتاب الهبة ، باب قبول الهدية ، رقم ٢٥٧٨ . و٥: ٣١٣ كتاب الشروط ، باب الشروط في البيوع ، رقم ٢٧١٧ . و٥: ٣٢٦ كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء ، رقم ٢٧٢٩ . و٩: ١٣٨ كتاب النكاح ، باب الحرة تحت العبد ، رقم ٥٠٩٧ . و٩ : ٤٠٤ كتاب الطلاق ، باب لايكون بيع الأمة طلاقا ، رقم ٥٢٧٩ . و١٢: ٣٩ كتاب الفرائض ، باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط ، رقم ٦٧٥١ . و١٢: ٤٠ كتاب الفرائض ، باب ميراث السائبة ، رقم ٦٧٥٤ . و١٢ : ٤٥ كتاب الفرائض ، باب إذا أسلم على يديه ، رقم ٦٧٥٧ . و١٢ : ٤٧ كتاب الفرائض ، باب ما يرث النساء من الولاء ، رقم ٦٧٥٩ .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » ٢: ١١٤١ كتاب العتق ، باب الولاء لمن أعتق ، رقم ١٥٠٤ .
وكلاهما رواه بلفظ « الولاء لمن أعتق » .

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها آخر أو لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها ويلاعن ويلزم الولد إياه ، لأنها بالشراء صارت أم ولد له ، فإذا جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح الأخير علمنا أن العلوق كان سابقاً على هذا النكاح ، فكان [ولد][1] أم الولد ونسب ولد أم الولد لا ينتفي بمجرد النفي بعدما ثبت فيها العتق ، واللعان متعذر ؛ لأن حالة العلوق لم يكونا من أهل اللعان ، ولو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لاعن القاضي بينهما ، ولزم الولد أمه ، لأن العلوق كان في حال النكاح حال ما [لا][2] يجري بينهما اللعان ، ويضرب الحد إذا كانت أم الولد مسلمة لأنها محصنة ، ولو صدقته المرأة أن الولد ليس منه لم يصدقا[3] على الولد ؛ لأن النسب من حق الولد ، وقد استحق النسب ؛ لأنه ولد النكاح ، فلا يصدقان على إبطال حقه ، والله أعلم[4] .

نوع آخر في المسائل التي تتعلق بأم الولد ، وولد أم الولد :

الجارية إذا كانت بين رجلين جاءت بولد فادعياه حتى ثبت النسب منهما ، ثم جاءت بولد آخر بعد ذلك لم يثبت نسبه من غير دعوة منهما ، وإن كانت الجارية أم ولد لهما ونسب ولد أم الولد يثبت بدون الدعوى .

والوجه فيه ما ذكرنا : أن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بدون الدعوى إذا كانت أم الولد بحال يحل للمولى وطؤها ، [أما إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطؤها][5] لا يثبت نسب ولدها بدون الدعوى ، ألا ترى أنها لو حرمت على المولى بالصهرية أو كاتبها المولى ، ثم جاءت بولد لا يثبت النسب [من المولى بدون الدعوة ، وإن ادعاه

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (م) : يصدق .

(٤) في (ب) : والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المآب .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

أحدهما ثبت النسب][1] منه ، وضمن لشريكه نصف عقدها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً عند أبي حنيفة ، لأن ولد أم الولد بمنزلة أم الولد ، ومالية أم الولد[2] غير متقومة عند أبي حنيفة [رحمه الله][3] ، حتى لو أعتقها أحد الشريكين لا يضمن لشريكه شيئاً ، فكذا مالية ولدها[4] ، وعندهما مالية أم الولد متقومة لو أعتقها أحد الشريكين يضمن لشريكه نصف قيمتها إن كان موسراً ، وسعت في نصف قيمتها إن كان المعتق معسراً ، فكذا مالية [ولد][5] أم الولد .

وإذا أعتق الرجل أم ولده ثم تزوجها ، فجاءت بولد فنفاه المولى ، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فإنهما يتلاعنان ؛ لأنهما من أهل اللعان وقت القذف ، والنكاح بينهما قائم ، ولزم الولد أباه هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في « الأصل » .

قال شمس الأئمة السرخسي : تأويل المسألة : إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ أعتقها حتى لا يثبت النسب من المولى ، باعتبار زوال الفراش إلى عدة ، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده [أجرى][6] هذه المسألة على إطلاقها من غير تأويل ، قال : العلوق كان في حال كونها أم ولد له ، وقد حدث العتق فيها من قبل المولى ، ونسب ولد أم الولد لا ينتفي[7] بمجرد النفي بعدما حدث العتق في الأم ، وإنما ينفي[8] بمجرد النفي قبل حصول العتق ، فلا ينتفي بمجرد النفي ههنا ، واللعان متعذر ؛ لأنهما لم يكونا من أهل اللعان حال ما حصل العلوق فإنها كانت أم ولد في تلك الحالة .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (م) و (ب) زيادة : وإن ادعاه أحدهما ثبت النسب .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) في (ب) : ولدهما .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٧) في (هـ) : ينفي .

(٨) في (ب) : ينتفي .

وإن جاءت بالولد لأكثر من سنتين منذ تزوجها ، فإنهما يتلاعنان ، ويقطع نسب الولد استحساناً ، وإذا مات الرجل وترك امرأة وأم ولد ، فأقر الوارث أنها ولدت هذا الغلام[١] من الميت ، فإن لم يكن[٢] هناك للمقر منازع يثبت نسب الغلام من الميت ويرث ، ولا يشترط العدد في المقرين ، ولا لفظة الشهادة ، [فإن كان للمقر منازع يشترط العدد باتفاق الروايات ، ولا يشترط العدالة باتفاق الروايات ، وهل يشترط لفظة الشهادة ؟][٣] فيه روايتان :

رجل باع أم ولد من رجل ، والمشتري يعلم به ، فجاءت بولد وادعاه المشتري ، لا يثبت نسبه منه وهو ابن البائع ، لأنه ولد على فراشه ؛ لأن أم الولد فراش المولى ، ولا يبطل هذا الفراش بالبيع ؛ لأن بيع أم الولد باطل ، فإذا نفاه المولى فقد انتفى نسبه من المولى ، والمشتري يدعيه فيثبت نسبه من المشتري كي لا يبقى بلا أب ، وكذلك إذا لم يعلم [المشتري بكونها أم ولد للبائع كان الجواب كما قلنا ، إلا أن في هذه الصورة][٤] إذا نفى البائع الولد يكون الولد حراً على المشتري بالقيمة ؛ لأن المشتري صار مغروراً ههنا ، بخلاف الوجه الأول ، فإن هناك [الولد لا يكون حراً على المشتري إذا نفاه البائع ، وإن ثبت النسب من المشتري ؛ لأن المشتري هناك][٥] لم يصر مغروراً .

اشترى جارية ، وظهر بها الحمل بعد أيام فخاصم المشتري البائع ، فقال البائع : أمسكها ، فإن كان في بطنها ولد فهو مني ، فأسقطت هذه الجارية سقطاً مستبين الخلق لأقل من أربعة أشهر منذ قال هذه المقالة ، فالولد ثابت النسب من البائع ، والجارية أم ولد له ؛

---

(١) إلى هنا انتهى السقط في (ك) .

(٢) في (ب) : يكونا .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

لأنه تبين أن الولد كان موجوداً في البطن وقت إقراره ؛ لأن[١] الولد منه ، وكان عليه أن يرد على المشتري بما أخذ من الثمن ؛ لأنه تبين أن الولد وقع باطلاً .

نوع آخر متصل[٢] بهذا النوع :

جارية بين اثنين ، قال أحدهما : هذه أم ولدي [وأم ولدك ، أو قال : أم ولدك ، وأم ولدي][٣] ، أو قال : أم ولدنا ، فإن صدقه صاحبه في ذلك صارت الجارية أم ولدهما[٤] ، فرق بين هذا وبين ما إذا ولدت ولداً ، فقال أحدهما لصاحبه : [هو ابني وابنك ، أو قال :][٥] هو ابنك وابني ، أو قال : ابننا حتى ثبت النسب من المقر صارت الجارية أم ولد للمقر .

والفرق : أن المقر هناك أقر بنسب الولد مقصوداً ، وبأمية الولد تبعاً لما ذكرنا أن أمية الولد تبع لثبات النسب ، وحكم التبع يؤخذ من الأصل ، فإذا ثبت نسب الولد من المقر خاصة ، لا تقبل الشركة والتجزؤ صارت الجارية أم ولد للمقر بطريق التبعية أيضاً ، أما ههنا أقر بأمومية الولد مقصوداً لا تبعاً ، فيعتبر حكمها بنفسها ، ومن حكم الاستيلاد أنه يقبل الشركة والتجزئ إذا وقع جملة .

ولهذا قلنا : إذا جاءت الأمة المشتركة بين رجلين بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما صارت الجارية أم ولد بينهما ، ولولا أن الاستيلاد يقبل الشركة والتجزؤ لصارت الجارية أم ولد لكل واحد منهما كملاً ، ألا ترى أن النسب لما كان لا يتجزأ إذا ثبت النسب منهما يثبت من كل واحد منهما كملاً ، حتى لو مات ورث من كل منهما ميراث ابن كامل ، وإذا ثبت أن الاستيلاد متجزئ في هذه الصورة ، فنقول :

---

(١) في (م) : كان .

(٢) في (هـ) : يتصل .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) في (هـ) : ولد لهما .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

المقر أقر أن الاستيلاد وجد منهما ، وقد صدقه صاحبه فيه ، فكأنهما ادعيا ذلك جميعاً معاً ، فلهذا صارت الجارية أم ولد لهما ، ولا ضمان لواحد منهما على الآخر ، كما لو ادعيا معاً ، وإن كذبه صاحبه في ذلك ضمن المقر لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً ، إلا أنه يصير متملكاً نصيب شريكه بزعم شريكه إن كان لا يصير متملكاً بزعمه ؛ لأن في زعمه ذلك النصف أم ولد الشريك ، وأم ولد الشريك لا تحتمل التملك ، ولكن الضمان حق الشريك ، فيعتبر التملك في حق الشريك ، وقد وجد وضمن أيضاً نصف العقد[١] لشريكه ؛ لأن إقراره بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره ، ثم يكون نصف الجارية أم ولد للمقر ونصفها موقوف بمنزلة أم الولد ، وإنما توقف لما قلنا أنه لما ضمن المقر نصيب الشريك فقد انعقد[٢] سبب الملك له في نصيب الشريك ، فصار كأنه اشترى وأقر بالاستيلاد على البائع وهو ينكر ، وهناك يجب القول بالتوقف ، كذا ههنا .

توضيحه : أن للشريك حق الرجوع إلى التصديق ، فربما يصدقه ساعة فساعة ، فتصير أم ولد بينهما ، فلأجل هذا التوهم أثبتنا التوقف ، فإن عاد الشريك إلى التصديق صار أم ولد بينهما ، أو[٣] يرد ما أحدث الضمان لإقراره أنه أخذ ما أخذ بغير حق ، وإن لم يعد إلى التصديق فنصفها أم ولد للمقر ، ونصفها موقوف بمنزلة أم الولد تخدم المقر يوماً وتوقف يوماً .

وفي بعض النسخ : تكسب[٤] لنفسها يوماً ، فإن مات أحدهما ، ففي فصل التصديق عتقت أيهما مات لمعنى واحد أن نصيب الميت قد عتق بموته ، فيتعدى[٥] إلى الباقي ، ولا سعاية عليها للحي في قول أبي حنيفة لما عرف من مذهبه أن أم الولد ليست بمال[٦] ،

---

(١) في (ب) : البقر . وفي (ك) : العقد .

(٢) في (م) و (ب) : زيادة : الإجماع .

(٣) في (ب) : و .

(٤) في (هـ) و (ك) : تكتسب .

(٥) في (م) : فيتعين .

(٦) « المبسوط » للسرخسي ١٧ :١٥٣ .

وعندهما عليها السعاية ؛ لأن أم الولد مال عندهما ، فقد احتبس عندها نصيب الحي ، وهو مال ، فيجب عليها السعاية لما احتبس عندها .

وفي فصل التكذيب كذلك يعتق أيهما مات ، ولكن لمعنيين[١] مختلفين :

إن مات المقر عتقت ؛ لأن في زعم المنكر أن كلها أم ولد للمقر ، وأنها[٢] عتقت بموته ، وزعمه معتبر في حقه [ولا سعاية عليها للمنكر ؛ لأن في زعم المنكر أنها خرجت عن ملكه وصارت كلها أم ولد للمقر ، وأنها عتقت بموته ، وزعمه معتبر في حقه][٣] ، وقد أخذ الضمان من المقر ، فكيف يأخذ السعاية ، وإن مات المنكر عتقت ؛ لأن في زعم المقر أن نصفها أم ولد للمنكر وقد عتق ذلك النصف بموته فيتعدى إلى الباقي ، ولا سعاية عليها للمقر عند أبي حنيفة خلافاً لهما لما مر .

رجلان بينهما جارية ، جاءت بولد فادعاه أحدهما ، ثبت النسب منه ، وحكم بحرية الولد ، وصارت الجارية أم ولد له ، وضمن لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً ، وضمن نصف العُقْر[٤] ، وأصل المسألة معروفة[٥] ، فإن قال المدعي لصاحبه : إن هذه الجارية قد ولدت منك ولداً ، وادعيته قبل أن تلد مني ، وصارت أم ولد لك ، وصدقه صاحبه في ذلك وكذبته الجارية ، فإنهما لا يصدقان على الجارية وعلى ولدها حتى لا يبطل ما ثبت[٦] لهما من الحقوق من جهة المدعي ، ولا يبطل الضمان عن المدعي ؛

---

(١) في (ك) و (ب) : المعنيين .

(٢) في (م) : وإنما .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) العُقر - بضم العين - : دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها ، ثم كثر حتى استعمل في المهر . قاله المناوي .
وذهب أكثر الفقهاء إلى أن العقر : ما تعطاه المرأة على وطء الشبهة وعلى ذلك عرفوه بأنه : صداق المرأة إذا وطئت بشبهة ، وقيل : لأن الواطىء إذا افتض بكارتها عقرها - أي جرحها - فسُمي مهرها عقرًا ، ثم استعمل في الثيب وغيرها .
ونقل ابن عابدين عن « الجوهرة » للحدادي : أن العقر في الحرائر مهر المثل ، وفي الإماء عُشر القيمة لو بكرًا ، ونصف العشر لو ثيبًا . اهـ من « معجم المصلحات والألفاظ الفقهية » ٢: ٥٢١ لمحمود عبد الرحمن .

(٥) « الجامع الكبير» للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص١١٩ بنحوه .

(٦) في (م) : أثبت .

لأنا [لما][1] جعلناها أم ولد للمدعي فقد كذبنا المدعي في إقراره فبطل إقراره ، فلهذا لم يبطل عنه الضمان ، ولكن يضمن المقر نصف قيمتها أم ولد باعتبار أن صاحبه لما أقر بثبوت الاستيلاد منه قبل هذا ، فقد أقر بفوات ذلك الحر من جهته[2] فصار ميراثاً[3] للمدعي عن فضل[4] قيمتها [قنة[5] على قيمتها][6] مدبرة .

من مشايخنا من قال : هذا قولهما[7] .

أما على قول أبي حنيفة : لا يضمن المقر للمقر له شيئاً ؛ لأن أم ولد الولد غير متقوم عنده ، وقيل : لا ، بل هو قولهم جميعاً ؛ لأن أمية الولد من جهة المقر له لم يثبت في الحكم ، [لأنها أم ولد للمقر في الحكم][8] ، فصار متملكاً نصيبه ، والتملك لا يكون مجاناً ، لكن يضمن قيمتها أم ولد لما قلنا ، والأول أشبه وأقرب إلى الصواب ؛ لأن إقرار المقر له بالاستيلاد قبل ذلك إبراء للمقر عن الضمان أصلاً ؛ لأن الاستيلاد يمنع التملك بعد ذلك ، ولو وجب الضمان ههنا لوجب بالتملك ، فإن اكتسب[9] الجارية اكتساباً ، وقبلت هي أو ولدها ، فذلك كله للمقر ؛ [لأنها أم ولد المقر ، والولد ابن المقر في الحكم ، فلهذا قال : كل ذلك للمقر][10] .

ولو قال هذا المدعي للشريك : كنت أعتقتها أنت قبل هذا ، وصدقه الشريك في ذلك ، فالأمة تعتق ؛ لأن المقرر أقر بعتقها ، وهو مالك الإقرار بعتقها ، ولا ضمان على الواطئ في نصف قيمتها ، ولا في نصف عُقْرها ، بخلاف فصل الاستيلاد [عندهما .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : جهة .

(٣) في (هـ) : مبرياً .

(٤) في (م) و (ب) : فصل .

(٥) في (م) و (ب) : فيه .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (ب) : أقر لهما .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٩) في (ب) : كسب .

(١٠) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

والفرق : أن الإقرار بالعتق قبل ذلك إقرار ببراءة المقر عن الضمان ؛ لأن العتق ينافي ضمانها أصلاً ، وهو يملك إنشاء الإبراء ، فيصح الإقرار به ، أما الإقرار بالاستيلاد][1] ليس بإقرار براءته عن الضمان أصلاً ؛ لأن الاستيلاد لا ينافي الضمان عندهما على ما عرف من تلك المسألة ، فلهذا افترقا .

رجل في يديه أمة فوطئها ، وولدت[2] منه ولداً ، فادعى ولدها[3] ، ثم قال : كانت هي أم ولد فلان فتزوجتها فولدت لي هذا الولد ، وصدقه فلان في ذلك ، فإن صدقتهما الأمة في ذلك أو كذبتهما ، ولكن رجعت إلى تصديقهما قبل قضاء القاضي بكونها أم ولد للمقر ، فهي أم ولد للمقر له ، ويكون حكم ولدها كحكمها[4] ، فيعتقان إذا مات المقر له ؛ لأن تصديقها في حق نفسها صحيح ، وكذلك في حق الولد ؛ لأنه في يدها ، وأنه لا يعبر عن نفسه ، فصار كثوب أو دابة في يدها ، فإن كبر الولد بعد ذلك ، وكذبها فيما أقرت ، لم يلتفت إلى تكذيبه ؛ لأن إقرار الجارية قد نفذ عليه حين كان في يدهما صغيراً لايعبر عن نفسه ، فلا يتغير[5] ذلك بصيرورته كبيراً معبراً عن نفسه ، كما قلنا في الملتقط إذا ادعى نسب اللقيط ، ثم كبر اللقيط وكذبه لا يلتفت إلى تكذيبه ، وطريقه[6] ما قلنا ، ولو لم تصدق الجارية المقر ولم تكذبه حتى ماتت صدق المقر والمقر له ، حتى كان الولد عبداً للمقر [له ؛ لأنا إنما كنا لا][7] نصدقهما حال حياة الجارية لحق الجارية ، وقد زال حقها ، ولا معتبر بحق الصغير ؛ لأنه لا يعبر عن نفسه ، وهو في يد المقر ، فصار كثوب أو دابة في يده ، فيصح إقراره بالملك فيه للمقر ، فإن كبر الولد وأنكر أن يكون عبداً للمقر [له][8] لم يلتفت إلى إنكاره لما قلنا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) في (هـ) : فولدت .

(٣) في (م) : بولدها .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) في (م) و (ب) : يعتبر .

(٦) في (ب) : وتكذيبه ما قلنا .

(٧) ما بين معكوفتين بياض في (م) . وقوله : « إنما كنا » غير موجود في (ب) .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

وإن كذبتهما الأمة وثبتت على ذلك ، فالقاضي يجعلها أم ولد للمقر ؛ لأن أمية الولد للجارية ، ونسب الولد وحريته ثابتة من جهة المقر بناءً على الظاهر ، فالمقر بقوله : « إن الولد من نكاح » يريد إبطال ذلك ، فلا يصدق عليه ، وعلى المقر قيمتها أم ولد للمقر له ؛ لأن المقر أقر بكونها أم ولد للمقر له ، وقد احتبست عنده بقضاء القاضي قبل ، هذا على قولهما ، أما على أبي حنيفة لا ضمان على المقر ؛ لأنه لا تقوم لمالية أم الولد عند أبي حنيفة ، فلا يضمن بالاحتباس عنده ، ولا عُقْر للمقر له على المقر ؛ لأنه ما أقر بالوطء إلا بحكم النكاح ، وإنه لا يوجب العُقْر ، وأشار في « الكتاب » إلى فرق آخر ، فقال : إن القاضي لما قضى بكونها أم ولد للمقر ، فقد قضى[1] بأن المقر وطئ ملك نفسه ، وهذا إشارة إلى أنه لا يلزمه المهر أيضاً بخلاف المسألة المتقدمة ؛ لأن هناك القاضي قضى بكونها أم ولد للمقر بعد أن كانت مشتركة بينهما ظاهراً ، وكان ذلك قضاء باستيلاد الجارية المشتركة ، وأنه يوجب العقر ، أما ههنا بخلافه على ما بينا .

وإن كذبتهما ولم يقض القاضي بشيء حتى ماتت توقف أمر الولد حتى يكبر ، بخلاف ما إذا لم تكذبهما ، ولم تصدقهما حتى ماتت ، فإنه يقضي بولدها للمقر له ، والفرق أنها إذا لم تصدقهما ولم تكذب لم يوجد ما يوجب سقوط اعتبار يد المقر ، فإذا ماتت والولد في يد المقر يعتبر قوله فيه ، فأما إذا أكذبت المقر ، فقد سقط اعتبار يده ؛ لأن تكذيبها كتكذيبه ، وهو يعبر عن نفسه ، فلا يحكم برقه باعتبار يده ، إلا أنه يحتمل أن يعقل الغلام فيصدق المقر ، والتصديق بعد التكذيب معتبر ، فلهذا يوقف أمره ، فإن كبر وصدق المقر فيما أقر كان عبداً للمقر له ، وأمه أم الولد للمقر له ، وإن مضى على التكذيب جعله القاضي حراً من جهة المقر ، وأمه أم ولد للمقر ، وإن كانت الأم حية والغلام يعبر عن نفسه فصدقته الأم المقر وكذبه الغلام ، فالغلام حر والجارية أم ولد للمقر ؛ لأن تكذيب الولد قد صح لكونه من أهله ، ومع صحة تكذيب الولد معتبر بتصديق الأم ؛ لأن الولد أصل في هذا الباب ، والأم تبع على ما عرف .

---

(١) في (م) : أقر .

قال : وكذلك إن كذبت الأم المقر وصدقه الغلام في جميع ما وصفت لك ، ولم يفسر لذلك [تفسيراً][(١)] ، فمن مشايخنا من قال : تفسيره : أن تصديق الولد أولى ، حتى كانا رقيقين للمقر له ؛ لأن تصديق الولد قد صح لكونه من أهله ، ولا يعتبر تكذيب الأم مع تصديقه لما قلنا ، ومنهم من قال : تفسيره : أن [تكذيب الأم أولى حتى كان الولد حراً والجارية أم ولد للمقر ، كما لو كذب الغلام][(٢)] ، ألا ترى إلى قوله في « الكتاب » : وكذلك لو كذبت الأم المقر ، وصدقه الغلام ، وإنما يستقيم ذلك في الكتاب إذا كان الجواب في الفصلين متحداً ، وهذا لأن قول كل واحد منهما صحيح معتبر بانفراده ، فعند التعارض[(٣)] يترجح قول من يوجب الحرية على من يوجب إبطالها ، [والله أعلم بالصواب][(٤)] .

نوع آخر في بيان أنواع دعوة الرجل نسب الولد .

فنقول : الدعوة في النسب لا تخلو من ثلاثة أوجه : دعوة استيلاد ، ودعوة تحرير ، ودعوة الأب ولد جارية ابنه ، ومن يقوم مقام الأب ، كأب الأب حال عدم الأب[(٥)] حقيقة واعتباراً .

أما دعوة الأب ولد جارية ابنه فظاهر ، وشرط صحتها أن يكون للأب تأويل ملك في جارية ابنه من وقت العلوق إلى وقت دعوة ولاية التملك أيضاً من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وأن تكون الجارية محلاً للنقل من ملك إلى ملك ، [إنما شرطنا أن تكون

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (م) و (ب) وجاء مرة قبل قوله : « تفسيره أن تصديق الولد أولى » ومرة بعده . والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) : التعاسر . وفي (ب) : التغاير .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (م) : الأم . وقوله : « حال عدم الأب » سقط من (ك) .

الجارية محل النقل من ملك إلى ملك][1] ؛ لأن الأب يتملك جارية الابن سابقاً على أصل الوطء لما نبين بعد هذا ، ولا بد للتملك من كون المحل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك ، وإنما شرطنا أن يكون له ولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ؛ [لأن دعوة الأب متى صحت استندت إلى وقت العلوق ، وإنما يمكن القول بالاستناد إلى وقت العلوق إذا كان له ولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة][2] ، أما بدون ذلك فلا إمكان[3] ، فلا تصح دعوته .

إذا عرفنا هذه الجملة فنقول : إذا ولدت أمة الرجل ولداً وادعى أبو الرجل الولد ، صحت دعوته ، صدقه الابن في ذلك أو كذبه ، أما إذا صدقه فظاهر ، وأما إذا كذبه ؛ فلأن علوق الولد اتصل بتأويل ملكه[4] ؛ لأن للأب تأويل الملك في مال ولده ، قال عليه [الصلاة][5] السلام : « أنت ومالك لأبيك »[6]، ولهذا لو وطئ جارية ابنه وقال[7] : علمت أنها حرام عليَّ ، لا حد عليه ، ولو[8] اتصل العلوق بحقيقة ملكه كان مصدقاً في الدعوة ، وكان اتصال العلوق بملكه بمنزلة البينة العادلة في إبطال الملك على الملك بغير رضاه ، فكذا إذا اتصل العلوق بتأويل الملك ، وإذا صحت الدعوة صارت

---

(١) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) : إشكال .

(٤) في (هـ) : ملك .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) أخرجه ابن حبان في « صحيحه » مع « الإحسان » ٢:١٤٢ و١٠: ٧٢-٧٤ من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها.

وأخرجه الإمام أحمد في « المسند » ٢: ١٧٩و٢٠٤ و٢١٥، وأبو داود في « سننه » ٣ : ٨٠١ كتاب البيوع ، باب في الرجل يأكل من مال ولده رقم ٣٥٣٠ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنها.

وأخرجه ابن ماجه في « سننه » ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده ، رقم ٢٢٩١ من حديث جابر . وقال البوصيري في «زوائد ابن ماجه» : إسناده صحيح ، ورجاله ثقات على شرط البخاري .

(٧) في (م) : وقد .

(٨) في (م) : وقد .

الجارية أم ولد [له][1] ، وضمن الأب قيمة الجارية [على الابن[2] ؛ لأنه[3] تملك الجارية][4] على الأب ؛ لأن الشرع أثبت له ولاية تملك مال الابن عند الحاجة ، ولهذا كان له أن يأكل طعام الابن وأن يلبس ثيابه عند حاجته إلى ذلك ، وقد مست الحاجة ههنا إلى التملك ؛ لأنه احتاج إلى إثبات نسب الولد منه بعدما أعلقها بولده ، إلا أن هذه الحاجة دون الحاجة إلى المأكول والملبوس ؛ لأن الحاجة المتعلقة بالمأكول والملبوس حاجة حقيقية ، والحاجة المتعلقة بالولد حاجة معنوية ، فلوجود أصل الحاجة أثبتنا ولاية التملك ، ولانعدام كمالها أثبتنا ولاية التملك بالقيمة لتظهر رتبة هذه الحاجة عن رتبة تلك الحاجة[5] ، ولا عقر على الأب عندنا ؛ لأن تملكها سابقاً على الوطء .

بيانه : أن التملك [باعتبار الحاجة إلى ثبات النسب منه وإثبات النسب[6] ، وإن كان وقت العلوق إلا أن الوطء قائم مقام العلوق ، فيجب تقديم الملك على الوطء ، ليثبت نسب الولد (منه ، فيتبين أنه وطء ملك نفسه ، وليس كما لو لم يعلقها ؛ لأن هناك لم يتملك الجارية ؛ لأن ولاية التملك عند الإعلاق][7] باعتبار الحاجة إلى إثبات نسب الولد منه)[8] ، وقد انعدمت هذه الحاجة إذا لم يعلقها ، وليس كالأمة المشتركة بين رجلين إذا استولدها أحدهما هناك ؛ لأن الوطء في نصيب الشريك حصل قبل الملك .

بيانه : أن تملك نصيب الشريك هناك وقع بعد الوطء لا قبله ؛ لأن التملك قبل الوطء في مسألتنا باعتبار الحاجة إلى إثبات نسب الولد ، وثمة نسب الولد ثابت باعتبار ما له من الملك في نصيبه ، ألا ترى أن الجارية المشتركة إذا كانت مدبرة فاستولدها أحدهما ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) في (ب) : الأب .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) في (ب) : الحياة .

(٦) في (ب) : النسب منه .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٨) ما بين قوسين سقط من (ك) .

صح استيلاده ، وإن لم يتملك نصيب صاحبه ، أما ههنا مست الحاجة إلى تقديم الملك ؛ لأن ما للأب من تأويل الملك في مال الابن لا يكفي لثبات النسب منه ، ألا ترى أنه لو ادعى نسبًا لولد مدبرة ابنه لا يصح إلا بتصديق الابن .

روى بشر أن آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن الجارية لا تصير أم ولد للأب ، ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة الولد[١] المغرور ، فيغرم الأب عُقْرَها وقيمة ولدها [٢]، وقاسه على ما إذا ادعى ولد جارية مكاتبه ، فإنه لا تصير الجارية أم ولد له ، فأما ليس للأب في مال الابن حق الملك ، ألا ترى أنه يجوز للابن وطؤها ، فلا يمكن إثبات النسب من الابن إلا بتقديم الملك [له][٣] في الجارية ، وإذا قدمنا الملك في الجارية صار الأب مستولداً في ملكه ، فتصير الجارية أم ولد له لهذا .

وإذا اشترى الرجل أمة حاملاً وولدت عنده بعد الشراء بيوم ، فادعى أب المشتري الولد لا تصح دعوته إلا بتصديق الابن ؛ لأن العلوق لم يكن متصلاً لا بملكه ، ولا بتأويل ملكه ، ولا بد من أحدهما[٤] لصحة الدعوة من غير تصديق المالك ، [وكذلك المدبرة تكون عند الرجل فتلد ولداً ، فإنه لا تصح دعوة الأب إلا بتصديق الابن][٥] ؛ لأن تدبير الجارية يمنع صحة الدعوة ، والعلوق متصل بتأويل الملك ، وإذا لم تصح الدعوة في حق الجارية لا تصح في حق الولد .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف : أن دعوة الأب في ولد مدبرة الابن صحيحة يثبت نسب الولد منه ويضمن عُقْرِها ، وقيمة الولد مدبراً ، وهذا على الأصل الذي ذكرنا لأبي يوسف [رحمه الله][٦] أنه لا يتملك الجارية ، ولكنه بمنزلة المغرور في دعوة

---

(١) في (م) : ولد .

(٢) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١١٦ بنحوه.

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٤) في (هـ) : لأحدهما . وفي هامش (هـ) : « من أحدهما » نسخة .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) .

النسب ، وفي هذا القنة والمدبرة سواء ، إلا أنه يضمن قيمته مدبراً ؛ لأنه كما انفصل من أمه انفصل مدبراً ، فإنما يضمن قيمته على الوجه الذي أتلفه بدعوته[١] .

وفرق على هذه الرواية بين ولد المدبرة وبين ولد أم الولد ، والفرق : أن ولد أم الولد ثابت النسب من مولاها ، فيمنع ذلك صحة دعوة الأب ، فأما ولد المدبرة غير ثابت النسب من مولاه ، فيصح دعوى الأب فيه .

وكذا إذا ادعى ولد مكاتبة ابنه لا تصح دعوته إلا بتصديق الابن ؛ لأن دعوة الأب إنما تصح إذا كانت الجارية محل التملك ؛ لأنه إذا صحت دعوته بتملك الجارية سابقاً على الاستيلاد ، والمكاتبة ليست بمحل التملك ، ثم يستوي في هذه الصورة إن ولدته وهي مكاتبة أو كانت الكتابة بعد الولادة .

وكذلك هذا على وجوه :

إما أن كاتب الأم والولد جميعاً ، أو كاتب الولد خاصة ، وفي هذين الوجهين لا تصح دعوة الأب ؛ لأن الولد هو المقصود ، وقد [ثبت][٢] في الولد من جهة الابن ما يمنع نقله إلى الأب ، فلهذا لا تصح دعوة الأب .

وإن كاتب الأم[٣] بعدما ولدت خاصة ، ثم ادعى الأب نسب الولد ، قال في موضع من كتاب الدعوى : لا تصح دعوته ، وقال في موضع آخر : تصح دعوته ، ويثبت نسب الولد ، ولا يصدق في حق أمه .

قيل : ما ذكر أنه تصح دعوته قول [أبي يوسف - رحمه الله- ، وما ذكر أنه لا تصح دعوته قول][٤] محمد - رحمه الله - تصح[٥] على الخلاف على هذا الوجه فيما إذا باع

---

(١) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١١٧ .

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٣) في (ب) : الأب .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في (هـ) و (ك) : نص .

الابن الأم بعد الولادة ، ثم ادعى أبوه نسب الولد على قول أبي يوسف [رحمه الله][(١)] : تصح دعوته ويثبت نسب الولد ، وعلى قول محمد [رحمه الله][(٢)] لا تصح دعوته ، ولا يثبت نسب الولد ، وستأتي مسألة البيع بعد هذا إن شاء الله تعالى .

ويستوي في دعوة الرجل ولد جارية الابن أن تكون الجارية موطوءة الابن أو لم تكن ؛ لأن العلوق قد اتصل بتأويل ملكه في الحالين ، والجارية محل التملك ، وإن كان لا يحل للأب فيتملكها بالقيمة ، كما لو كانت تحل له[(٣)] .

وإذا قال الأب : وقعت على جارية ابني وأنا اعلم أنها عليّ حرام ، تصح دعوته ، ويثبت نسب الولد كما لو لم يعلم ، وإنما أُعْلِم أنها حرام ؛ لأن الوطء في الحالين جميعاً اتصل بتأويل ملكه .

وإذا ادعى ولد جارية ابنه ، وضمن قيمتها للابن ، ثم استحقها رجل ، فإن للمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة الولد من الأب ، أما أخذ الجارية والعقر فظاهر ، وأما أخذ قيمة الولد لأن الأب في معنى المغرور ؛ لأنه تملك الجارية على الولد بعوض وهو القيمة ، فصار في معنى المشتري ، والمشتري مغرور ، والجارية عند الاستحقاق ، فكذا ههنا ، ثم يرجع الأب على الابن بما أخذ منه من قيمة الجارية ؛ لأنه تبين أنه لم يتملكها على الابن ، وأن الابن أخذ ما أخذ بغير حق .

وإذا ولدت أمة الرجل ولداً ، وادعى المولى وأبوه الولد معاً ، صح دعوة الابن ، ولا تصح دعوة الأب ؛ لأن دعوة الابن سابقة معنى ، فيعتبر بما لو كانت سابقة حقيقة .

بيانه : أن دعوة الابن توجب ثبات النسب منه بلا واسطة ، ودعوة الأب لا توجب ثبات النسب منه إلا بواسطة التملك ، فحال ما يتملكها الأب يثبت [نسب][(٤)] الابن ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) في (هـ) : كما لو كاتب محلاً له .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

فيكون ثبات النسب من الابن سابقاً على دعوة الابن من هذا الوجه ، ولو كانت دعوة الابن سابقة على دعوة الأب حقيقة لا تصح دعوة الأب ، فههنا كذلك .

وإذا حبلت جارية الرجل في ملكه وولدت ولداً ، فادعاه الجد ، والولد حي حقيقة واعتباراً بأن كان الولد حراً مسلماً ، فدعوة الجد باطلة لانعدام شرط صحة الدعوة ، فإن شرط صحة دعوة الجد ولد جارية حافده أن يكون له تأويل ملكه في جارية حافده من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وأن يكون له ولاية تملك الجارية لحاجة الاستيلاد وقت العلوق إلى وقت الدعوة بأن[١] الجد يقوم مقام الأب ، وشرط صحة دعوة الأب ولد جارية ابنه ما ذكرنا من الأمرين ، فكذا شرط صحة دعوة الجد ولد جارية حافده .

إذا ثبت هذا فنقول : حال قيام الأب حقيقة واعتباراً [إن كان للجد تأويل الملك في مال حافده حتى قلنا : إن الجد إذا وطئ جارية حافده حال قيام الأب حقيقة واعتباراً][٢] لا يجب الحد على الجد ، كما لا يجب على الأب ، فليس له ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد ، إنما يثبت لمن كان له ولاية التصرف في المال إذا كان صاحب المال صغيراً كما في الأب ؛ لأن الولايات إنما تثبت في حال الصغر[٣] ، غير أن الثابت للأب حالة الصغر ولاية التصرف [لحاجة الصغير وولاية التملك[٤] بالاستيلاد لحاجة[٥] نفسه ، وهي الحاجة إلى][٦] صيانة مائه عن الضياع ، وصيانة نفسه عن الزنى ، فما ثبت من الولاية لحاجة الصغير يزول ببلوغه عن عقل ، وما ثبت من الولاية لحاجة نفسه يبقى بعد البلوغ بطريق ثبوت الولاية للأب في ملك[٧] جارية ابنه لحاجة الاستيلاد وما ذكرنا .

---

(١) في (هـ) : فإن .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (م) : في مال الصغير .

(٤) في (م) : لتملك .

(٥) في (م) و (ب) : بحاجة .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) في (هـ) : تملك .

إذا ثبت هذا فنقول : ما دام الأب حياً حقيقة واعتباراً فليس للجد ولاية التصرف في مال حافده ، وإن كان صغيراً فلا يثبت له تملك جارية حافده لحاجة الاستيلاد ، [فلو صحت دعواه لصحت دعوته باعتبار مجرد تأويل الملك ، ولا وجه إليه لما ذكرنا أن دعوة الأب صحت باعتبار تأويل الملك وباعتبار ولاية التملك لحاجة الاستيلاد][1] ففي الجد يجب أن يكون كذلك .

فإن كان الأب نصرانياً ، والجد والحافد [مسلمين ، أو كان الأب عبداً أو مكاتباً والجد والحافد][2] حرين صحت دعوة الجد ؛ لأن للجد ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد في هذه الصورة ؛ لأن الأب في حكم الميت في هذه الصورة ، ألا ترى أنه تزول ولايته عن المال بالكفر والرق ، كما تزول بالموت ، ولو مات الأب حقيقة يثبت للجد ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد ، وتصح دعوته ولد جارية حافده ، كذا ههنا .

والدليل عليه : أن زوال ولاية الأب بالكفر والرق [كما يزول بالموت][3] يعتبر بزوال ولايته بالموت في حق الجد في حق[4] ثبوت ولاية التصرف في مال الصغير وفي حق تملك مال الصغير بالنفقة وبالبيع ، حتى لو باع مال حافده من نفسه يجوز ، فكذا في حق التملك لحاجة الاستيلاد .

ولو كان الأب مرتداً ، والجد والحافد مسلمان[5] ، فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة ومحمد إن أسلم الأب بطلت دعوته ، وإن مات أو قتل على الردة[6] صحت دعوته ، وعلى قول قول أبي يوسف ومحمد دعوة الجد باطلة ، وهذا لأن دعوة الجد صحةً وبطلاناً [تَبتني][7] على

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (م) و (ب) : مسلماً .

(٦) في (م) و (ك) : الرق .

(٧) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

ولاية الأب زوالاً وبقاء ، وولاية الأب موقوفة عند أبي حنيفة ، فكذا دعوة الجد موقوفة ، وعندهما ولاية الأب باقية بلا توقف ، فدعوة الجد تكون باطلة[١] بلا توقف أيضاً[٢] .

فإن قيل : على قولهما يجب أن تتوقف[٣] دعوة الجد أيضاً ؛ لأن التملك بالاستيلاد تصرف تصرف في مال الابن ، وولاية المرتد في مال ولده موقوفة عند الكل ، نص عليه محمد في كتاب الوكالة ، إنما الخلاف فيما يتصرف المرتد في مال نفسه فيكون دعوة الجد موقوفة ضرورة .

والجواب عن هذا أن يقال : بأن ولاية التملك بالاستيلاد نظير[٤] ولايته على نفسه ؛ لأنهما إنما [تثبت حقاً][٥] له ، ولهذا لا يزول بالبلوغ عن عقل ، وكان نظير الولاية في ماله لا في مال الابن ، وفي توقف ولايته في ماله اختلاف ، وكان بطلان دعوة الجد عندهما صحيح ، ولو كانوا جميعاً أحراراً مسلمين ، ثم مات الأب والجارية حامل ، فوضعت حملها لأقل من ستة أشهر منذ مات الأب ، فادعاه الجد ، لم تصح دعوته لما ذكرنا أن من شرط صحة دعوة الجد قيام ولاية التملك له من وقت العلوق [إلى وقت الدعوة ، وقد انعدمت ولاية التملك للجد وقت العلوق][٦] حقيقة واعتباراً لكون الأب حقيقة حياً وقت العلوق حقيقة .

استشهد في « الكتاب » فقال : ألا ترى أن رجلاً لو اشترى جارية حاملاً فوضعت عنده لستة أشهر ، فادعاه والد[٧] المشتري لم تصح دعوته ؛ لانعدام التملك له وقت العلوق لكونها زائلاً عن ملك الابن ، أورد هذا البيان أن شرط صحة دعوة الجد قيام ولاية التملك له من وقت العلوق إلى وقت الدعوة .

---

(١) في (هـ) و (ك) : باطلاً .

(٢) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٨٦ .

(٣) في (م) : توقف .

(٤) في (م) و (ب) : نظير .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (م) . وقوله : « تثبت » سقط من (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) في (ب) : ولد .

وكذلك لو كان الأب نصرانياً والجد والحافد مسلمين ، ثم أسلم الأب ، والجارية حامل ، فوضعت حملها لأقل من ستة أشهر ، كانت دعوة الجد باطلة لانعدام ولاية التملك حالة الدعوة بإسلام الأب .

وكذلك لو كان الولد مكاتباً وأدى بدل الكتابة ، فعتق قبل دعوة الجد أو كان عبداً فأعتق قبل دعوة الجد ، كانت دعوة الجد باطلاً ؛ لانعدام ولاية التملك له وقت الدعوة .

قال محمد - رحمه الله - : إذا كان للرجل جارية حبلت في ملكه ، وللرجل والد معتوه ، وله جد حر مسلم ، فولدت الجارية ولداً ، فادعاه الجد ، فدعوته جائزة ؛ لأن الأب جعل كالمعدوم بسبب العته لعجزه عن التصرف ، وظهر ولاية الجد وصحت دعوته وإن لم يدع الولد الجد بعدما أفاق الأب وإنما ادعاه الأب بعدما أفاق ، القياس أن لا تصح دعوته ، وفي الاستحسان تصح دعوته[١] .

وجه القياس في ذلك ما مر : أن [شرط][٢] صحة دعوة الأب قيام حق التملك وقت الدعوة ، وهناك لم يكن للأب ولاية التملك وقت الدعوة لكونه معتوهاً ، فانعدم شرط صحة الدعوة .

وجه الاستحسان في ذلك : أن الولاية كانت قائمة وقت العلوق ، فإن العته لا ينافي الولاية ، ولهذا يستوجب نفقته على ولده ، والإرث طريقه طريق الولاية ، ولهذا تبقى الولاية كالرق ، واختلاف الدين يمنع الإرث .

وكان من هذا الوجه بمنزلة العتق إلا أنه بمنزلة العبد من وجه ؛ لأنه عاجز عن التملك ، كما أن العبد عاجز إلا أن عجز المعتوه لفساد عبارته ، وعجز العبد لكونه غير أهل لملك المال ، أما فيما إلى العجز فهما سواء[٣] ، ولو كان بمنزلة المعتق من كل وجه بأن

(١) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٨٦ .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) في (هـ) : إلى العجز سواء .

[كان له ولاية التملك ، ويكون قادراً على التملك ، صحت دعوته ، ولا تصح دعوة الجد ، ولو كان بمنزلة العبد من كل وجه بأن][(١)] لم يكن من أهل التملك أصلاً لا تصح دعوته ، ويصح [دعوة][(٢)] الجد ، فإذا كان بينهما فمن حيث إنه معتوه تصح دعوته بعد إفاقته ، وإن كان علوق الولد قبل إفاقته ، ومن حيث [إنه بمنزلة العبد صحت دعوة الجد قبل إقامته توفيراً على الشبهين حظهما][(٣)] .

وجه آخر للاستحسان : أن العته والجنون إنما ينافي في الأهلية والولاية][(٤)] في كل باب إذا كان مستغرقاً مدة ذلك الحكم ، فأما إذا لم يستغرقه فهو ملحق بالنوم والإغماء ، ألا ترى أنه لا يعمل في الزكاة حتى يستغرق الحول ، ولا يمنع الصوم حتى يستغرق الشهر ، ولا يمنع الصلاة حتى يزيد على خمس صلوات ، وههنا مدة هذا الحكم من حيث البلوغ إلى حين الدعوة ، ولم يوجد امتداد العته في هذه المدة ، فصار ذلك بمنزلة النوم .

جئنا إلى بيان دعوة الاستيلاد فنقول : دعوة الاستيلاد أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدعي ، وشرط صحتها في المحل قيام الملك وقت العلوق ، وأما قيام الملك في المحل وقت الدعوة ليس بشرط لصحة الدعوة عند علمائنا الثلاثة[(٥)] ، حتى أن من [باع][(٦)] جارية وولدت [في يد المشتري][(٧)] لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعى البائع الولد ، صحت دعوته استحساناً لما نبين بعد هذا [إن شاء الله تعالى][(٨)] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (ب) : على الشهرة خصماً .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٧٩ .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) وفي (ب) : اشترى .

(٧) ما بين معكوفتين جاء في (ب) : في مدة الشراء .

(٨) ما بين معكوفتين غير موجود في (ب) .

جئنا إلى بيان دعوى التحرير فنقول : دعوة التحرير أن لا يكون العلوق في ملك المدعي ، وشرط صحتها قيام الملك للمدعي في المحل وقت الدعوة .

[جئنا إلى المسائل][(١)] قال [محمد][(٢)] - رحمه الله - في « الأصل » : وإذا باع الرجل جارية من غيره وولدت عند المشتري ولداً ، فادعاه البائع ، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع وقد علم ذلك ، والحكم فيه أنه إذا ادعاه البائع صحت دعوته ، صدقه المشتري أو كذبه ، حتى يثبت نسب الولد منه ، وصارت الجارية أم ولد له ، وانتقض البيع ، ورد الثمن على المشتري إن كان نقد الثمن وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة رحمهم الله [تعالى][(٣)] .

والقياس : أن لا تصح دعوة البائع [إذا أكذبه المشتري ، وبه أخذ زفر - رحمه الله - .

وجه القياس في ذلك : أن البائع][(٤)] في الدعوة متناقض ، ساعٍ في نقض ما تم به وهو البيع ، فلا يقبل قوله ، كما لو قال : كنت أعتقتها أو دبرتها قبل البيع .

بيانه : أن إقدامه على البيع إقرار منه أنها ليست بأم ولد له ، فيصير بدعوى أمة الولد بعد ذلك متناقضاً .

وجه الاستحسان في ذلك : أنا تيقنا بحصول العلوق [في ملك البائع ؛ لأن مدة الحبل ستة أشهر ، فإذا جاءت بالولد لأقل من ذلك وقد تيقنا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زياده من (هـ) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

بحصول العلوق][1] قبل البيع ، واتصال العلوق بملك الإنسان نزل [منزلة البينة في إبطال[2] حق الغير عليها ، ألا ترى أن جارية المريض إذا جاءت][3] بولد في ملكه وادعى نسبه ، ينزل منزلة البينة في حق إبطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها ، هذا لأن بحصول العلوق في ملكه ثبت له حق استحقاق النسب بالدعوة ، وذلك لا يحمل الإبطال ، فلا يبطل بالبيع وما نقول[4] بأنه متناقض[5] .

قلنا : نعم ، ولكن طريقه طريق الخفاء ، فإن الإنسان قد لا يعلم بالعلوق أصلاً [ولا يعلم][6] أن العلوق منه ، ثم يعلم بعد ذلك ، والتناقض في مثل[7] هذا عفو ، [ومثل هذا الخفاء][8] لا يمكن تصوره [في][9] دعوى الإعتاق والتدبير .

فإن ادعى المشتري الولد بعد ذلك فعلى طريق الاستحسان لما صحت دعوة البائع [لا تصح دعوة المشتري ، (على طريق القياس لما لم تصح دعوة البائع لا تصح دعوة المشتري)][10] ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعاه البائع][11] وحده .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (م) : إملاك .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (م) و (ب) : يقوله . وفي (ك) : وما يقوم . والمثبت من (هـ) .

(٥) في (م) : مناقض .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٧) غير موجود في (هـ) .

(٨) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) : وقيل . وفي (ب) : وميل . والمثبت من (هـ) و (ك) .

(٩) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(١٠) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(١١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته أيضاً ، ويثبت[١] النسب منه ، وصارت الجارية أم ولد له ، وكانت دعوة المشتري دعوة تحرير ؛ لأن العلوق لم يتصل بملكه حتى كان للمشتري ولاء على الولد ، كما لو أعتقه المشتري ، والمشتري يصح منه [دعوى][٢] تحرير الولد ؛ لأنه ملكه فيصح منه التحرير أيضاً ، وإذا صحت دعوة المشتري وثبت النسب منه يحمل أمره على جهة يثبت به[٣] النسب [من نكاح جائز أو فاسد لا على وجه الزنى .

وإذا صحت دعوة المشتري لا تصح دعوة البائع بعد ذلك ؛ لأنه ثبت فيه حقيقة النسب][٤] ، وأنه أقوى من حق استحقاق النسب فيبطل به ما كان للبائع في حق استحقاق النسب ضرورة .

وإن ادعيا[٥] جميعاً يعني البائع والمشتري ، فإن سبق أحدهما صاحبه في الدعوة فدعواه أولى ، وإن خرج الكلامان معاً فدعوة البائع أولى عندنا ؛ لأنه سابق معنى ؛ لأن دعوته [دعوة][٦] استيلاد وأنه يستند إلى وقت العلوق ، ودعوة المشتري [دعوة][٧] تحرير وأنها تقتصر على الحال ، فهو معنى قولنا : إن دعوة البائع سابق معنى .

الوجه الثاني : إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً ، ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع ، وقد علم ذلك ، فإن ادعى البائع نسب الولد وحده لا تصح دعوته

---

(١) في (هـ) و (ك) : ثبت .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (م) : له .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٥) في (هـ) : ادعياه .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

إلا بتصديق المشتري ؛ لأن البائع في هذه الصورة بعلوق الولد في ملكه وأجنبي آخر سواء .

ولو أن أجنبياً آخر ادعى نسب هذا الولد لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري ، فههنا كذلك ، إلا أن[١] الفرق بين البائع والأجنبي إذا ادعى وصدقه المشتري حتى يثبت النسب من الأجنبي يبقى الولد عبد[٢] المشتري ، ولا تصير الجارية أم ولد الأجنبي .

وإذا ادعاه البائع وصدقه المشتري حتى يثبت النسب منه ؛ لأنها أم ولد للبائع ؛ لأن في فصل المشتري بتصادقهما أن الولد ثابت النسب من البائع يثبت علوق الولد في ملكه [لأن احتمال حصول العلوق في ملكه ثابت ، وقد تصادقا عليه ، والحق لهما لا يعدوهما ، فيثبت علوق الولد في ملكه][٣] .

وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ، ويجب أن تكون دعوته دعوة استيلاد حتى كان الولد حر الأصل ، ولا يكون للمشتري عليه ولاية ؛ لأنه يزعم أن العلوق حصل في ملكه وأمكن تصديقه ؛ لأن هذا مدة تصلح لحدوث الولد فيها .

وإن ادعياه[٤] وخرج الكلامان معاً أو أحدهما أسبق ، فدعوة المشتري أولى على كل حال ، كما لو كان المدعي مع المشتري أجنبياً .

الوجه الثالث : إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من [وقت][٥] البيع ، وقد علم القاضي ذلك ، فإن ادعاه البائع لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري ، وإذا

---

(١) في (م) و (ب) : لأن .

(٢) في (م) و (ك) و (ب) : عند .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) في (م) و (ك) و (ب) : ادعاه . والمثبت من (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

صدقه المشتري حتى صحت دعوته يثبت النسب من البائع ، ويكون الولد عبداً للمشتري ، ولا تصير الجارية أم ولد له[١] ؛ لأنهما تصادقا على ثبات النسب من البائع ، أما ما تصادقا على كون العلوق في ملكه ، لأن هذه مدة [لا][٢] يحتمل بقاء الولد في البطن ، فيكون حادثاً بعد زوال ملك البائع لا محالة بخلاف الوجه الثاني .

وإن ادعياه وخرج الكلامان معاً ، أو سبق أحدهما صاحبه صحت دعوة المشتري ، ولا تصح دعوة البائع .

هذا الذي ذكرنا إذا علم المدة من وقت البيع إلى وقت الولادة ، فأما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين أو لأكثر من سنتين من وقت البيع ، فإن ادعاه البائع لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري ؛ لأنا لم نتيقن بكون العلوق في ملكه ، وإن ادعاه المشتري تصح دعوته ؛ لأن أكثر ما في الباب أنا لم نتيقن بعلوق الولد في ملكه ، لكن ذلك لا يمنع صحة دعوة المشتري ، كما لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع .

وإن ادعياه جميعاً وخرج الكلامان منهما معاً لم تصح دعوة واحد منهما ، ويكون الولد عبداً للمشتري ؛ لأنه وقع الشك في ثبوت النسب من كل واحد إن كان أقل من ستة أشهر لا يثبت من المشتري[٣] ولا من البائع ، وإن كان لستة أشهر أو لأكثر من سنتين يثبت النسب ، ولا يثبت النسب من المشتري ولا يثبت من البائع ، فوقع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما ، فلا يثبت مع الشك .

---

(١) غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في هامش (هـ) : « ويثبت » ويليها أربع كلمات غير مقروءة .

وإن سبق أحدهما صاحبه ، فإن سبق المشتري صحت دعوته ، وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبات النسب من واحد منهما .

وإن نفياه في الوجوه كلها فهو عبد المشتري لانعدام الدعوة ، هذا كله إذا لم يخرجه عن ملكه ، فإن أخرجه عن ملكه ثم جاءت بولد ، فالجواب في هذه المسألة نظير الجواب في المسألة الأولى على الوجوه والتفاصيل التي ذكرناها .

قال : وإذا حبلت الجارية في ملك رجل ثم باعها فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر ، ثم إن المشتري أعتق الأم ، ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته في حق الولد حتى يثبت نسب الولد منه وحكم بحريته ، ولا يصح في حق الأم ، حتى لا تصير[١] الجارية أم ولد له .

فرق بين هذا وبين ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع ، فإنه لا تصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الأم .

والوجه في ذلك : أن الولد هو المقصود بالدعوة ، وحكم الاستيلاد في الجارية يثبت تبعاً للولد ، ولهذا قال عليه [الصلاة][٢] السلام : « أعتقها ولدها »[٣] ، ولما كان هكذا قلنا : إذا جرى في الولد من المشتري ما يمنع صحة دعوة البائع فيها لا تصح دعوة البائع [أصلاً لا في الولد لقيام المانع به ، ولا في الأم لكون الأم تبعاً للولد في حق حكم الاستيلاد ، ومتى جرى في الأم من المشتري ما يمنع صحة دعوة البائع فيها لا تصح

(١) في (م) : تصح .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في « سننه » ٢ : ٨٤١ كتاب العتق ، باب أمهات الأولاد رقم ٢٥١٦ ،من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال : ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: « أعتقها ولدها» . قال البوصيري في « زوائد ابن ماجه » : في إسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس . تركه ابن المديني وغيره ، وضعّفه أبو حاتم وغيره ، وقال البخاري : إنه كان يتهم بالزندقة.

دعوة البائع][1] فيها ويصح في الولد ، ويثبت نسب الولد من البائع ، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع ، [حتى لا يبطل عتق المشتري في الجارية ، ولا يجب على البائع رد حصة الأم من الثمن ، وكان ينبغي أن تصير الجارية أم ولد للبائع][2] ؛ لأنه من أحكام ثبات نسب الولد منه ، ألا ترى أن قبل إعتاق المشتري الأم في هذه الصورة إذا ادعى البائع نسب الولد حتى ثبت نسب الولد منه صارت الجارية أم ولد له حكماً لثبات نسب الولد منه .

والجواب : [صيرورة الجارية أم ولد للمدعي من أحكام ثبوت النسب وليس من ضروراته بحيث لا ينفك النسب عنه ، بل يجوز الانفكاك عنه بحال ، ألا ترى أن ولد المغرور حر ثابت النسب من المستولد ، وأنه[3] لا تكون أم ولد له][4] .

إذا ثبت هذا فنقول : صيرورة الجارية أم ولد للمدعي لو لم يكن من ضرورات ثبوت نسب الولد منه ولا من أحكامه لا تصير الجارية أم ولد للبائع .

ادعى البائع الولد قبل إعتاق المشتري عملاً بكونه من أحكامه ، ولم يجعلها أم ولد البائع ، إذا[5] ادعاها بعد إعتاق المشتري ؛ لأنه ليس من ضروراته عملاً بالشبهين بقدر الإمكان .

وإذا صحت دعوة البائع في حق الولد دون الأم ذكر أن الثمن يقسم على الجارية وعلى الولد على قدر قيمتهما ، فما أصاب الولد يجب على البائع رده ؛ لأنه لم يسلم الولد للمشتري فلا يسلم للبائع بدله ، وما أصاب قيمة الأم يمسكه البائع ؛ لأن الأم سلم للمشتري فلا يسلم للبائع بدلها ، فقد جعل للولد حصة من الثمن ، وكان ينبغي أن لا يكون له حصة من الثمن ؛ لأنه حدث بعد قبض المشتري .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (م) وهو غير موجود في (هـ) و (ب) .

(٣) في (هـ) : وأمه .

(٤) تكرر في (ب) .

(٥) سقط من (ب) .

والجواب : الولد من حيث الصورة حدث بعد قبض المشتري ، أما من حيث الحكم فهو حادث قبل قبض المشتري ؛ لأنه حدث في حال للبائع فسخ العقد ، فإن للبائع فسخ هذا البيع بالدعوة[١] وإن قبضه المشتري كما لو فسخ هذا البيع قبل القبض بالاستهلاك .

وإذا كان الولد حادثاً قبل القبض معنى صار له حصة من الثمن متى استهلكه المشتري[٢] بالدعوة ، فلهذا صار له حصة من الثمن[٣] .

وكذلك الجواب فيما إذا كان دبرها ؛ لأن بالتدبير يثبت حق العتق ، فيعتبر بحقيقة العتق ، ألا ترى أن في الولد استوى العتق والتدبير حتى لم تصح دعوة البائع الولد بعد تدبيره كما لم تصح دعوته قبل[٤] إعتاقه .

ولو لم يكن شيء من ذلك ولكنها ماتت عند المشتري ، ثم ادعى البائع الولد فعلى قول أبي حنيفة تصح دعوته في حق الولد والأم جميعاً ، حتى يجب على البائع رد جميع الثمن على المشتري ، كما لو كانت الأم حية ، وعلى قولهما لا تصح الدعوة[٥] في حق الأم ، كما لو أعتقها المشتري ، ولا يلزمه رد الثمن بحصة الأم ؛ لأنه تعذر فسخ البيع فيها بعد الموت [٦] كما في فصل العتق والتدبير .

قالوا : هذه المسألة في الحاصل بناء على مسألة معروفة أن رق أم الولد هل هو متقوم ؟

فعند أبي حنيفة - رحمه الله - ليس بمتقوم حتى لا يضمن بالغصب ، فكذا لا يكون له حصة من الثمن ، وقد زعم البائع أنها أم ولد وزعمه حجة في حقه ، وعلى قولهما رقها متقوم حتى يضمن بالغصب ، فيمسك حصتها من الثمن[٧] .

---

(١) في (م) : في الدعوة .

(٢) في (هـ) : البائع .

(٣) في (هـ) زيادة كلمة جاء رسمها : متى .

(٤) في (هـ) : بعد .

(٥) في (ب) : دعوته .

(٦) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٠٥ ، « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٨١ .

(٧) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٨١ .

ثم فرق أبو حنيفة بين فصل الموت وبين فصل العتق والتدبير ، مع أن البائع زعم أنها أم ولد له في الفصول كلها .

وجه الفرق له : أن في الفصول المتقدمة القاضي كذب البائع فيما زعم حين جعلها معتقة من المشتري أو مدبرة [أو أم ولد][1] فلم يبق لزعمه عبرة ، فأما ههنا بعد موتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع ، فبقي زعمه معتبراً في حقه ، فلهذا رد جميع الثمن ، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن المشتري باعها من غيره ، أو كاتبها ، أو زوجها ، أو وهبها وقبضها الموهوب له ، ثم إن البائع ادعى الولد صحت دعوته في حق الأم والولد جميعاً وينقض هذه التصرفات ويرد الجارية على البائع ، فهما يحتاجان إلى الفرق بين هذه التصرفات وبين الموت .

والفرق : أن بعد موت الأم إنما لم تصح دعوة البائع في حق الأم ؛ لأنه تعذر فسخ البيع فيها بعد الموت ، أما بعد هذه التصرفات فسخ البيع فيها ممكن بواسطة فسخ هذه التصرفات قابلة للفسخ .

قال : ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن مات الولد عند المشتري أو قتل ، وأخذ المشتري قيمته ، ثم ادعاه البائع ، وقد كانت ولدت لأقل من ستة أشهر لم تصح دعوته ، لا في حق الولد ؛ لأنه لم يبق محلاً لثبات النسب ، ولا في حق الأم ؛ لأن الأم تبع في هذا الباب ، ولو لم يمت الولد ولم يقتل ، ولكن قطع يده ثم ادعاه البائع صحت دعوته ؛ لأن بعد القطع بقي محلاً لثبات النسب ، وإذا صحت دعوته ثبت نسب الولد منه وحكم بحريته ، ولكن على الجاني أَرْش العبد[2] ، وإن استندت الحرية إلى حال العلوق ولم يمكن إثبات النسب في حق اليد ؛ لأنها فاتت ولم يخلف بدلاً في حق ثبات النسب ؛

---

(١) ما بين معكوفتين ضرب عليه في (هـ) .

(٢) الأَرْش : هو النقص الحاصل في العبد من جراء قطع يده ، ويُعبر عنه بنقص الأعيان . كما في « المصباح المنير » للفيومي ص١٢. والمراد هنا أن على الجاني أن يدفع فرق القيمة بين كون العبد صحيحاً وبين كونه مقطوع اليد فالنقص الحاصل في قيمته هو الأرش.

لأن الأرش لا يصلح بدلاً عن الولد في حق ثبات النسب ، وإذا لم تصح الدعوة في حق التدبير لم يثبت الاستناد في حقه ، فبقي اليد بياناً على حكم الرق فيجب أرش الرقيق .

وإذا ولدت الجارية المبيعة في يد المشتري ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعاه ، وكذبه المشتري ، ثم قتل في يد المشتري أو قطعت يده عمداً أو خطأ ، فإن على الجاني في ذلك ما عليه في جناية الأحرار ؛ لأن النسب قد ثبت من البائع ههنا بمجرد دعوته ، إذ لا عبرة لتكذيب المشتري إذا كان من وقت الشراء إلى وقت الولادة أقل من ستة أشهر[١] ، وحُكِمَ بحرية الولد [من الأصل ، وكانت الجناية واردة على الحر .

وكذلك][٢] إذا كانت الجناية على الأم واردة على الحر ، وكذلك إذا كانت الجناية على الأم كان على الجاني في ذلك ما يجب بالجناية على أم ولد ؛ لأنا حكمنا بأمية الولد من وقت العلوق بالولد والجناية كانت بعد ذلك ، ولو كانت الجناية من الولد ، أو من الأم في هذه الصورة ، فجنايته كجناية الحر ، وجناية الأم كجناية أم الولد ؛ لأنا حكمنا بحرية الولد من الأصل ، وحكمنا بأمية الولد من وقت العلوق بالولد ، والجناية منهما [كانت][٣] بعد ذلك .

وإن كانت الجناية من الولد ، أو من الأم قبل دعوة البائع ، ثم ادعى البائع نسب الولد فهو على البائع دون المشتري ؛ لأن دعوة البائع قد صحت وحكم بحرية الولد من الأصل ، وبسبب دعوته صار الجاني مستحقاً على المشتري ، فيعتبر بما لو صار مستحقاً بالبينة ، وهناك لا شيء على المشتري من جناية ، بل يكون على المستحق ، كذا ههنا .

وإذا ولدت الجارية المبيعة في يد المشتري ولداً لأقل من ستة أشهر فكبر ابنها ، وولد له ابن عند المشتري ، ثم مات الابن الأول ، ثم إن البائع ادعى الولد الثاني لا تصح دعوته ، فَرقٌ بين هذا وولد الملاعنة عنه إذا كبر وولد له ولد ، ثم مات الولد

---

(١) في (ب) زيادة : من وقت البيع . وقد حصل تكرار وتقديم وتأخير في (م) والمثبت من باقي النسخ .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

المنفي وبقي ابنه ، فادعاه الملاعن صحت دعوته ، وعلوق الولد الثاني لم يكن في ملك [الملاعن][1] كما في ولد ولد[2] المبيعة ، ثم قال : تصح الدعوة في مسألة اللعان ، ولم يصح في ولد ولد المبيعة .

والفرق : أن في ولد ولد الملاعنة إن لم يثبت اتصال العلوق بملكه حقيقة يثبت اتصال العلوق بملكه حكم[3] من الأحكام اتصال العلوق بملكه ، وهو أن لا تصح دعوة الغير إياه ، وفي ولد ولد[4] المبيعة لم يثبت اتصال العلوق بملكه ولا حكماً ، فإنه لو ادعاه غير البائع صحت دعوته ، ولا بد لصحة الدعوى من اتصال العلوق بملك المدعي إما حقيقة أو حكماً .

إذا ولدت المبيعة في يدي المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، فشهد شاهدان أن البائع ادعى هذا الولد ، والبائع ينكر ، فإن كان المشتري يدعي ذلك فالشهادة مقبولة ؛ لأنها قامت عن دعوى صحيحة ؛ لأن المشتري بهذه الدعوى يدعي استحقاق الثمن على البائع ، وإن كان المشتري لا يدعي ذلك ، فإن كان الولد أنثى فكذلك الجواب تقبل الشهادة ؛ لأن هذه شهادة قامت على عتق الأمة في حق الولد والأم جميعاً ، وإن كان الولد ذكراً فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله[5] ، تقبل هذه الشهادة ؛ لأن عندهما الشهادة قائمة على عتق العبد فتقبل بدون الدعوى .

وأما على قول أبي حنيفة [رحمه الله][6] كان ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة لا في حق الولد ؛ لأن الشهادة على عتق العبد عنده بدون الدعوى غير مقبولة ، ولا في حق الجارية ؛ لأن حق الجارية في هذا الباب تبع ، وإلى هذا مال بعض المشايخ .

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) غير موجود في (ك) و (ب) .

(٣) في (هـ) : بحكم .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٠٧ .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) .

وبعضهم قالوا : لا ، بل هذه الشهادة مقبولة عند أبي حنيفة أيضاً ؛ لأن هذه الشهادة وإن قامت على عتق العبد إلا أنها تضمنت حرمة الفرج ؛ لأن عتق الأم مضاف إلى عتق الولد الثابت بالشهادة ، وكانت بمنزلة الشهادة القائمة على عتق الأمة ، حتى لو كانت الأم ميتة لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة ؛ لأنها لا تتضمن حرمة الفرج ، فلم يكن بمنزلة الشهادة القائمة على عتق الأمة ، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بخُوَاهِر زاده .

وقال بعضهم : لا ، بل هذه الشهادة مقبولة عند أبي حنيفة وإن كانت الأم ميتة ، إذ ليس المقصود ههنا عتق الولد ، وإنما المقصود ثبوت النسب والعتق بناء عليه ، ويجوز أن يثبت النسب بالشهادة من غير دعوى كالولد إذا ولد ، وتصادق الزوجان أن النكاح بينهما منذ شهر ، فشهد الشهود أن النكاح منذ ستة أشهر أو أكثر ، فإنه يثبت النسب بهذه الشهادة وإن انعدم الدعوى ، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحَلْواني [رحمه الله][1] .

إذا باع الرجل من آخر جارية ، ثم ادعى أنها حامل وأن الحمل منه ، فإنه لا تصح دعوته في الحال بل تكون موقوفة ، وإن رأتها النساء فقلن : بها حبل ، أو صدقه المشتري في دعوى الحمل ، وهذا لأن من شرط صحة دعوى البائع اتصال العلوق بملكه بيقين ، ولا يقين في الحال ؛ لجواز أنها لا تلد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فيتوقف فيه .

وإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر [ظهر أن العلوق كان في ملكه وأن دعواه كانت صحيحة .

وإن جاءت بالولد لستة أشهر][2] فصاعداً تبين أن العلوق لم يكن في ملكه [وأن دعواه لم تصح ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فقال المشتري : أصل الحبل لم يكن في ملكك][3] ، إنما اشتريتها وهي حامل ، وقال البائع : لا ، بل أصل

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

الحبل كان ملكي . فالقول قول البائع ؛ لأنا تيقنا أنها كانت حاملاً في يد البائع ، فبعد ذلك المشتري يدعي [تاريخاً سابقاً في العلوق والبائع ينكر ذلك .

وكان ينبغي أن يكون القول قول المشتري ؛ لأن المشتري يدعي][1] جواز العقد ، والبائع يدعي فساد العقد ؛ لأنه يقول : العلوق كان مني ، وقد بعت أم الولد ، فلم يصح البيع ، والقول قول من يدعي الصحة ، ألا ترى أنهما إذا اختلفا في تاريخ الشراء بعدما ولدت الجارية في يد المشتري وادعاه البائع ، فقال المشتري : اشتريتها[2] منذ ستة أشهر أو أكثر ، وقال البائع : لا ، بل اشتريتها مني منذ شهر . فالقول قول المشتري ؛ لأنه يدعي جواز العقد ، كذا ههنا .

والجواب وهو الفرق بين المسألتين : أن في مسألتنا سبب الفساد ثبت بدليله ، فكان القول قول من يدعي الفساد ، كما لو ثبت الفساد بالبينة .

بيانه : وهو أن سبب الفساد علوق هذا الولد من جهة البائع ، وقد ثبت ذلك بقول البائع ؛ لأن الظاهر يشهد للبائع ؛ لأنه هو الممكن من الوطء دون غيره ، بخلاف ما لو اختلفا في التاريخ ؛ لأن هناك سبب الفساد لم يكن ثابتاً بدليل ؛ لأن سبب الفساد هناك ما يدعيه البائع من التاريخ ، ولم يثبت ذلك بقوله ؛ لأن الظاهر لا يشهد للبائع أنه باع منذ شهر ، ولم يثبت سبب الفساد بدليل ، فالقول قول من يدعي الجواز .

وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة البائع [3]؛ لأن البائع يثبت تاريخاً سابقاً في ملكه على العلوق ، وملكه حقه ، فتقبل بينته في سبق التاريخ في ذلك ، ولا شك في هذا على قول أبي يوسف .

واختلف المشايخ على قول محمد ، منهم من قال : قوله هكذا ، ومنهم من قال : على قوله البينة بينة المشتري ؛ لأنه هو المحتاج إلى إقامة البينة ، وأصل هذا فيما إذا اختلفا في

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (ك) : اشتريتها منك .

(٣) المسألة بنحوها في « المبسوط » للسرخسي ١٧ :١٠٧ .

تاريخ الشراء ، وقد ولدت الجارية في يد المشتري بعد البيع بيوم وادعاه البائع ، فقال المشتري : لم تحبل عندك ، وإنما اشتريتها قبل أن بعتها مني منذ شهر ، وقال البائع : لا ، بل اشتريتها منذ سنة ، فالقول قول البائع .

فإن أقاما جميعاً البينة ، فالبينة بينة البائع عند أبي يوسف ؛ لأن البائع ببينته يثبت حصول العلوق في ملكه ، وثبوت حق استحقاق النسب ، وعند محمد البينة بينة المشتري ؛ لأنه هو المحتاج إلى إثبات التاريخ في شرائه بالبينة ، ليثبت أن شراءه كان منذ سنة ، فيمتنع به صحة دعوة البائع .

وإذا ولدت الجارية المبيعة بنتاً لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ولدت الابنة ابناً ، فأعتق المشتري ابن الابنة ، ثم ادعى البائع نسب البنت ، فإنه تصح دعوته ؛ لأن علوق البنت كان متصلاً بملكه ، وإذا صحت دعوته في حق البنت صحت في حق ابنها حتى يبطل عتق المشتري ؛ لأن من ضرورة حرية[1] الأم من الأصل حرية الولد ؛ لأنه لا يتصور أن تكون الأم حر الأصل وولدها يكون رقيقاً ، بخلاف ما إذا ادعى البائع الابن بعدما أعتق المشتري الأم حيث لا يبطل إعتاق المشتري في الأم ، إذ ليس من ضرورة كون الولد حر الأصل أن تكون الأم أم الولد كما في ولد المغرور .

وإذا حبلت الأمة ، وولدت في يد مولاها ، فباعها المولى دون ولدها وقبض ثمنها ، ثم زوجها المشتري عبداً له ، فولدت ولداً ، ثم مات العبد عنها ، فوطئها المشتري بعد انقضاء العدة ، فجاءت بولد وادعاه المشتري ، ثم إن البائع ادعى الولد الذي عنده ، صحت دعوته في الولد الذي عنده ؛ لأن علوق هذا الولد كان في ملكه ، قال : ولا تصح دعوته في الولد الذي ادعاه المشتري ولا في الجارية ؛ لأنه جرى فيها من المشتري ما يمنع صحة دعوة البائع ؛ لأنه ثبت للولد حقيقة العتق وللجارية[2] حق العتق .

---

(١) جاء في (م) و (ب) في هذا الموضع : « وفي الكافي إذا باع أمة فولدت عند المشتري ، فقال البائع : بعتها منك منذ شهر ، والولد مني . وقال المشتري : بعتها مني لأكثر من ستة أشهر ، والولد ليس منك . فالقول قول المشتري بالاتفاق . فإن أقام البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند المؤلف ، وعند محمد البينة للبائع . أرحام الأم من الأصل» .

(٢) في (م) : الجارية .

قال : ويرد المشتري ولد العبد على البائع بحصته من الثمن ، فيكون عبد[١] البائع ولد[٢] أم الولد [يعتق بموته ، وهذا لأن البائع حين ادعى الذي عنده فقد أقر أن الجارية أم ولده][٣] ، وأن ابن العبد ابن أم ولده إلا أنه لم يعمل إقراره في حق الجارية لمانع قائم بها ، ولا مانع في حق الولد فعمل إقراره في حقه ، فإن ادعى البائع بعد ذلك ابن الغلام أن ابنه عتق عليه ؛ لأنه ملكه منه ، ولا يثبت نسبه منه ؛ لأنه معروف النسب من غيره ، فدعواه إياه كإعتاقه .

إذا باع الرجل جارية وهي حُبْلَى ، فولدت في يد المشتري بعد البيع بيوم ، ثم مكث سنة ، وولدت ولداً آخر من غير الزوج ، فادعى البائع الولدين جميعاً فهما ابناه ويرد الأمة[٤] إليه ، وتكون أم ولد له ، ويرد البائع الثمن إن كان المشتري نقده ، وهذا لأن دعوة البائع الولد الأول قد صح ، وصارت الجارية أم ولد له من وقت العلوق به ، فتبين أنه باع أم الولد ، وبيع أم الولد باطل ، وتبين أن الولد الثاني ولد أم الولد [وولد أم الولد][٥] ثابت النسب من المولى بدون الدعوة ، فمع الدعوة أولى .

فلو[٦] ادعى البائع والمشتري الولدين جميعاً معاً صحت دعوة البائع ولا يصح دعوة المشتري ؛ لأن دعوة البائع سابقة معنى ، وكانت أولى بالاعتبار ، كما لو كانت سابقة حقيقة .

ولو كان المشتري ادعى الولد الآخر ابتداء أجزت دعوته ، وجعلت الجارية أم ولد له ، فإن ادعى البائع بعد ذلك الولد الأول صحت دعوته في حق الولد ، ولم تصح دعوته في حق الجارية ، والولد حر ؛ لأنه جرى فيهما من المشتري ما يمنع صحة دعوة البائع .

---

(١) في (ك) : عند .

(٢) في (هـ) : ولو .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) في (م) : الولد .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) في (ب) : فإذا .

قال محمد - رحمه الله - في « الجامع »[١]: رجل له جارية فحبلت ، فباعها من رجل فولدت في يد المشتري ولداً ، فادعى الولد أبا البائع ، وكذبه المشتري ، وصدقه البائع أو كذبه ، فدعوته باطلة ، ولا[٢] يثبت نسب الولد منه ، ولا ينظر في هذا إلى تصديق البائع وتكذيبه ، وإنما ينظر إلى تكذيب المشتري وتصديقه ؛ لأن الجارية خرجت عن ملك البائع ظاهراً ، وصار البائع كالأجنبي ، فصار تكذيبه وتصديقه في بيان ثبات النسب كتصديق الأجنبي وتكذيبه[٣] .

فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى البائع نسب هذا الولد بنفسه ، حيث تصح دعوته ، وإن كذبه المشتري .

والفرق من وجوه :

أحدها : ما ذكرنا أن الأب [يتملك][٤] جارية الابن سابقاً على الاستيلاد حتى يصير مستولداً ملك نفسه ؛ لأن استيلاد الأب إنما يصح في ملك نفسه للابن .

إذا ثبت هذا فنقول : الثابت للأب متى حصل العلوق في ملك الابن تملك الجارية على الابن ، ثم الاستيلاد صحته بناءً عليه ، وقد ثبت للمشتري حقيقة الملك بالبيع من حيث الظاهر ، وكل واحد منهما أعني حقيقة الملك وحق التملك قابل للنقض ، وتعذر مراعاتهما ، وكان مراعاة حقيقة الملك [أولى][٥] ، فأما الثابت للبائع بحصول العلوق في ملكه قبل البائع حق استحقاق نسب الولد ، لا حق تملك الجارية ، فإنها كانت مملوكة على الحقيقة وقت العلوق ، وهذا الحق مما لا يحتمل النقض ؛

---

(١) «الجامع الكبير» للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص ١٠٨ .

(٢) في (م) : ولم .

(٣) « الفتاوي الهندية » ٤ : ١١٧ نقلاً عن كتابنا « المحيط ».

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

[لأن الحق معتبر بالحقيقة ، وحقيقة النسب لا تحتمل النقض بعد ثبوتها[١] ، فكذا الحق ، وملك المشتري يحتمل النقض ، ولا شك أن مراعاة ما لا يحتمل النقض][٢] أولى .

قياس مسألة الأب من البائع : لو ادعى المشتري أنه أعتقه حتى يثبت حقيقة النسب أو الولاء الذي هو كلحمة النسب من المشتري ، ولو كان هكذا كان مراعاة حقيقة النسب أولى من مراعاة حق النسب .

الفرق الثاني : أن طريق تصحيح دعوة الأب ولد جارية ابنه لما كان تقديم الملك للأب في الجارية على الوطء [ليصير الأب مستولداً ملك نفسه[٣] ، فنقول : تقديم الملك للأب في الجارية على الوطء][٤] غير ممكن ههنا ؛ لأن الأب يدعي ملكاً خفياً[٥] لينقض به ملكاً ظاهراً ؛ لأن ملك المشتري في الجارية ظاهر وقت الدعوة ، وملك الأب خفي وقت الوطء ، ومن ادعى ملكاً خفياً لينقض به ملكاً ظاهراً لا تسمع دعواه ، ألا ترى أن أبا البائع بعدما باع الجارية والولد لو ادعى أن البائع قد باع الولد منه قبل أن يبيعه من هذا لا تصح دعواه ، وإنما لا يصح لما قلنا ، بخلاف ما إذا ادعى البائع نسب الولد بنفسه ؛ لأن ملك البائع في الجارية ظاهر وقت العلوق ، وتيقنا أن العلوق حصل في ملكه ؛ لأن موضوع المسألة في دعوى البائع فيما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر إلا أنه لا يثبت نسب الولد بدون دعوته ؛ لأن له في ولد جارية الابن حق الملك لكونه متولداً من ملكه ، ويحتمل أن يكون هذا الولد من غيره ، فلا يبطل حق ملكه عن

---

(١) في (ك) : موتها .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) في (م) و (ب) : حقيقياً .

الولد بالشك ، وإذا ادعى فقد ارتفع هذا الشك ، وتبين أن هذا الولد ولده ، وأنه باع أم ولده ، فهو معنى قولنا : « إن ملك البائع ظاهر وقت العلوق » ، فجاز أن يقبل قوله وينقض ملك المشتري .

والدليل على الفرق بينهما : أن الجارية لو لم تكن في ملك الابن وقت العلوق بهذا الولد ، ثم اشتراه الابن ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر حتى علم أن العلوق لم يكن في ملك المشتري ، فادعى الولد أبو المشتري لا تصح دعوته ، ولو ادعاه المشتري صحت دعوته ، فإذا وقع الفرق بين دعوة الأب ولد جارية الابن ، وبين دعوة الابن ولد جاريته فيما إذا لم تكن الجارية في ملك الابن وقت العلوق ، جاز أن يقع الفرق بين دعوتهما إذا لم تكن الجارية في ملك الابن وقت الدعوة أيضاً .

الفرق الثالث : أن الأب بهذه الدعوى يدعي على الابن تملك الجارية عليه بالقيمة قبل البيع ، وتملك الشيء بالقيمة في معنى الشراء ، وليس له على ذلك دليل وقت الدعوى ، فصار بمنزلة ما لو ادعى على الابن أنه قد كان اشترى هذه الجارية منه قبل البيع ، فأما البائع لهذا البيع ليس يدعي تملك الجارية على المشتري ، بل ينكر زوالها عن ملكه ؛ لأنه يقول : صارت أم ولد لي ، ولم يصح نفي فيها ، وله على ذلك دليل ظاهر ، وهو علوق الولد في ملكه .

فإن قيل : أليس أن الأب لو ادعى قبل البيع صحت دعوته ، وقد ادعى تملك الجارية على الابن بالقيمة ، ولم يجعل ذلك بمنزلة دعوى الشراء ، قلنا : جعل ذلك بمنزلة دعوى الشراء أيضاً ، إلا أن له على هذه الدعوى دليل ظاهر ، وهو ما له من تأويل الملك وقت العلوق ووقت الدعوة ، فلهذا افترقا .

الفرق الرابع : أن دعوة الأب دعوة تملك ، والتملك لا يعمل في ملك الصغير ، أما دعوة الابن دعوة استيلاد ، والاستيلاد قد يعمل في ملك الغير ، كما في الجارية المشتركة بين اثنين ، هذا الذي ذكرنا إذا كذبه المشتري وصدقه البائع أو كذبه ، فأما إذا صدقه المشتري ، وكذبه البائع صحت دعوته ؛ لأن الجارية مع الولد ملك المشتري ، فإذا صدق المشتري أب البائع في دعوته ، فقد أقر أن الجارية أم ولده ، وأن الولد ولده ، وأنه تملك الجارية على البائع قبل تملكه إياها ، وكل ذلك إقرار على نفسه ، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح .

ألا ترى أن أجنبياً آخر لو ادعى نسب هذا الولد ، وصدقه المشتري ، صحت دعوته ، مع أنه ليس للأجنبي في الجارية تأويل الملك ، فههنا أولى ، ولكن لا يبرأ المشتري عن الثمن بتصديقه أبا البائع في دعوته ؛ لأن تصديقه يعتبر فيما عليه لا فيما له ، وصيرورة الجارية أم ولد لأب البائع ، وثبوت نسبه والولد منه أمر على المشتري ، فيعتبر تصديق المشتري في ذلك ، أما براءة المشتري عن الثمن أمر له ، فلا يعتبر تصديقه في ذلك ، ولا يضمن أبو البائع شيئاً من قيمة الجارية للبائع .

وإن زعم أنه يملك الجارية على البائع بالاستيلاد ، وبملك الأب جارية ابنه بالاستيلاد يوجب القيمة على الأب ، إلا أن البائع كذب الأب في ذلك ، فالتحق زعمه بالعدم ، وليس للمشتري على أبي البائع شيء من قيمة الجارية ولا من قيمة الولد ، أما من قيمة الجارية فلأنه وإن زعم أن الأب تملك الجارية إلا أنه زعم تملكها على الابن ، وهو البائع لا على نفسه ، وكان مدعياً القيمة للبائع لا لنفسه ، وأما من قيمة الولد فلأن في زعمه أن الأب يملك الجارية سابقاً على الاستيلاد ، وأن الولد علق حر الأصل ، فلا يكون مدعياً قيمة الولد أصلاً ، ولو صدقاه جميعاً - يعني المشتري

والبائع - صارت الجارية أم ولد له ، وثبت نسب الولد منه ، ورجع المشتري بالثمن على البائع ؛ لأن بتصادقهم ظهر أن البائع باع أم ولد الغير ، وأن بيعه باطل ، وأن البائع أخذ الثمن ، ولا ثمن له فيؤمر بالرد ، وضمن الأب قيمة الجارية للبائع ؛ لأنهما تصادقا على تملك الأب جارية البائع سابقاً على الاستيلاد ، وأنه يوجب القيمة على ما عرف .

قال محمد - رحمه الله [(١)] - : وإذا كانت الجارية لرجل ولدت في ملكه ولدين في بطن واحد ، فباع أحد الولدين ، ثم إن أبا البائع ادعى الولدين جميعاً ، وكذبه البائع والمشتري في ذلك صحت دعوته ، وصارت الجارية أم ولد له ، ويثبت نسب الولدين منه ، ويغرم قيمة الجارية للابن ، ويعتق الولد الذي لم يبع بغير قيمة ، والولد الذي بيع يكون عبداً للمشتري على حاله ، أما صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد للمدعي ، وثبوت نسب الولد الذي لم يبع منه ، فلوجود شرطه وهو حق التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، [وكون الجارية قابلة للنقل من وقت العلوق إلى وقت الدعوة][(٢)] ، وأما ثبوت نسب الولد الذي بيع منه ؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد ، فلا يتصور انفكاك أحدهما عن الآخر في حق النسب ، وإذا ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر ضرورة ، وأما عتق الولد الذي لم يبع بغير قيمة ؛ لأنه علق حر الأصل ، وأما كون الولد الآخر عبداً للمشتري فقد اختلف عبارة المشايخ في تخريجه ، بعضهم قالوا : لأن ملك المشتري ثبت فيه من حيث الظاهر فلا يبطل عن ملكه بدعوى غيره إلا لضرورة ، ولا ضرورة ههنا ؛ لأن أكثر ما فيه أنا حكمنا بحرية الولد الذي لم يبع ، إلا أن كل واحد منهما شخص على حدة ، منفصل عن صاحبه وعن الأم ، وليس من ضرورة عتق أحد الشخصين المنفصلين عتق الآخر ، ويجعل في حق الابن المبيع كأن الابن الآخر عتق للحال بعتق مبتدأ صيانة لملك المشتري ، وعتق أحدهما بإعتاق مبتدأ لا يوجب عتق الآخر .

---

(١) «الجامع الكبير» للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص١٠٨ .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

توضيحه : أن العتق شرع بطريق الأصل عند العلوق ، وبطريق الابتداء ، ففي حق الولد المبيع عتق الذي لم يبع حمل على الابتداء صيانة لملكه بخلاف النسب ؛ لأن النسب يستند إلى وقت العلوق ، ولا يتصور ثبوته إلا بطريق واحد ، وهو التبيين من الأصل ، فإذا ثبت نسب البعض ثبت نسب الكل ؛ لأنهما خلقا من ماء واحد ، فلا يتصور التبعيض فيه ، فلهذا افترقا .

فإن قيل : حكمنا بحرية الولد الذي لم يبع من الأصل ، ومن ضرورة حريته من الأصل حرية الولد الآخر من الأصل ؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد .

قلنا : حرية الولد الذي لم يبع [من الأصل][1] يظهر في [حقه ما[2] لا يظهر في][3] حق الولد المبيع ، ويجعل في حق الولد المبيع كأن عتق الذي لم يبع ثبت بإعتاق مبتدأ على ما مر ، ولا يوجب الشراء به .

فإن قيل : إن لم تتحقق الضرورة من الوجه الذي قلتم تحقق من وجه آخر ، فإن نسب الولد المبيع قد ثبت من المدعي ، ومن ضرورة ثبوت نسبه منه أن يكون العلوق حاصلاً في ملكه ، ومن ضرورة حصول علوقه في ملكه أن يكون حر الأصل .

قلنا : ثبوت نسب الولد المبيع منه كان بطريق الضرورة لا بدليل توجه ، بل الدليل بخلافه .

بيانه : أن من شرط صحة الدعوة وثبوت النسب في ولد جارية الابن قيام حق التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وقد انعدم الشرط في حق الولد المبيع ، فتنعدم صحة الدعوى في حقه ، فينبغي أن لا يثبت نسبه منه ، وإنما أثبتناه[4] ضرورة أنه ثبت نسب الولد الذي لم يبع ، وهما توأمان ، والثابت بالضرورة لا يعد ، وموضع

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (هـ) : أما .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (م) و (ك) و (ب) : أثبتنا .

الضرورة في حق ثبات النسب ، أما لا ضرورة في حق الحرية ، فصار في حق حرية الولد المبيع كأنه لم يوجد منه الدعوى أصلاً ، ولو لم يوجد منه الدعوى أصلاً ، أليس أنه لا يعتق هذا الولد ؟ كذا ههنا .

أكثر ما فيه أنه ثبت نسب هذا الولد منه ، ولكن ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد منه عتقه ، ألا ترى أنه لو استولد جارية الغير بالنكاح ، ثبت نسب الولد منه ، وإن كان لا يعتق ، كذا ههنا .

وبعضهم قالوا : لأنه حين ادعى كان الولدان منفصلين ، ومن شرط صحة دعوة الأب قيام ملك ولده فيهم ، وأنه معدوم في حق الولد المبيع ، فصحت الدعوة بقدر وجود شرطه ، فصحت في حق الولد الثاني والأم دون المبيع ، فالحجة إنما تثبت بقدر شرطها ، كتصديق المشتري الأب في المسألة الأولى ثبت في حق الأم دون الابن ، وتعتبر الدعوة في حق الولد المبيع إعتاقاً فاسداً ، فصارت الدعوة في حق الابن المبيع كأنها لم تكن ، بخلاف ما لو أعتق المشتري الولد ، ثم إن البائع ادعى الثاني ، فإن الدعوة تصح ، وينقض إعتاق المشتري ضرورة صحة الدعوى في الثاني ، وإن كانت دعوة البائع لا تصح في الولد المبيع بعد العتق كما أن دعوة الأب لا تصح في الولد بعد البيع .

والفرق : أن شرط صحة دعوة البائع الملك عند العلوق ، وملك البائع[1] كان قائماً وقت العلوق بالولدين ؛ فصحت الدعوة لقيام شرطها مطلقاً ، وظهر ثبوتها في حق الولدين جميعاً ، ولما ظهرت لم يجز أن يكون أحد الولدين علق حراً دون الآخر ؛ لأنهما خلقا من ماء واحد ، وظهر بطلان إعتاق المشتري بعتق هو فوقه .

فأما دعوة الأب فإنما تصح بقيام[2] ولاية التملك للحال ، لا عند العتق ، وفي الحال الأولاد والأم منفصل بعضها عن بعض ، والشرط منقطع في حق الولد المبيع ، فيتقدم ثبوت الدعوى في حقه ، فلا يجعل الولد الثاني حر الأصل في حقه ، بل يجعل في

(١) في (م) و (ب) : والملك .

(٢) في (م) : فإنما لا تصح لقيام .

حقه كأنه عتق بإعتاق مبتدأ ، فلا يوجب السراية إليه ، وصار كما لو اشترى عبداً أقر أنه حر الأصل ثبت في حقه كذلك ، ولا يكون له ولاؤه وهو في حق البائع بمنزلة إعتاق مبتدأ ؛ لأنه لم يصدق عليه ، كذا ههنا .

فإن قيل : إذا لم تصح دعوة الأب في حق الولد المبيع [ينبغي أن لا يثبت نسب الولد المبيع منه][1] ، قلنا : نحن إنما لم نصدق الأب على المشتري ، وقطعنا شرط صحته صيانة لملك المشتري عليه ، ألا ترى لو صدق المشتري الأب صحت دعوته في حق الولدين ، فتعذر انقطاع شرط الصحة بقدر ما يصون به ملكه ، وذلك في أن لا يعتق ، لا في أن لا يثبت النسب ، فيثبت نسبة الولد المبيع من الأب ، وإن كان لا يعتق عليه ، وإنما يغرم الأب في هذه الصورة قيمة جارية الابن ؛ لأنه تملكها بالاستيلاد ، وأنه يوجب القيمة ، ولا يجب العقر على الأب ، خلافاً للشافعي ، والمسألة معروفة .

هذا الذي ذكرنا إذا باع أحد الولدين لا غير ، فإذا كان باع الجارية مع أحد الولدين ، ثم إن أبا البائع ادعى نسب الولدين جميعاً ، وكذبه المشتري والبائع ، فعلى قول محمد - رحمه الله - : دعوة الأب في هذه الصورة باطلة ، وعلى قول أبي يوسف : دعوة الأب لا تصح في حق الجارية ، ولا تصير الجارية أم ولد له ، وتصح دعوته في حق الولدين نسباً ، فيثبت نسب الولدين منه ، ولا تصح دعوته في حق الولدين حرية ، فلا يحكم بحرية الولد بالمبيع بل يكون عبداً للمشتري ، والولد الثاني يكون حراً بالقيمة .

وجه قول محمد في المسألة : أن من شرط صحة دعوة الأب قيام حق تملك الجارية للأب من وقت العلوق إلى وقت الدعوى ليصير الأب متملكاً الجارية سابقاً على الوطء ، فيصير مستولداً ملك نفسه ، وقد فات هذا بالبيع ، فلم تصح دعوته في حق الجارية ، و [ما][2] لم يثبت تملك الجارية لا يثبت نسب الولدين ؛ لأن ثبات نسب [ولد][3]

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

جارية الابن من الأب من حيث وقوع الاستيلاد في ملك الأب ، ولم يوجد ، وصار كما لو ادعى نسب ولد مدبرة الابن ، أو نسب ولد مكاتبة الابن ، أو نسب ولد أم ولد الابن .

وجه قول أبي يوسف : أن البائع [لو][1] لم يبع الجارية والولد حتى ادعاه الأب صحت دعوته في الكل ، ولو باع الجارية والمدبرين لم تصح دعوته في الكل ، فإذا باع البعض دون البعض كان لكل بعض حكم نفسه .

والمعنى في ذلك أن في حق الدعوة كان ثابتاً للأب قبل البيع لقيام ملك الابن ، ولو[2] بطل إنما يبطل حكماً لزوال ملك الابن ، فإنما يبطل بقدر ما زال ملك الابن عنه ، بخلاف ولد المدبرة والمكاتبة ؛ لأن حق الدعوة لم يكن ثابتاً للأب هناك لفوات شرطه ، أما ههنا بخلافه ، ولكن المقصود بالدعوة الولد دون الأم ، بدليل أن الأم تضاف إلى الولد ولا يضاف الولد إلى الأم ، يقال : أم الولد ، ولا يقال : ولد الأم ، ويدل عليه قوله عليه [الصلاة و][3] السلام : « أعتقها ولدها » .

وما هو المقصود بالدعوة على حاله لم يحدث فيه ما يمنع نقل الملك إليه ، فتصح دعوته فيه ، وإن لم تصح دعوته في الأم ، ومثل هذا جائز .

ألا ترى أنه لو باع جارية من إنسان ، وجاءت في يد المشتري بولد ، وأعتق المشتري الجارية ، ثم إن البائع ادعى نسب الولد صحت دعوته في حق الولد وإن لم تصح دعوته في حق الأم .

وكذلك إذا ماتت الجارية مع أحد الولدين في مسألتنا ، ثم إن [أبا][4] البائع ادعى نسب الولدين صحت دعوته في حق الولد الحي ، وإن كان لا يصح في حق الأم ، وخروجها عن ملك الابن بالموت كخروجها عن ملكه بالبيع ، ثم هناك لما لم يمنع صحت دعواه في الولد الثاني ، كذا ههنا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (م) و (ب) و (ك) : لو .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

والدليل عليه : أن[١] ولد المغرور ثابت النسب من المغرور ، ويكون[٢] حراً بالقيمة ، وأمه تكون رقيقة على حالها ، وليس كما لو ادعى نسب ولد مكاتبة الابن أو مدبرة ابنه ؛ لأن ولد المدبرة مدبر ، وولد المكاتبة مكاتب ، فقد حدث في الولد هناك ما يمنع النقل إلى ملكه كما حدث ذلك في الأم ، فلم تصح الدعوة هناك أصلاً ، أما ههنا فبخلافه ، ويكون الولد الذي لم يقع حراً بالقيمة ؛ لأنه لا يتملك الجارية ههنا سابقاً على الاستيلاد لكون العلوق حاصلاً في ملكه ، فيكون حر الأصل ، فيكون حراً بغير قيمة ، ولابد وأن يظهر قيمة الولد ، فجعلناه حراً بالقيمة ، بخلاف ما إذا كانت الجارية في ملكه ؛ لأن هناك يتملك الجارية سابقاً على الاستيلاد ، فيكون العلوق حاصلاً في ملكه ، فيكون الولد حر الأصل ، فيكون حراً بغير قيمة ، ولأن الأب مصدق في حق نفسه .

فإذا ادعى نسب الولدين حمل أمره على أنه أصابها بناء على أن له حق التملك على ولده ، وأن الظاهر في ملك ولده الدوام ، ووجود شرط التملك يوم الدعوة ، وإذا أبيعت فقد عدم شرط التملك فيها ، ولكن بعد صحته للأمر على الظاهر ، فصار مغروراً بمنزلة الذي يصيب الجارية ، ويستولدها على أنها ملكه بناء على سبب أفاد الملك له ظاهراً ، فإذا استحقت صار مغروراً ، كذا ههنا .

ولما ثبت الغرور وقع الاستغناء عن تملك الجارية ؛ لأن الغرور بمنزلة عقد النكاح في إثبات النسب ، وعند وجود عقد النكاح يستغني عن تملك الجارية ، كذا ههنا .

ولأجل ما ذكر غرم الأب قيمة الولد الثاني ، فيثبت نسب الولد المبيع ، ولا [لكن][٣] يعتق لما ذكرنا .

هذا الذي ذكرنا إذا أكذبه المشتري والبائع ، فأما إذا صدقه المشتري وكذبه البائع ، فالجارية تصير أم ولد له بلا خلاف ، وعليه قيمتها للابن ، ويثبت نسب الولدين منه بلا خلاف ، ويصير الولد المبيع حراً بغير قيمة بلا خلاف .

---

(١) في (هـ) و (ب) : وأن .

(٢) في (ب) : ولا يكون .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) ولعل الصواب : ولكن لا يعتق .

وأما الولد الثاني فهو حر بالقيمة على الأب عند أبي يوسف ، وعند محمد هو حر بغير قيمة .

وإنما صارت الجارية أم ولد له ، وكان المبيع حراً بغير قيمة باعتبار أن المشتري لما صدقه في دعواه ، فقد أقر أن الجارية صارت أم ولد له ، وأن الولد المبيع علق حر الأصل ، وأن البيع لم يصح فيهما وفي[١] حق الرجوع على البائع ، ويصدق فيما عدا ذلك ؛ لأن فيما عدا ذلك كله إقرار على المشتري ، وهو مالك لذلك من حيث الظاهر ، وإنما ثبت نسب الولدين بدون تصديق المشتري ، [فمن تصدق المشتري أولى ، وأما على قول محمد : فلأنه يثبت نسب الولد المشترى بتصديق المشتري][٢] ، وهما توأمان خلقا من ماء واحد ، فإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة .

وأما الولد الباقي في يد البائع فعلى قول أبي يوسف : هو حر بالقيمة ؛ لأنه كان عتق بالقيمة حقاً للبائع قبل تصديق المشتري ، فلا يبطل ذلك بتصديق المشتري ، وعلى قول محمد - رحمه الله - : يعتق بغير قيمة ؛ لأن على قوله : لم يثبت نسب الولدين من المدعي أصلاً قبل تصديق المشتري ، وبتصديق المشتري يثبت نسب الولد المشترى منه ، ومن ضرورته[٣] ثبوت نسب الباقي في يد البائع منه ؛ لأنهما توأمان ، وإذا ثبت نسب الولد منه صار أخاً للبائع ، وهو ملكه ظاهراً ، والأخ يعتق على أخيه بالقرابة بغير شيء .

ولو أن البائع صدق والده فيما ادعى ، وكذبه المشتري ، يثبت نسب الولدين من أبي البائع .

(مشايخنا ظنوا أن ما ذكر أنه يثبت نسب الولدين [من البائع)[٤] قول أبي يوسف ، وأما قول محمد : فينبغي أن لا يثبت نسب الولدين][٥] منه ؛ لأن محمداً [رحمه الله][٦]

---

(١) في (هـ) و (ب) و(ك) : ولي .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (م) : ضرورة .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

يعتبر الأم أصلاً في هذا الباب والولد تبعاً ، وتعذر تصحيح دعوته في حق الأم على ما مر قبل هذا ، فكيف تصح دعوته في حق الولد.

والصحيح : أن ما ذُكِر قول الكل ، أما عند أبي يوسف فلأن عنده [يثبت نسب الولدين من الأب عند تكذيبهما ، فعند تصديق البائع أولى ، وأما عند محمد [رحمه الله][1] فلأن بتصديق البائع يثبت نسب الولد الذي لم يبع منه ؛ لأن الأب][2] لا يكون أدنى حالاً من الأجنبي ، ولو كان أجنبياً ادعى نسبه وصدقه الابن يثبت نسبه منه ، فههنا أولى .

ومن ضرورة ثبوت نسبه هذا ثبات نسب الآخر ، ويكون الولد الذي عند البائع حراً بغير قيمة لاعتراف مالكه أنه حر الأصل ، والجارية والولد المبيع مملوكان للمشتري ؛ لأن البائع والمدعي لا يصدقان على المشتري ، وليس من ضرورة الحكم بحرية أحد الولدين الحكم بحرية الأم والولد الآخر لما مر .

ثم إن محمداً [رحمه الله][3] ذكر في « الكتاب » : حكم الولد في هذا الفصل ، ولم يذكر حكم الأم ، وكان القاضي الإمام أبو خازم والقاضي الإمام أبو الهيثم [رحمهما الله] يقولان : على قياس قول أبي يوسف ومحمد : يضمن البائع قيمة الجارية أم ولد للمدعي وهو الأب ؛ لأنه لما صدق أباه فقد أقر أنه باع أم ولد أبيه وسلمها ، وبه [يصير غاصباً ، وأم الولد عندهما مضمونة بالغصب ، ويضمن المدعي وهو الأب][4] للبائع وهو ابنه قيمتها قنة ؛ لأنهما تصادقا أن الأب استولد جارية الابن وأنه تملكها بالقيمة .

وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يضمن البائع لوالده شيئاً ؛ لأن أم الولد لا تضمن بالغصب عنده .

وقال أكثر مشايخنا : لا يضمن أحدهما لصاحبه شيئاً بالاتفاق .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

أما عند أبي حنيفة : فالبائع لا يضمن شيئاً للأب لما مر ، والأب لايضمن لابنه شيئاً من[١] قيمة الجارية قنة[٢] ؛ لأن ثمنها سالم للبائع لما بقي البيع صحيحاً في حق المشتري ، والثمن عوض عن الجارية ، فلو أخذ البائع من الأب قيمة الجارية يجتمع في ملكه عوضان بإزاء معوض واحد ، وأنه لا يجوز ، وأما عندهما فالأب لا يضمن لهذه العلة أيضاً ، ولا يضمن للابن أيضاً ، وإن أقر بغصب أم الولد بالبيع والتسليم ؛ لأن القاضي لما قضى بصحة البيع وكونها مملوكة للمشتري ، فقد كذبه فيما أقر فيلحق إقراره بالعدم .

جارية لرجل حبلت في ملكه ، فباعها وهي حامل وقبضها المشتري ، ثم اشتراها البائع فوضعت حملها في يده لأقل من ستة أشهر ، فادعاه أبو البائع الأول ، وكذبه ابنه في ذلك ، كان دعوة الأب باطلة لما ذكرنا أن من شرط صحة الدعوة قيام حق التملك فيما بين الدعوة والعلوق ، وهذا لما ذكرنا أن دعوة الأب متى صحت تستند إلى وقت العلوق ، ولهذا تعلق الولد حراً ، وانقطاع ولاية التملك فيما بين العلوق والدعوة يمنع الإسناد[٣] إلى وقت العلوق ، فلا تصح دعوته لهذا ، ولو صدقه الابن كانت الجارية أم ولد له بالقيمة ، ويثبت نسب الولد ، ويكون حراً بغير قيمة ؛ لأن الملك للابن ، وقد أقر بكونها أم ولد لابنه من وقت العلوق ، وأن بيعه كان باطلاً فيه ، فيقبل قوله في حقه ، ولا يقبل في حق المشتري حتى لا ينتقض البيع الذي كان جرى بينهما .

ولو أن المشتري لم يبعها من البائع ، ولكنه ردها بعيب بقضاء القاضي ، أو بغير قضاء القاضي ، أو بخيار الشرط ، أو بخيار الرؤية ، أو كان البيع فاسداً وقد قبضها المشتري ، فردها على البائع بحكم فساد البيع ، ثم إن البائع ادعى الولد ، فهذا والأول سواء في جميع ما وصفت لك ؛ لأنه انقطع ولاية التملك فيما بين طرفي العلوق والدعوة

---

(١) في (م) و (ب) : من ضمن قيمة .

(٢) في (م) و (ب) : فيه .

(٣) في (هـ) : الاستناد .

لزوال الجارية عن ملك الابن بالبيع ، وبأن عادت الجارية إلى قديم ملك الابن في حقها ، وفي حق الثالث لم يتبين أنه لم يكن زائلاً عن ملكه ، فلا يتبين أن حق التملك للأب لم يكن ساقطاً وهو المانع من صحة دعوة الأب ، ألا ترى أن من اشترى شيئاً لم يره ، ثم رد عليه بقضاء قاض ، أو بخيار الرؤية ، فإنه لا يعود خيار الرؤية للمشتري الأول ، وإن عاد إلى قديم ملكه ولم يجعل كأنه لم يبع ولم يزل عن ملكه .

وألا ترى أن من اشترى داراً ووجب للمشتري فيها شفعة ، ثم إن المشتري ردها بالعيب بقضاء قاض ، أو بخيار الرؤية ، [كان للشفيع فيها حق الشفعة ، وإن عاد إلى قديم ملك البائع ، ولم يجعل كأن الدار لم تخرج عن ملك البائع ، ولم تدخل في ملك المشتري قط .

وكذلك لو[١] اشترى منكوحة حتى فسد النكاح ثم ردها بالعيب بقضاء قاض ، أو بخيار الرؤية][٢] ، فإنه لا يعود [النكاح][٣] ، وإن عاد إلى قديم ملك البائع ، ولم يجعل كأنها لم تخرج عن ملك البائع ، ولم يملكها المشتري ، فكذا هنا ، وجب أن يكون كذلك ، وإذا بقي الزوال على حاله كان ولاية التملك منقطعاً فيما بينهما ، فلم تصح دعوته .

فإن قيل : قد يشكل بخيار العيب ، فإنه يسقط ببيع[٤] المشتري من غيره ، ثم يعود إذا عاد قديم ملكه ، وجعل كأنه لم يبع ولم يزل عن ملكه قط حتى كان له الرد على بائعه ، قلنا : نحن لا نقول بأن حقه في الرد بالعيب سقط بالبيع ، وكيف يسقط ولم يكن عالماً ؟ لكن تأخر لعجزه عن الرد ، إلا أنه لا يكون له الرجوع بنقصان العيب لوجهين :

---

(١) في (ك) و (ب) : من .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) : خيار الرؤية للمشتري الأول .

(٤) في (هـ) : بيع .

أحدهما : أن التملك من المشتري يثبت بالبيع [من جهة المشتري ، فيجعل تشبثه كتشبث المشتري ، ولو كان المشتري متشبثاً المبيع][(١)] بنفسه ، فإنه لا يكون له الرجوع بنقصان العيب من غير رضا البائع ، وإن كان في العيب حقه باقياً لإمكان الرد ، فإذا تشبث[(٢)] الغير به من جهة والرد موهوم بأن يعود إلى قديم ملكه .

والثاني : أن المشتري لما باع من غيره ، فقد وصل إليه عوض العيب ، فلا يكون له الرجوع بنقصان العيب ؛ لأنه يحصل له بإزاء العيب عوضان ، وهذا لا يجوز ، وقد زال كلا[(٣)] الأمرين متى عاد الشيء إلى قديم ملكه ، وكان له الرد بالعيب ، بخلاف خيار الرؤية ؛ لأنه يسقط لما انتسب لغيره لازماً مع علمه بثبوت الخيار له بعلمه بعلته ، وهو جهله بأوصاف البيع ، فلا يعود بعد ذلك ، وبخلاف مسألتنا ؛ لأن دعوة الأب كانت باطلة ببيع الابن لفوات شرط صحة الدعوة ، [وهو ولاية التملك بالجارية ، وإن عادت إلى قديم ملكه لم يتبين أنه لم يكن زائلاً عن ملكه على ما بينا ، وإذا بقي الزوال على حاله حقيقة وحكماً كان شرط صحة الدعوة][(٤)] فائتاً ، فلم تصح دعوته .

وإذا ولدت الجارية المبيعة في يدي المشتري ولدين في بطن واحد كلاهما أو أحدهما لأقل من ستة أشهر وقت البيع ، ثم جُنِيَ على أحد الولدين بأن قطع يده مثلاً ، وأخذ المشتري الأرش ، ثم ادعى نسب الولدين صحت دعوته ، لأنا تيقنا أن العلوق بالولدين اتصل بملك البائع ، أما الذي جاء لأقل من ستة أشهر فظاهر ، وأما الآخر فلأنهما خلقا من ماء واحد ، وعلى الجاني أرش العبد ، ويكون ذلك سالماً للمشتري ، وإن حكمنا

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ك) : نسب .

(٣) في (م) و (ب) : كل .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

بحرية الولد الآخر من الأصل حتى لم يكن للبائع على الولد ولاء لما قلنا في الولد الواحد : إن الحرية لا تظهر في حق اليد ، وكذلك إن اكتسب أحدهما كسباً قبل الدعوة ، ثم ادعاهما البائع ، فالكسب يسلم للمشتري .

ولو قتل أحدهما قبل الدعوة ، ثم ادعاهما البائع ، يثبت نسبهما من البائع ؛ لأنه صحت دعوته في حق الحي ، ومن ضرورته صحة الدعوة في حق الآخر ؛ لأنهما خلقا من ماء واحد لا يتصور أن يثبت نسب أحدهما وحريته من الأصل دون الآخر ، وإذا صحت دعواهما فيما ذكر أن قيمة المقتول تكون لورثة المقتول ولا يكون للمشتري ، فقد حكم بحرية المقتول من الأصل في حق المشتري ، حتى لم يجعل القيمة سالمة للمشتري ، ولم يحكم بحريته من الأصل في حق الجاني حتى لم يوجب عليه الدية ، بل أوجب القيمة ، ومثل هذا جائز ، ويجوز أن يكون الشخص الواحد عبداً أوحراً في حق شخصين وفي حق حكمين ، ألا ترى أن من أقر بحرية عبد في يد غيره ، ثم اشتراه اعتبر عبداً في حق البائع حتى يستحق الثمن على المشتري ، ويعتبر حراً في حق المشتري حتى يحكم بعتقه عليه ، واعتبر شراؤه في حقه تخليص الحر ، كذا ههنا .

فرق[١] بين الأرش والكسب والقيمة ، فجعل الكسب والأرش للمشتري ، وجعل القيمة لورثة المقتول .

والفرق : أن من ضرورة ثبوت نسب أحدهما وحريته من الأصل [ثبوت نسب الآخر وحريته من الأصل][٢] ؛ لأن التوأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر في حق ثبوت النسب ، والحرية ، والقيمة بدل عن النفس ، فإذا ظهرت الحرية في حق النفس من الأصل ، يثبت في بدل النسب ، فيكون لورثة المقتول ضرورة أما ليس من ضرورة ثبات النسب وثبوت حرية الأصل في حق النفس ثبوتها في حق الأطراف [المبانة ؛ لأن حرية الذات متصورة بدون الأطراف بأن كانت فائت الأطراف][٣] من الأصل ، فلا ضرورة

---

(١) في (م) : الفرق .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

إلى قطع ملك المشتري عن الأرش ، وكذلك في الكسب ؛ لأن حرية الذات متصورة بدون حرية ما فات الكسب ، وهو المنافع ، كما تصور بدون حرية الأطراف ، فلا ضرورة إلى قطع ملك المشتري عن الكسب ، فلهذا افترقا .

قال : ولو لم يدعهما البائع ، وإنما ادعاهما المشتري يثبت نسبهما منه لما ذكرنا في الولد الواحد .

وإذا ولدت الأمة عند رجل ولدين في بطن واحد ، فباع أحدهما وادعى المشتري الولد الذي اشتراه أنه ابنه ، صحت دعوته ، ويثبت نسب الولدين منه ؛ لأنهما توأمان ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما منه ثبوت نسب الآخر ، ولا يعتق الولد الآخر ؛ لأن دعوة المشتري دعوة تحرير ؛ لأن أصل العلوق لم يكن في ملكه ، وكأنه أعتق ما اشترى للحال ، وليس من ضرورة عتق أحد التوأمين بعتق عارض عتق الآخر ، ولا تصير الجارية أم ولد له ، لأن أمية الولد قد تنفصل عن حرمة الولد من الأصل كما في الولد المغرور ، ففي حرية عارضة أولى .

وإذا حبلت الأمة عند رجل وولدت بنتاً ، فكبرت ابنتها وولدت بنتاً ، ثم إن المولى باع الابنة السفلى ، وأعتقها المشتري ، ثم إن المولى ادعى الابنة العليا ، يثبت[1] نسب العليا ، ويثبت نسب السفلى ، وبطل عتق المشتري ، وكانت بمنزلة التوأم[2] ، وإنما بطل إعتاق المشتري ؛ لأنه تبين أنها كانت حرة قبل شرائه .

وإذا اشترى الرجل أمة وولدها ، أو اشتراها وهي حامل ، ثم باعها ، ثم اشتراها ، ثم ادعى الولد ، صحت دعوته ، ويثبت نسب الولد منه إذا كان الولد في ملكه يوم ادعاه ؛ لأنه ادعى نسب ولد مملوك له ، ولا يبطل ما كان قبل الدعوة من بيع أو شراء ، [بخلاف ما إذا كان علوق الولد في ملكه ، فإنه يبطل ما كان قبل الدعوة من بيع أو شراء][3] .

---

(١) في (م) : ثبت .

(٢) في (م) : التوأمان .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

والفرق : أن علوق الولد إذا كان في ملكه ، فدعوته دعوة استيلاد ، فتستند إلى وقت العلوق ، وتبين أن البياعات كلها حصلت في ولد الحرية وفي أم الولد ، فيظهر بطلانها ، أما إذا لم يكن العلوق في ملكه ، فدعوته دعوة تحرير فيقتصر على الحال ، فلا يظهر به بطلان البيوع السابقة .

قال : وإذا اشترى الرجل عبدين توأمين ولدا في ملك العبد[١] ، وباع أحدهما ثم ادعاهما جميعاً ، وادعى الذي لم يبع صحت دعوته في الذي لم يبع ، وهذا ظاهر ، ويثبت نسب الذي باع ؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد ، فلا يختلفان في ثبات النسب ، ولا ينتقض البيع في الذي باع ، بخلاف ما إذا كان العلوق في ملكه .

والفرق وهو : أن العلوق إذا كان في ملكهما ، فدعوته في الذي لم يبع دعوة حريته من الأصل ، ومن ضرورة حريته من الأصل حرية الآخر من الأصل ، فتبين أن باع الحر ، فأما إذا لم يكن العلوق في ملكهما[٢] فدعوته في الذي لم يبع دعوة تحرير ، وليس من ضرورة حرية أحدهما بحرية عارضة حرية الآخر ، فلا يتبين أنه باع الحر .

وإذا اشترى الرجل عبداً ، واشترى أبوه أخا ذلك العبد وهما توأمان ، فادعى أحدهما العبد الذي في يديه ، صحت دعوته فيما في يده ، وهذا ظاهر ، وثبت نسب الآخر ؛ لأنهما خلقا من ماء واحد ، ويعتقان جميعاً ؛ لأن المدعي إن كان هو الأب عتق الذي عنده بالدعوة ، وعتق الآخر على ابنه ؛ لأنه ملك أخاه ، وإن كان المدعي هو الابن عتق الذي عنده بالدعوة ، وعتق الآخر على ابنه[٣] ؛ لأنه ملك ابن ابنه ، ولا ضمان على واحد منهما لصاحبه ؛ لأن عتق ما في يد كل واحد منهما ثبت نسبه مقصوراً عليه غير متعدٍ إلى صاحبه .

وإذا اشترى الرجل أمة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فولدت بعد ذلك بيوم عند المشتري ، فادعى المشتري الولد ، صحت دعوته عندهم جميعاً ؛ لأن دعوة المشتري

---

(١) في (هـ) : البائع .

(٢) في (هـ) : ملكه .

(٣) في (م) : أبيه .

صادفت ملكه ، أما عند أبي يوسف ومحمد ، فلأن خيار المشتري يسقط بالولادة ، وصارت الأمة ملكاً له ؛ لأن الولادة عيب في بنات آدم ، وحدوث العيب في يد المشتري يسقط خيار المشتري ، فهذا معنى قوله : إن دعوة المشتري صادفت ملكه ، ولو كان الخيار للبائع فادعاه المشتري، فإن دعوته تكون موقوفة إن أجاز البائع البيع ، صحت دعوته ، وإن فسخ بطلت دعوته .

فرق بين هذا وبين ما إذا أعتقه المشتري، والخيار للبائع، فإن أعتقه لا يتوقف بل يبطل .

والفرق : أن الدعوة إقرار بنسب ثابت ، وليس بإثبات النسب للحال ، والإقرار صحيح قبل الملك ، ولكن بقاؤه يتوقف على الملك ، كما لو أقر بحرية عبد الغير ، فأما الإعتاق فإن شاء تصرف مستنداً للحال ، وأنه تصرف لا يصح إلا في الملك ، وليس للمشتري حالة الإعتاق لا ملك بات ، ولا ملك موقوف متى كان الخيار للبائع على ما عرف في موضعه ، فلم يصح الإعتاق ، [حتى لو أخرج الكلامان في الإعتاق][1] مخرج الإخبار بأن [كان][2] قال : هذا كان حراً قبل شرائي يوقف ذلك منه .

فإذا أخذ الرجل أمتين من رجل على أنه بالخيار يأخذ أيتهما شاء بألف درهم ويرد الأخرى ، فولدتا عنده ، وأقر أنهما منه ، إلا أنه لم يبين التي وطئها أولاً ، فإقراره صحيح في ولد أحدهما وهي التي تناولها البيع ، وهذا لأن خيار المشتري لا يمنع صحة دعوته ، ولكن البيع تناول أحدهما بغير عينها ، ويتعين باختيار المشتري ، فيؤمر بالبيان ما دام حياً ، فإن مات قبل البيان ، فالبيان إلى الورثة ؛ لأنهم قاموا مقام الميت في خيار التعيين ، فيكون لهم البيان [كما كان][3] للمورث لو كان حياً .

فإن قالت الورثة : إن أبانا وطء هذه الجارية أولاً ، فإنه يثبت نسب ولد هذه من الميت ، ويرث معهم ، وتصير هي أم ولد للميت ، وتعتق بموته ، وعلى الورثة ثمن هذه

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

للبائع يؤدون ذلك من تركة الميت ، ويردون الأمة الأخرى على البائع مع عقرها ، فتكون أمة البائع كما لو كان حصل هذا البيان من الميت .

وإن قال بعض الورثة : إن أبانا وطأ هذه أولاً ، وقال بعض الورثة : لا ، بل وطء هذه الأخرى أولاً ، كان التي قال لها بعض الورثة أولاً هي التي وطئها الميت أولاً متعينة للاستيلاد ، ويرد الأخرى .

فرق بين هذا وبين ما إذا أوصى الرجل أن يعتق أحد عبديه ، ثم مات وله ولدان ، فأعتق أحدهما أحد العبدين وأعتق الآخر العبد الآخر ، فإن الآخر يتعين لتنفيذ الوصية فيه دون الأول .

والفرق : أن في مسألتنا هذه الوارث قام مقام المورث في البيان بحكم الملك لا بحكم الأمر ؛ لأن المورث لم يأمرهم بالبيان ، وإنما يثبت لهم البيان بحكم الملك ؛ لأنهم ورثوا ما كان ملكاً للميت ، وإنه مختلط بملك الغير ، والملك ثابت للكل ، فيكون تعيين أحدهم كتعيين الميت لو كان الميت حياً ، ولو كان الميت حياً ، وقال : وطئت هذه أولاً ، كان الإقرار منه صحيحاً ، والرجوع باطلاً ، كذا من الورثة .

أما في تلك المسألة التعيين إلى الوارث بحكم الأمر لا بحكم الملك ، ألا ترى أنه لو مات ولم يأمرهم لا يصح إعتاقهم عن الميت ، وإذا كان التعيين إليهم بحكم الأمر ، فإنما يصير إعتاق الوارث كإعتاق الميت أن لو وافق أمره ، والميت أمر بإعتاق عبد يجتمعان على تعيينه ، وأنه مفيد لتفاوت العبدين ، كما لو حصل الأمر في حالة[1] الحياة ، فإذا أعتق أحدهما عبداً ، فهذا إعتاق لم يوافق أمر الآمر ، فلا ينفذ على الميت بل ينفذ على المعتق ؛ لأن له نصيباً فيه .

وإذا أعتق بعض هذا العبد من ابن المعتق يبق هو محلاً لتنفيذ الوصية ، فتعين العبد الآخر لتنفيذ الوصية فيه ، ويصح إعتاق الابن الآخر بانفراده فيه ؛ لأن اجتماعهما على إعتاق عبد بعينه لا يفيد ، فهذا هو الفرق .

---

(١) في (ب) : حال .

وإن اتفقت الورثة أنهم لا يدرون التي وطئها الميت أولاً ، فإنه لا يثبت نسب واحد من الولدين من الميت ، ولكن يعتق نصف كل واحد من الولدين ، ونصف كل واحد من الجاريتين ، وسعت كل واحدة من الجاريتين وكل واحد من الولدين في نصف القيمة ، فردت الورثة على البائع نصف ثمن كل واحد من الجاريتين ، ونصف العقر من التركة ، فإن لم يمت المشتري ، وادعى نسب الولدين ، وادعى البائع نسب الولدين أيضاً ، فهذا على وجهين :

الأول : أن تكون الدعوة من البائع بعد دعوة المشتري ، وفي هذا الوجه تصح دعوة البائع في الولد الذي يرد عليه وفي أمه كيف ما جاءتا بالولدين لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لستة أشهر ، لأن دعوته صادفت ملك نفسه ، ولم تصح دعوته فيما صار للمشتري كيف ما جاءتا .

أما إذا جاءتا لستة أشهر فلأن دعوة البائع فيما صار للمشتري لا تصح في هذه الصورة من غير تصديق المشتري ، فبعد دعوته أولى.

وأما إذا جاءتا لأقل من ستة أشهر لا تصح أيضاً ، لما دخل عليه من عتق المشتري .

[**وإن ادعياهما جميعاً** إن جاءتا بالولد لستة أشهر ، فدعوة البائع صحيحة فيما صار له ، ولا تصح دعوته فيما صار للمشتري][1] ، وإن جاءتا بالولد لأقل من ستة أشهر ، فدعوة البائع أولى في الولدين ؛ لأن دعوته دعوة استيلاد ، ودعوة المشتري دعوة تحرير .

نوع آخر في دعوى الولد بعد العتاق :

إذا أعتق الرجل عبداً صغيراً له ، ثم ادعى أنه ابنه ، صحت دعوته استحساناً ، والقياس : أن لا تصح ؛ لأنه متناقض في هذه الدعوى .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

بيانه : أن إقدامه على الإعتاق إقرار منه بصحة الإعتاق ، وإنما يصح إعتاقه إذا لم يكن ابناً له ؛ لأنه إذا كان ابناً له ، وكان العلوق في ملكه كان حر الأصل ، وإن لم يكن العلوق في ملكه ، فإذا دخل في ملكه يعتق عليه ، فلا يصح إعتاقه بعد ذلك ، وإقدامه على الإعتاق يكون إقراراً منه أنه ليس بابن له ، فيصير بدعواه أنه ابنه متناقضاً .

وجه الاستحسان : أن هذا إقرار للغير وهو الابن ؛ لأن معظم المنفعة في هذا الميراث للابن ، والإقرار للغير صحيح من غير تصديق ، وههنا يبطلان على التكذيب ، ولم يوجد التكذيب ههنا ، وقوله بأنه متناقض في هذه الدعوى .

قلنا : نعم ، ولكن التناقض في هذا الباب لا يضر ، ألا ترى أنه لو صرح فقال : هذا ليس بابني ، ثم قال : هذا ابني ، تصح دعواه لفقه أن بقوله : ليس هذا بابني ، أنكر أن يكون للابن عليه حقوقاً مالية ، وبقوله : هذا ابني بعد ذلك ، أقر للابن على نفسه بالحقوق[١] المالية ، والإقرار بالحقوق بعد إنكارها صحيح .

عبد صغير بين رجلين ، أعتقه أحدهما ، ثم ادعاه الآخر بعد ذلك ، فهو ابنه عند أبي حنيفة[٢] ؛ لأن الإعتاق عنده متجزئ ، فاقتصر الإعتاق على نصيب المعتق ، وبقي نصيب الآخر مملوكاً له ، فإذا ادعاه الآخر ، فإنما ادعى نسب ولد مملوك له فتصح دعوته ، ويكون مولى لهما إن كان دعوة المدعي دعوة تحرير بأن لم يكن العلوق في ملكهما ؛ لأن المعتق استحق نصف الولاء بإعتاق النصف ، وثبوت نسب الولد من الآخر لا يبطل هذا الاستحقاق ، فيكون الولاء بينهما .

فإن كان دعوته دعوة استيلاد بأن كان العلوق في ملكه فللمعتق نصف الولاء بإعتاق النصف ، ولا ولاء للمدعي ؛ لأنه زعم أنه علق حر الأصل ، وأنه لا ولاء له عليه ، وزعمه معتبر في حقه[٣] .

---

(١) تكرر في (م) .

(٢) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٧٥ .

(٣) في (ك) : حفظه .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد : حين أعتقه أحدهما فقد أعتق كله ، وكان جميع الولاء للمعتق ، فإذا ادعاه الآخر بعد ذلك ، فإنما ادعى نسب[١] حر صغير ليس له نسب معروف ، فتصح دعوته استحساناً لا قياساً ، كما لو ادعى نسب لقيط ، هذا إذا ادعاه الآخر ، وأما إذا ادعاه المعتق ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : (لا تصح دعوته إلا بتصديق الآخر ، [عندهما تصح دعوته استحساناً ؛ لأنه ادعى إلى صحة دعوته قياساً واستحساناً][٢] ؛ لأن نصيبه باق على ملكه ، وعلى قولهما)[٣] صحت دعوته استحساناً ؛ لأنه ادعى نسب حر صغير ليس له نسب معروف من غيره .

هذا إذا كان الولد صغيراً ، وإن كان كبيراً يعبر عن نفسه ، فإن أقر بذلك فهو ثابت النسب من المدعي سواء [ادعى][٤] عتق المعتق أو لا ، وإن جحد ذلك لم [تصح دعوة المعتق ؛ لأنه لا ملك[٥] له فيه ، ويصح دعوة الآخر عند أبي حنيفة ؛ لأنه نصيبه باق على ملكه ، وعلى قولهما : لا][٦] تصح دعوى أحدهما ؛ لأنه لا ملك لأحدهما فيه عندهما ، [والله أعلم][٧] .

نوع آخر في دعوى الإنسان نسب غيره والشهادة عليه :

ما يجب اعتباره في هذا النوع شيئان اثنان :

أحدهما : أن البينة إذا قامت على خصم حاضر قبلت ، وإذا قامت على خصم غائب لا تقبل إلا إذا كان عنه خصم حاضر ؛ إما قصدي وهو ظاهر أو حكمي ، وذلك بطريقين :

---

(١) في (هـ) : نسبه .

(٢) ما بين معكوفتين ضرب عليه في (هـ) .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٥) في (ك) : تملك .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين غير موجود في (ك) و (ب) .

أحدهما : أن يكون ثبوت المدعي على الغائب سبباً لثبوت المدعي على الحاضر لا محالة ، وقد ذكرنا ذلك غير مرة .

والثاني : أن يكون الذي قامت عليه البينة وارثاً ، وتكون الدعوى واقعاً على الميت ، فإن البينة تقبل على الوارث إذا كانت الدعوى في المال ؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في المال ، وفيما هو من آثار المال ، وفي الحقوق المتصلة بالمال ، فيقوم مقامه في الخصومة فيه .

الثاني : أن من ادعى على آخر دعوى ، وأقام عليه بينة ، إن كان المدعى عليه ممن يجوز إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى سمع دعوى المدعى عليه ، وقبلت بينته بذلك عليه ؛ لأنه لما جاز إقراره به علم أنه خصم ؛ لأن الإقرار إنما يجوز من الخصم ، والبينة على الخصم مقبولة والدعوى عليه مسموعة ، وإن كان المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعي لا يتصور إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى ، فإنه لا يقبل البينة عليه ، كالرجل يدعي على آخر أنه أخوه لأبيه وأمه ، أو لأبيه ، أو لأمه ، والمدعي ليس يدعي عليه حقاً من ميراث من جهة أبيه ، أو من جهة أمه ، أو نفقة ، أو نحوه ، فإنه لا تسمع بينته عليه ؛ لأن المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعي بما رفع فيه الدعوى ، فإنه لو أقر أنه أخوه لا يصح إقراره ؛ لأنه يحمل النسب على أبيه وأمه ، ولا يتصور من المدعى عليه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى ؛ لأن نسب ثبوت الأخوة من المدعى عليه إذا كان المدعي يدعي الأخوة من جهة الأب ، أو من جهة الأم أن يكون المدعي ابن ابنه ، أو ابن أمه ، وذلك بإيلاد الأب أو بولادة الأم ، وإنه لا يتصور من المدعى عليه ، ولما لم يصح من المدعى عليه الإقرار بما وقع فيه الدعوى ، ولم يتصور منه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى ، كان المدعى عليه أجنبياً عما وقع فيه الدعوى من كل وجه ، ولم يكن خصماً للمدعي فلا بينة[1] عليه .

---

(١) في (هـ) و (ك) : فلا تقبل بينته عليه .

وإن كان المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعي بما [فيه الدعوى إلا أنه يتصور من المدعي[١] إثبات نسب ما][٢] وقع فيه الدعوى تقبل البينة ؛ لأنه لما يتصور منه إثبات النسب ذلك كان خصماً فيه ، أو وقع فيه الدعوى من كل وجه ، وذلك كالرجل يدعي على امرأة أنه ابنها وأقام بينة على دعواه ، قبلت بينته ، حتى إذا كان لها زوج يثبت نسب هذا الولد من زوجها .

وإن كانت لو أقرت بذلك لا يصح إقرارها حتى يثبت نسب الابن المقر به من زوجها ؛ لأنها تحمل نسبه على غيرها وهو الزوج ؛ لأنه إن كان لا يصح إقرارها بالبنوة ويتصور منها ما هو سبب ثبوت البنوة وهو الولادة ، فإن ولادتها سبب لثبوت نسب الولد منها ، كما في ولد الملاعنة والزنا ، فكان المدعي ادعى عليها أنها ولدته ، وكان مدعياً عليها فعلاً يتصور منها ، وكان خصماً للمدعي في حق سماع البينة عليه ، وإن كان لا يجوز إقراره .

ثم إن ما ذكرنا أن إقرار المرأة بالولد باطل مستقيم على رواية « الأصل » والفرائض ، غير مستقيم على رواية « الجامع » ، فقد ذكر في « الجامع » : أن إقرار المرأة بالولد جائز ، وسيأتي الكلام فيه في خلال المسائل إن شاء الله تعالى .

وبعد الوقوف عليها جئنا إلى المسائل :

قال محمد - رحمه الله - في « الجامع »[٣]: لو أن رجلاً ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه وهو يجحد ، فقدمه إلى القاضي ، فالقاضي يسأل المدعي ويقول : ماذا تريد ؟ فإن قال : لا حق لي قبله من نفقة ميراث ، ولكن أريد إثبات نسبي لا غير ، فالقاضي

---

(١) في (هـ) : المدعى عليه .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) المسألة في « الجامع الكبير » للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص١٢٠ موجزة .

لا يلتفت إلى دعواه ، ولا يسمع بينته عليه إن أقامها ، أما على الأصل الأول فلأن هذه بينة قامت على غائب وهو الأب والأم ؛ لأن نسبه يثبت من الأب ، ولا يثبت من الحاضر المدعى عليه ؛ لأن نسب أحد الأخوين لا يثبت من الآخر ، فدل أن هذه بينة قامت على الأب ، وهذا الحاضر ليس بخصم عنها لا من طريق القصد ، وهذا ظاهر ؛ لأن المدعى عليه ليس بوكيل ، ولا بوصي عنهما في هذه الدعوى ، ولا من طريق الحكم ، أما من طريق الإرث : لأن الوارث لا ينتصب خصماً عن الأب والأم فيما يدعي على الأب والأم من النسب حالة الحياة وبعد الوفاة ؛ لأنه ليس بمال ، ولا أثر من آثار المال ، ولم يدع أيضاً على الحاضر شيئاً لا يتوصل إلى ذلك إلا بإثبات النسب من الغائب ، فلم ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، والبينة القائمة على غير الخصم لا تقبل .

وأما على الأصل الثاني : فلأن المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره بما وقع فيه الدعوى وهو الأخوة ، ولا يتصور منه إثبات نسب الأخوة ، وهو إيلاد أبيه وولادة أمه ، فلهذا [قال][1] : لا يقبل .

وإن قال المدعي : أنا أدعي عليه ميراثاً ، أو نفقة ، أو غير ذلك مما يستحق بالأخوة ، جعله القاضي خصماً للمدعي ، ويسمع بينة المدعى عليه .

أما على الأصل الأول : فلأن هذه بينة قامت على خصم حاضر ؛ لأن ما يدعيه المدعي من الحق على الحاضر لا يتوصل إلى إثباته[2] إلا بإثبات النسب من الأبوين ، فانتصب المدعى عليه الحاضر خصماً عن[3] الأبوين في إنكار النسب ، كمن ادعى [عبداً][4] في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب وأقام عليه البينة ، قبلت بينته في إثبات الشراء ؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات الشراء من الغائب ، فانتصب الحاضر خصماً على الغائب في إنكار [الشراء .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (م) و (ك) : بإثباته .

(٣) في (هـ) : على .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

وكمن ادعى على رجل مالاً بسبب الكفالة من فلان وأقام عليه البينة تقبل بينته في إثبات المال على الغائب ؛ لأنه (لا)[١] يتوصل إلى إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات المال على الغائب ، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار][٢] المال ، فكذا ههنا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار السبب ، ويصير الغائب مقضياً عليه بالقضاء على الحاضر ، حتى لو حضر بعد ذلك وأنكر أن يكون المدعى عليه ابنه ، لا ينفعه إنكاره ، وأما على الأصل الثاني : فلأن المدعى عليه بالأخوة في هذا الوجه يجوز إقراره ، فتقبل بينة المدعى عليه بذلك .

[وإن ادعى رجل على رجل أنه ابنه ، والأب ينكر ، فأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ، ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع ؛ لأن هذه بينة قامت على خصم ؛ لأنه يدعي عليه فعلاً وهو إيلاده ويحمل نسبه عليه ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك لا[٣] يصح إقراره ، وكذلك][٤] [لأن هذه بينة من المدعى عليه بذلك][٥] .

لو ادعى رجل على رجل أنه أبوه ، والابن ينكر ، فأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع ؛ لأن هذه بينة قامت على خصم ؛ لأنه يدعي عليه فعلاً ، فإنه يقول : أنا ولدته ، ويلزمه الانتساب إلى نفسه ، فإن الابن ينسب إلى الأب ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك جاز إقراره .

وكذلك إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تنكر ، وادعت امرأة على رجل نكاحاً وهو ينكر ، فأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ؛ لأنها قامت على الخصم ؛ لأنه يدعي عليه عقداً باشره وتولاه ، ولأن الزوج يدعي عليها الملك ، وهي تدعي على

(١) ما بين قوسين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٥) ما بين معكوفتين غير موجود في (هـ) و (ك) ، وقوله : « من المدعى عليه بذلك » غير موجود في (ب) .

الزوج المهر والنفقة وثبوت حق المطالبة بالجماع ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك جاز إقراره ، فتقبل بينة المدعى عليه .

ولو ادعى رجل على رجل أنه مولاه من عتاقه ، من فوق أو أسفل ، أو ادعى أنه مولاه من موالاة ، والمدعى عليه يجحد ، فأقام المدعي بينة على دعواه قبلت ؛ لأنه يدعي عليه فعلاً ، وكان خصماً فيه وإن لم يدع عليه مالاً ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك صح إقراره .

ذكر بعد هذا أن إقرار المرأة بالولد جائز ، وكذا ذكر في دعوى « الأصل » ، وفي كتاب الفرائض أن إقرار المرأة بالولد باطل ؛ لأن النسب للأب فيكون تحميلاً عليه .

[حكي عن الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي أنه كان يقول : ما ذكر في الجامع محمول على ما إذا لم يكن لها زوج معروف ، فصار إقرارهما منصرفاً إلى الزنا ، فصار عليها خاصته ، وما ذكر في الدعوى والفرائض محمول على ما إذا كان لها زوج معروف ، فيكون تحميلاً عليه][1] ، ومنهم من قال : في المسألة روايتان ، على رواية « الأصل » إقرارها بالولد باطل ، وعلى رواية « الجامع » إقرارها بالولد صحيح ، والبينة عليها بذلك مقبولة على الروايتين جميعاً ، حتى أن امرأة لو ادعت على رجل أنه ابنها ، وأقامت على ذلك بينة ، قبلت بينتها ، وإن لم يدع بذلك مالاً أو حقاً .

وكذلك لو ادعى رجل على امرأة أنه ابنها ، وأقام على ذلك بينة ، وإن لم يدع بذلك مالاً وحقاً ، أما على رواية « الجامع » فظاهر ، وأما على رواية « الأصل » ، فإنما قبلت البينة عليها ، وإن كان لا يجوز إقرارها بذلك ؛ لأن في الإخبار أخبرت بخبر الصدق ، وخبرها علامة ، وهي شهادة القابلة ؛ لأن سبب النسب منها الولادة ، وأنه يحضرها القابلة ، فلا يصدق في إخبارها بدون شهادة القابلة ، ولا يثبت النسب بقولها من هذا الوجه .

فأما البينة فشرط صحتها الإنكار ، [ولا يشترط لصحة الإنكار][2] انضمام قول غير المنكر إلى قول المنكر ، وإنما يشترط تصور بسبب لما[3] وقع فيه الدعوى والإنكار ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (ب) : ما .

وتصور سبب ما وقع فيه الدعوى والإنكار منها[١] ثابت ، فقبلت البينة ، ولا كذلك المدعى عليه ، فلم يقبل عليه البينة .

وروى أصحاب « الأمالي » عن أبي يوسف أن البينة عليه في هذه الصورة غير مقبولة ؛ لأنه لا يصح إقرارها بالبنوة ، فلا تصح البينة عليه بذلك .

ولو أن صبياً في يد رجل لا يعبر الصبي عن نفسه ، وزعم الرجل الذي في يديه أنه التقطه ، وأقامت المرأة الحرة الأصل بينة أنه أخوها لأبيها وأمها ، جعلته أخاها وقضيت بينهما ، ودفعته إليها ؛ لأن هذه بينة قامت على خصم ؛ لأنها تدعي على الحاضر وهو الملتقط حقاً بنفسها ، وهو حق نقل الصبي إلى حجرها للحضانة والتربية ، فإن ذا الرحم المحرم أحق بالصبي من الملتقط ، ولا يتوصل إلى إثبات هذا الحق إلا بعد إثبات نسبها من أبيه أوأمه ، [فينتصب الملتقط خصماً (عن)[٢] أبيه وأمه .

وكذلك لو كان الذي في يديه يدعي أنه عبده ، وباقي المسألة بحالها قضيت بأنه أخوها ، وقضيت بعتقه ؛ لأنه لا يمكنها الانتزاع من يد الملتقط إلا بعد إثبات نسبها من أبيه وأمه][٣] وإثبات حريته ، فكان لها إثبات ذلك .

قال بعض مشايخنا : وعلى قياس مسألة اللقيط إذا ادعت امرأة على رجل أنه أخوها لأبيها وأمها ، وأقامت على ذلك بينة ، ينبغي أن تقبل بينتها عند محمد ؛ لأنها تدعي عليه حق الإنكاح لأن[٤] نكاحها لا يجوز إلا به عند محمد ، وكان التزويج حقاً مستحقاً لها قبل الولي ، فقد ادعت بنسب الأخوة حقاً ، فملكت إثباته بالبينة عليه ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف : المرأة تملك تزويج نفسها من غير ولي [٥]، فلم يكن التزويج حقاً مستحقاً لها على المولى ، فلم يدع بنسب الأخوة حقاً ، فلا يملك إثباتها بالبينة .

---

(١) في (ك) : ههنا .

(٢) ما بين قوسين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (م) : أن .

(٥) « المبسوط » للسرخسي ٥ : ١٣ .

ولو أن رجلاً من العرب هلك وله ابن ، فادعى رجل على ابنه أنه كان عبداً لأبيه ، وأن أباه أعتقه ، وأنكر ذلك الابن ، فأقام البينة عليه تسمع بينته ، قال : ولا يشبه هذا النسب ، يريد بذلك دعوى الأخوة ، وكذلك لو مات هذا العبد المعتق وترك ابناً وبنتاً ، فادعى الابن العربي أن أباه أعتق أباهما ، وأنهما مولياه ، وأقام عليهما البينة ، فإنه تقبل بينته ، فقد فرق بين ولاء العتاقة وبين النسب .

واختلف عبارة المشايخ في الفرق ، والعبارة الصحيحة فيه ما حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أن الولاء أثر من أثار المال ، فإنه أثر ملك اليمين ؛ لأنه يثبت بالعتق ، [ولا صحة][(١)] للعتق[(٢)] إلا في ملك اليمين ، فكان من آثار ملك اليمين ، والابن يقوم مقام الأب الميت فيما يدعي على الميت من المال ، وإن كان المدعي لا يدعي على الابن مالاً ، بأن ادعى ديناً على الأب الميت ، وليس في يد الابن شيء من تركة الأب الميت ، يريد بذلك إثبات الدين على ابنه ، حتى إذا ظهر له مال يستوفيه ، ولا يحتاج إلى إثباته بالبينة ، تقبل بينته .

وإذا كان الابن يقوم مقام الأب الميت فيما يدعي على الأب الميت من أثار المال ، وإن كان المدعي لا يدعي قبله مالاً في الحال إذ أثر الشيء قائم مقام ذلك الشيء ، ولهذا قلنا : إن من اشترى عبداً وأعتقه ، ثم اطلع على عيب به كان له أن يرجع بنقصان العيب ، وإن لم يبق[(٣)] ملكه ؛ لأنه بقي لهذا الملك أثر ، وقام الأثر مقام الملك[(٤)] ، كذا ههنا .

ولما كان الابن قائماً[(٥)] مقام الأب في دعوى الولاء كانت هذه البينة قائمة على غائب عنه خصم حاضر ، فقبلت بخلاف دعوى الأخوة ؛ لأنه ليس بمال ، ولا هو أثر من آثار

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) وفي (ك) : والصحة .

(٢) في (م) و (ب) : المعتق .

(٣) في (م) : يكن .

(٤) في (م) : الملك .

(٥) في (م) و (ب) : قائم .

المال ، إنما هو من آثار ملك المتعة ، والابن لا يقوم مقام الأب في ملك المتعة ، فلهذا لا يقوم مقامه فيما هو من آثاره ، ولما لم يقم الابن مقام الأب في دعوى الأخوة كانت بينة الأخ قائمة على غائب ليس عنه خصم حاضر فلا تقبل .

ثم قال محمد : وكذلك ولاء المولاة بمنزلة ولاء العتاقة في جميع ما وصفت لك ؛ لأنه حكم عند تولي الأب لاكتساب المال ، وأنه لا ينتقض بموته ، فأشبه البيع من هذا الوجه ، والابن يقوم مقام الأب في حقوق البيع وأحكامه حتى يرد عليه بالعيب وبخيار الرؤية وبخيار الشرط ، وإن لم يكن في يده مال ، فكذا يقوم مقام الأب في دعوى الولاء عليه ، بخلاف الأخوة ، فإنها لم تثبت بعقد يبقى بعد الموت حتى يلحق بالبيع ، فيقام الوارث في دعواها مقام المورث .

ثم المرأة إذا ادعت على رجل أنه ابنها ، وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها[١] .

[وكذلك[٢] إذا ادعى رجل على امرأة أنها أمه ، وأقام على ذلك بينة ، وإنما قبلت بينته][٣] ، وإن كانت المرأة لو أقرت بذلك لا تصح ؛ لأن نسب الأمومية متصوّر منها ، وهو الولادة ، وكانت خصماً للابن فيما ادعى ، وإن لم يدع عليها مالاً .

ولو ادعت امرأة على رجل أنه ابن أمها ، فهذا وما لو ادعت الأخوة سواء ؛ لأنها تحمل النسب على غيرها ، فإنه ما لم يثبت نسبه من أبيها[٤] لا يثبت منها ، فكان كدعوى الأخوة ، فإن ادعت مع ذلك حقاً مستحقاً قبلت البينة وما لا فلا .

قال في « الجامع » : رجل مات وترك موال ثلاثة أعتقوه ، وترك داراً ، فأقام مواليه البينة أنهم عصبته وورثته ومواليه الذين أعتقوه لا وارث له [غيرهم ، وقضى القاضي بالدار بينهم أثلاثاً ، ثم مات واحد من الموالي ، وأقام رجل بينة أنه أخوه لأبيه وأمه

(١) في (ب) : بينته .

(٢) زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (هـ) : ابنها .

لا وارث له][1] غيره ، يعني أخا الميت الثاني ، وقضى القاضي له بنصيبه ودفعه إليه غير مقسوم ، فباع الأخ ذلك من رجل وسلمه إلى المشتري ، ثم إن المشتري أودع ما اشترى من رجل وغاب المشتري ، فجاء رجل وأقام بينة بحضرة أخ الميت الآخر أنه ابن الميت الآخر ووارثه لا وارث له غيره ، وصدقه في ذلك الشريكان في الدار ، فالقاضي يقضي بنسب الابن في حق إثبات النسب قامت على خصم جاحد وهو الأخ ، فيقضي القاضي ببينته في حق النسب لهذا .

فإن قيل : كيف يقضي القاضي ببينته وأن الابن لا يدعي حقاً على الأخ ؛ لأن[2] نصيب الميت ليس في يد[3] الأخ ، ودعوى النسب إذا خلا عن دعوى المال لا تصح ، فلا تسمع البينة عليه .

قلنا : [تسمع][4] من وجهين :

أحدهما : أن دعوى الحق إنما تشترط لصحة دعوى النسب [فيما عدا الوالد ، والولد نحو الأخ والعم وأشباه ذلك ، أما في حق الوالد ، والولد دعوى الحق ليس بشرط لصحة دعوى النسب][5] ، ألا ترى أن في حالة الحياة تصح الدعوى من الوالد والولد ، وإن لم يكن مع ذلك دعوى الحق ، [وقد مر هذا[6] .

الثاني : إن سلمنا أن دعوى الحق][7] مع دعوى النسب شرط في الوالد والولد أيضاً إلا أنه وجد دعوى الحق ههنا من الابن .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (م) : أن .

(٣) في (م) و (ب) : دعوى .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) في (ك) زيادة : كذا ههنا .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وبيان ذلك من وجوه :

أحدها : أن الابن يقول لأخ الميت : ثلث الدار ملكي ، وأنت بعته بغير أمري ، ولي أن أجيز البائع ، وآخذ منك الثمن .

والثاني : أنه ادعى الميراث مع دعوى النسب إلا أن القاضي لم يقض له بالميراث في الحال لعدم الخصم ، وهذا لا يمنع القضاء بالنسب .

وهذا نظير ما لو ادعى رجل عند القاضي أنه وكيل فلان بإثبات حقوقه على الناس ، وله على الناس حقوق ، وأنا أريد إثباتها بحكم الوكالة ، وأقام البينة على الوكالة ، فإن القاضي يقضي بوكالته ، وإن كان لا يقضي بالحقوق في الحال .

الثالث : أنه يدعي حقاً في الثاني[١] بأن يحضر المشتري ، ويقر أنه[٢] اشتري هذا من أخ هذا الميت ، وأنه مما[٣] ورثه عن الميت ، إذا أقر المشتري بهذا[٤] والابن يستحق ذلك ، والسبب كما يعتبر إذا أفاد حكمه في الحال [فكذا يعتبر إذا][٥] أفاد حكمه في الثاني ، كبيع الفضولي ، والبيع بشرط الخيار .

وأقرب من هذا رجل مات وله دين مؤجل على رجل ، جاء رجل وأقام بينة على المديون أنه ابن الميت ، تسمع دعواه ، وتقبل بينته ، وإن كان دعواه لا تفيد له شيئاً في الحال ، كذا ههنا .

وإذا قضى القاضي بنسب الابن هل يقضي للابن بالثلث[٦] الذي كان قضى به للأخ من تركة الميت الآخر ؟ ينظر إن كان القاضي الذي وقع

---

(١) في (م) و (ب) و (ك) : والثاني .

(٢) في (م) : وبعد أن . وجاء مكانه بياض في (ب) .

(٣) في (م) : ما . وفي (ب) : وأنه وارثه .

(٤) في (هـ) و (ك) : فهذا .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) في (م) : بالملك .

عنده دعوى الابن هو القاضي الذي قضى للأخ بنصيب الميت قضى للابن بذلك ؛ لأنه علم بخطئه في قضائه ؛ لأنه قضى للأخ بالميراث مع وجود الابن ، وعلم بكون المشتري غاصباً ، ويكون المدعي مودع الغاصب ، ولا يكون هذا منه قضاء على الغائب ، وهو المشتري ؛ لأنه علم أن الملك لم يثبت للمشتري حيث اشترى من غير المالك .

وإن كان القاضي الذي وقع عنده خصومة الابن غير القاضي الذي قضى للأخ بنصيب الميت لا يقضى للابن ؛ لأن القاضي الثاني لا يعلم أن المشتري غاصب ، وأن المودع غاصب الغاصب ؛ لأنه لا يعلم أن الأخ البائع بأي سبب ملك ، وأنه لا يعلم أن القاضي قضى للأخ بنصيب الميت بالأخوة .

ولو قضى للابن بنصيب الميت كان هذا قضاء على الغائب من غير خصم ؛ لأن المودع لا ينتصب خصماً فيما يستحق على المودع.

وتأويل هذه المسألة : أن القاضي الثاني عرف كون المودع مودعاً بالمعاينة بأن كان إيداع المشتري منه بمعاينة القاضي الثاني ، أو ببينة أقامها المودع ، أما إذا لم يعرف القاضي الثاني كونه مودعاً ، فالقاضي يقضي للابن بنصيب الأخ ؛ لأن صاحب اليد ينتصب خصماً بظاهر يده ما لم يثبت كونه مودعاً ، ثم إذا لم يقض القاضي للابن بنصيب الأخ لا يدخل الابن في نصيب الشريكين المصدقين ؛ لأن القضاء للأخ انصرف إلى نصيب الميت خاصة ، فلم يصيرا مقرين للابن بشيء مما في أيديهما ، فإن حضر المشتري بعد ذلك أخذ القاضي الثاني نصيب الميت من المشتري ودفعها إلى الابن ، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في « الكتاب » .

قالوا : تأويل هذا إذا أعاد الابن البينة على المشتري ، أو يقر المشتري أنه اشترى هذا من أخي الميت ، وأن الأخ كان ورثه من الميت ، أما بدون

ذلك لا يقضي القاضي بنصيب الميت ؛ لأن بينة الابن في حق المال قامت على خصم ، فصار وجوده والعدم بمنزلة .

نوع آخر في دعوى الرجل النسب على غيره ، وإحالة[١] ذلك [الغير][٢] نسبه على شخص آخر .

في « المنتقى » : رجل زَمِنٌ[٣] ادعى على آخر أنه أبوه ، ليفرض له عليه النفقة ، وأنكر ذلك الرجل ، فأقام الزمن بينة أنه أبوه ، وأقام المدعى عليه بينة على رجل آخر أنه أبو الزمن ، وذلك الرجل ينكر ، والزمن ينكر أيضاً ، قال : البينة بينة الزمن ، ويثبت نسبه من الذي أقام عليه البينة بالنسب ، ويفرض له عليه النفقة ، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى .

ذكر ثمة سؤالاً فقال : كيف لم يجعله ابن الرجلين ؟ ثم أجاب فقال : لا يجوز ذلك ، ألا ترى أن رجلين لو ادعيا رجلاً ، كل واحد منهما يزعم أنه ابنه ، وقد يولد مثله لمثلهما ، فأقام كل واحد منهما بينة على ذلك ، وادعى الابن شهادة إحدى البينتين كانت أولى أن يثبت نسبه منه وحده ؛ لأن الحق ههنا حق الابن ، وهو الذي ينتسب إلى الأب ، وليس الأب ينسب إلى الابن ، فإذا كان الأبوان استوى حالهما في الدعوة كانت البينة التي يدعيها الابن أولى أن يؤخذ بها ، وكذا إذا استوت حالهما في الجحود ، وادعى الولد إحدى البينتين ، فهو أولى أن يؤخذ بها .

ألا ترى أيضاً لو ادعى الغلام على أحدهما أنه أبوه وهو يجحد ، والآخر يدعي أن الغلام ابنه والغلام يجحد ، وأقاما البينة أن البينة بينة الغلام ، فإذا كانت بينة الغلام في هذا أولى

---

(١) في (ك) : وإحالة على ذلك .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) هو في اللغة المريض مرضاً طويلاً ، وفي الاصطلاح له معنيان :

١ - كل داء ملازم للإنسان يمنعه عن الكسب ، كالعمى ، والإقعاد ، وشلل اليدين .

٢ - المبتلى بآفة تمنعه عن العمل . نسأل الله السلامة . « معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية » للدكتور محمود عبد الرحمن ٢ : ٢١٠.

ففي ذلك أحرى أن يكون أولى ، وإن كان الابن محتاجاً والغلام موسراً ، وادعى أنه ابنه ليثبت[١] نسبه منه ، ويفرض له عليه النفقة ، وأقام على ذلك بينة ، وجحد الغلام ذلك ، وأقام بينة أنه ابن فلان سمى رجلاً آخر فأحضره أو لم يحضره ، وفلان يجحد ، فالبينة بينة الأب ، ويقضي له على الغلام بالنفقة ، وتبطل بينة الغلام على الآخر .

قال ثمة : ولست أقضي بنسب رجل من رجلين إلا أن يستوي حالهما في الدعوى والبينة ، وفي كل شيء حتى لا أجد سبيلاً إلى أن أقضي لأحدهما دون الآخر ، وأما إذا كان أولى بالدعوة من الآخر بأن يستحق بالنسب[٢] شيئاً لا يستحقه الآخر كان أولى بالنسب .

وفي « المنتقى » أيضاً : لو أن غلامين توأمين ، مات أحدهما وترك مالاً والآخر زمن محتاج ، فجاء رجل وادعى أنه أبوهما ليأخذ الميراث ، وأقام على ذلك بينة ، وادعى الزمن على رجل آخر أنه أبوهما ، وأراد أن يقضي القاضي له بالنفقة ، وأقام على ذلك بينة ، وجاءت البينتان معاً ، فالقاضي يقضي بنسب الغلامين من الأبوين ، ويفرض نفقة الزمن عليهما جميعاً ؛ لأن كل واحد منهما يدعي بالنسب حقاً على غيره ، فاستوى حالهما في الدعوى .

وفي « المنتقى » أيضاً : امرأة خاصمت عمها إلى القاضي ، وطلبت[٣] من القاضي أن يفرض لها النفقة على العم ، وهي محتاجة ، فقال العم : إن لها أخاً موسراً هو أولى بالنفقة عليها مني ، وأنكرت المرأة ذلك ، فإن القاضي يبرأ العم من النفقة ويقول لها : إن شئت فرضت لك النفقة على الأخ .

قال ثمة : ولا يشبه هذا الأبوين ، ثم قال : ألا ترى أني أقبل بينة العم بعدما ثبت نسبه أن لها أخاً ، ولا أقبل البينة بعدما ثبت نسب أحد الأبوين بأن الآخر أبوه .

---

(١) في (هـ) : يثبت .

(٢) في هامش (هـ) : « بالدعوى » نسخة .

(٣) في (م) و (ك) و (ب) : وطلب .

وفي بعض « الفتاوى »[1] : مجهول النسب إذا ادعى على رجل أني ابنك ، وصدقه المدعى عليه ، يثبت النسب منه ، وإن كذبه في دعواه وأقام بينة أنه ابنه يثبت النسب منه ، وما لا فلا ، وقد مرت المسألة من قبل ، فإن أقام المدعى عليه بينة بعد ذلك أن هذا المدعي ابن فلان آخر تبطل بينة الابن ، ولكن لا يقضي ببينته من فلان الآخر ، لأن المدعى عليه ليس بخصم منه ، هكذا ذكروا .

وقد ذكرنا عن « المنتقى » مسألة الزَّمِن إذا ادعى على رجل أنك أبي ، وأقام عليه البينة ، وأقام[2] المدعى عليه البينة أنه ابن فلان الآخر أن البينة بينة الابن ، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى ، فما ذكر في بعض الفتاوي يخالف ما ذكر في « المنتقى » .

إذا قال في دعوى البنوة : هذا ابني ، ولم يقل : ولد على فراشي ، فهذا دعوى صحيحة ، وإذا أقام البينة تسمع بينته ، وقضى ببنوته .

وإذا قال : هذا الولد ليس مني ، ثم قال : هو مني ، صح قوله الثاني ، وحكم بثبوت النسب منه .

وإذا ادعى أنه ابن عم فلان ، فلا بد فيه من ذكر الجد ، وإذا ادعى أنه أخ فلان لا يشترط فيه ذكر الجد ، هكذا حكي عن القاضي الإمام شمس الأئمة محمود الأوزجندي .

وفي « نوادر » ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في ولد الملاعنة ، إذا ادعاه رجل أنه لا يثبت نسبه منه ، قال : لأنه ولد على فراش الزوج .

وفي « المنتقى » : إذا شهد الشهود لرجل أن زيداً أقر أن هذا المدعي أخوه أو أخته ، أو ابن أخيه ، أو مولاه ، فليس هذا بشيء حتى يبينوا ، وهذا بخلاف ما لو شهدوا أنه أقر أنه ابن خاله ، أو ابن عمه ؛ لأن الغالب في هذا النسب ، ويورث منه .

---

(١) لم أهتد إلى صاحبها.

(٢) في (ب) : وأقام عليه .

وفي « نوادر » ابن سماعة عن محمد [رحمه الله][(١)] : صبي في يدي رجل لا يعرف نسبه ، ادعى رجل آخر أنه ابنه ، قال : إن صدقه الذي الصبي في يديه يثبت نسبه منه ، وإن كذبه لا يثبت نسبه منه ، والمراد من المسألة الصغير الذي لا يعبر عن نفسه ؛ لأنه إذا كان يعبر عن نفسه كانت العبرة لتصديقه وتكذيبه ، لا لتصديق من في يده وتكذيبه .

قال محمد [رحمه الله][(٢)] في « الأصل » [(٣)]: غلام احتلم ، ادعى على رجل وامرأة أنهما أبواه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام رجل آخر وامرأة بينة أن هذا الغلام ابنهما ، فإن البينة بينة الغلام ، ويقضي بنسب الغلام من اللذين ادعاهما الغلام ؛ لأن البينتان استويتا في إثبات النسب ، فإن كل بينة تثبت النسب بفراش النكاح ، وترجح بينة الغلام من حيث إن الغلام ببينته يثبت حق نفسه ، واللذين أنكرهما الغلام ببينتهما يثبتان حق غيرهما ، وهو الغلام ؛ لأن معظم المنفعة في النسب للولد لا للوالدين ؛ لأن الولد يُعَيَّر[(٤)] إذا لم يكن له والد[(٥)] [معروف ، وأما الوالد لا يعير إذا لم يكن له ولد][(٦)] وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى بالقبول ، لأنه أشبه بالمدعين ، ولأن النسب بمعنى النتاج ، وفي النتاج بينة ذي اليد أولى ، والغلام ذو اليد ؛ لأنه في يد نفسه .

قال : [(٧)]وكذلك غلام نصراني قد احتلم ، أقام شاهدين مسلمين على رجل وامرأة[(٨)] من النصارى أنه ابنهما ، فأقام رجل مسلم وامرأة[(٩)] مسلمة شاهدين من النصارى على هذا الغلام أنه ابنهما ، قضيت ببينة الغلام ، وثبت نسبه من اللذين ادعاهما

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٦٨ ، و « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٩٥ .

(٤) بياض في (ب) .

(٥) في (ب) : ولد .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٧) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٦٨ ، و « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٩٥ .

(٨) في (ك) و (ب) : وامرأته .

(٩) في (ك) : وامرأته .

الغلام ؛ لأن ما أقام الغلام من البينة حجة على المسلمين ، و [ما][1] أقام المسلمان حجة على الغلام ، فاستوت البينتان من هذين الوجهين اللذين ذكراهما .

ولو كان بينة الغلام نصرانياً[2] ثبت نسبه من المسلمين ؛ لأن ما أقام الغلام من البينة ليس حجة على المسلمين ، وكأن الغلام لم يقم بينة ، [ولو لم يقم الغلام بينة][3] يقضي بنسبه من المسلمين ببينتهما ؛ لأنهما يثبتان حقاً لأنفسهما ، وهذا لأن معظم المنفعة في النسب ، وإن كان الغلام فللوالدين فيه حق أيضاً ، فإنهما يستحقان عليه حقوقاً مالية ، فتقبل بينتهما إذا لم يكن للغلام ما هو حجة في حقهما.

وإذا قضى بنسب الغلام من المسلمين يجبر الغلام على الإسلام إن كان الأبوان مسلمين في الأصل ، أو كان كافرين في الأصل ، إلا أنهما أسلما والغلام صغير ؛ لأن الصغير يصير مسلماً بإسلام الأبوين ، فإذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام ، لكن لا يقتل إن أبى الإسلام ، والمسألة معروفة في السير .

نوع آخر في دعوى الرجل نسب الغلام ، وأنه ينقسم أقساماً :

قسم في دعوى الخارج مع ذي اليد ، وقسم في دعوى الخارجين ، وقسم في دعوى صاحب اليد .

أما القسم الأول في دعوى الخارج مع ذي اليد:

قال محمد - رحمه الله - في « الأصل »[4] : لو أن حراً مسلماً في يديه غلام يدعي أنه ابنه ، جاء مسلم حر أو ذمي أو عبد ، وأقام بينة أنه ابنه ، [ولا بينة][5] لصاحب اليد ، قضى بنسبه من المدعي ؛ لأن البينة لا تعارضها اليد ، ولا قول ذي اليد .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) : نصرانيين .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) « الفتاوي الهندية » ٤ : ١٢٤ .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

بعد هذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : ويكون الولد حراً في ذلك كله ، قال : وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا كان المدعي حراً ، ويشكل فيما إذا كان المدعي عبداً ؛ لأن [ماء][(١)] العبد رقيق ما لم يثبت اتصاله برحم الحرة ، وإذا لم يسموا أمه لم يثبت اتصاله برحم الحرة ، ثم أجاب فقال : حرية الولد قد ثبتت ظاهراً حين ادعى صاحب اليد نسبه ، وهو حر ، وبما أقام العبد من البينة لم تبطل تلك الحرية ؛ لأنهم لم يسموا أمه يجوز أن تكون أمة أو حرة .

حتى لو أقام العبد بينة أن هذا ابنه من امرأته هذه ، وامرأته أمة ، يبطل ما ثبت للولد من الحرية بإقرار ذي اليد .

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ويكون الصبي حراً إلا في العبد خاصة ، فإنه إذا ثبت نسبه من العبد يكون مملوكاً ، وهو الأشبه .

قال : وإذا كان الصبي في يدي رجل يدعي أنه ابنه ويقيم على ذلك بينة ، ورجل آخر يقيم بينة أنه ابنه ، قُضِيَ لصاحب اليد ؛ لأن النسب في معنى النتاج ، وفي النتاج بينة ذي اليد أولى ، فكذا في النسب .

ولو أقام صاحب اليد بينة أنه ابنه من امرأته هذه ، وأقام رجل آخر بينة أنه ابنه من امرأته هذه قُضِيَ للذي في يديه ؛ لأنهما استويا في اليد على الأم ، ولأحدهما يد على الولد ، فيترجح من له يد على الولد ، كما في دعوى النتاج ، ثم قال : أجعله ابن الرجل والمرأة الذي هو في أيديهما ، سواء ادعى الأب وجحدت المرأة ، أو ادعت المرأة وجحد الأب ، يريد به إذا ادعى الرجل الذي في يديه الصبي أنه ابنه من امرأته هذه ، والمرأة تجحد ، أو ادعت المرأة التي الصبي في يدها أنه ابنها من زوجها هذا ، والزوج يجحد ، وهذا بناء على أن الأب ينتصب خصماً عن ابنه في إثبات نسبه من الأم ؛ لأن النسب حق الولد ، والأب ينتصب خصماً عن ابنه في إثبات حقوقه ، فصار إقامة البينة من الابن لو كان بالغاً ، وأقام البينة على الأم[(٢)] أنه ابنها ثبت نسبه منها ، هكذا ههنا .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : الابن .

وكذلك الأم تنتصب خصماً عن الابن في إثبات النسب من الأب ؛ لأن النسب محض منفعة في حق الصغير ، [وفيما تمحض منفعة في حق الصغير][(١)] فالأم والأب[(٢)] في ذلك سواء[(٣)] ، ألا ترى أنه كما يصح قبول الهبة من الأب على ابنه الصغير يصح قبولها من الأم على الصغير ، وإنما التفاوت بين الأم والأب في الحقوق المترددة بين الضرر والنفع ، والأب ينتصب خصماً عن[(٤)] الصغير في ذلك والأم لا تنتصب ، وإذا انتصب الأم خصماً عن الصغير في إثبات نسبه من الأب صار إقامة الأم البينة على ذلك كإقامة الابن لو كان بالغاً ، ولو كان الابن بالغاً ، وأقام البينة أنه ابن هذا الرجل ، أليس أنه يثبت نسبه منه ، كذا ههنا .

عبد تحته أمة ، وفي أيديهما صبي ، جاء رجل آخر تحته حرة ، وادعى أن هذا الصبي ابنه من هذه المرأة وأقام على ذلك بينة ، وادعى العبد أنه ابنه من امرأته هذه ، وأقام على ذلك بينة ، يقضى به للحر ، ولم يعتبر اليد الثابتة للعبد ترجيحاً إذا كان الخارج حراً ، وهذا لأن اليد إنما تعتبر للترجيح إذا استوت البينتان في الإثبات ، ولا استواء ههنا ؛ لأن بينة الحر تثبت النسب بجميع أحكامه وبينة العبد لا تثبت النسب بجميع أحكامه .

وإذا كان الصبي في يدي رجل أقام رجل بينة أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران ، وأقام رجل آخر بينة أنه ابنه وهو حر أيضاً إلا أنه لم ينسبه إلى أمه ، فإنه يقضي بالولد للمدعي ؛ لأن بينته أكثر إثباتاً ؛ لأنها تثبت النسب من الأب والأم جميعاً ، وبينة صاحب اليد لا تثبت النسب من الابن إذا لم يسم الأم ، فما استوت البينتان في الإثبات لتعين اليد ترجيحاً .

صبي في يدي رجل من أهل الذمة يدعي أنه ابنه ، [جاء مسلم وأقام بينة من المسلمين أو من أهل الذمة أنه ابنه][(٥)] ، وأقام الذي في يديه بينة من أهل الذمة أنه ابنه

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (هـ) : فالأب والأم .

(٣) في (ب) و (ك) : على السواء .

(٤) في (ب) : من .

(٥) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

قضي للخارج ؛ لأن ما أقام الذمي من البينة ليست بحجة في حق المسلم ، فصار في حق المسلم كأن الذمي لم يقم البينة ، ولو أقام الذمي البينة من المسلمين ، وباقي المسألة بحالها ، قضى للذمي بحكم يده عند الاستواء في الحجة .

نوع آخر متصل[١] **بهذا القسم** ، وهو دعوى الخارج مع ذي اليد نسب الأمة مع دعوى ملك الأمة .

قال محمد - رحمه الله - : وإذا ولدت أمة في يدي رجل ، أقام رجل آخر بينة أن هذه الأمة أمته ولدت هذا الولد منه في ملكه وعلى فراشه ، وأقام ذو اليد بينة أن هذه الأمة أمته ولدت هذا الولد منه في ملكه وعلى فراشه ، والغلام صغير لا يتكلم ، أو[٢] قد احتلم إلا أنه يدعي أنه ابن صاحب اليد ، فالقاضي يقضي بالغلام لذي اليد لما ذكرنا أن بينة ذي اليد في دعوى النسب مرجحة حسب ترجحها في دعوى النتاج ، ويقضي بالأمة لذي اليد ، وإن كان المدعي خارجاً ؛ لأنهما تصادقا على أن حق العتق للأم بسبب ثبات نسب هذا الولد ؛ لأن حق الأم إنما ثبت تبعاً لثبوت حق الولد ، وكل من يثبت حق الولد منه يثبت حق العتق للأم من جهته باتفاق الخصمين ، وباتفاق البينتين ، وقد ثبت نسب الولد ههنا من ذي اليد ، فيثبت حق العتق للأم من جهة ، وإنما يثبت حق العتق للأم من جهة ذي اليد إذا قضينا بالجارية لذي اليد .

وإن كان الغلام يدعي أنه ابن الخارج ، يقضي بالغلام للخارج ، ويقضي بالأمة له أيضاً ، أما القضاء بالغلام [للخارج لأن الغلام][٣] لما ادعى أنه ابن الخارج صار بينة الخارج بينة الغلام ، وصار كأن الغلام أقام البينة بنفسه ، وهناك يقضي ببينة الغلام ، كذا ههنا ، وأما القضاء بالأمة له فلما ذكرنا من العلة في الفصل الأول من جانب ذي اليد .

وما يتصل بهذا القسم : دعوى الخارج مع ذي اليد نسب ولد الحرة ، مع دعوى نكاح الحرة .

---

(١) في (هـ) و (ب) : يتصل .

(٢) في (م) و (ب) : وقد .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

قال محمد - رحمه الله -[١] : حرة لها ابن وهما في يدي رجل ، أقام رجل آخر البينة أنه تزوجها وأنها ولدت منه هذا الولد على فراشه ، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك ، فإنه يقضي بالولد لذي اليد ، سواء ادعى الغلام أنه ابن ذي اليد ، أو ادعى أنه ابن الخارج ، إن ادعى أنه ابن ذي اليد فظاهر ، وإن ادعى أنه ابن الخارج فلاناً قضينا بالنكاح لذي اليد ؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك في بعضها من جهة واحدة ولأحدهما يد ، فيقضى لذي اليد كما في دعوى الشراء ، وإذا وجب القضاء بالنكاح [لذي اليد لم يمكن القضاء بالنكاح][٢] للخارج ، وما لم يثبت النكاح في المرأة للخارج لا يثبت إثبات نسب الولد منه .

ولو كان الذي هما في يديه من أهل الذمة وشهوده مسلمون ، والذي يدعيه مسلم وشهوده مسلمون ، والمرأة من أهل الذمة ، قضيت بالمرأة والولد للذي هما في يديه ؛ لأن بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه ، وفي دعوى النكاح والنسب بينة ذي اليد أولى فيقضى بالولد والمرأة لذي اليد ، وإن كانت المرأة مسلمة في هذه الصورة يقضى بالمرأة والولد للمدعي سواء كان شهود ذي اليد مسلمين أو كانوا من أهل الذمة .

أما إذا كانوا من أهل الذمة فظاهر ؛ لأن شهود أهل الذمة ليست بحجة على المدعي ، وكأن ذا اليد لم يقم البينة ، فيقضي للخارج ببينته .

وإن كان شهود ذي اليد من أهل الإسلام فلأن ذا اليد يدعي نكاحاً فاسداً ؛ لأن نكاح الذمي على المسلم نكاح فاسد ، وبينة ذي اليد في دعوى النكاح إنما تترجح إذا ادعى ذو اليد نكاحاً صحيحاً .

وإن ادعى[٣] المدعي أنه تزوجها في وقت كذا ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام ذو اليد على وقت دونه ، يقضي بها للخارج ؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك من جهة ثالث ، وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، فيقضى لأسبقهما تاريخاً كما في دعوى النتاج .

---

(١) « الفتاوي الهندية » ٤ : ١٢٤ نقلاً عن المؤلف .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) سقط من (ب) .

ومما يتصل بهذا القسم في دعوى ذي اليد نسب الولد من نكاح أمه ، ودعوى الخارج نسب الولد مع ملك أمه .

ولو أقام ذو اليد بينة أنها امرأته تزوجها وولدت هذا الولد منه على فراشه ، وأقام آخر بينة أنها أمته ولدت هذا الغلام في ملكه على فراشه ، فإنه يقضي بالولد للزوج ، وبملك الأمة للمدعي ، أما القضاء بالولد للزوج ؛ لأن الزوج أثبت نسب الولد بفراش النكاح ، والمدعى أثبت فراشه[1] بملك اليمين .

وأما القضاء بالأمة للمدعي ؛ لأن المدعي يدعي ملكها ، والزوج لا يدعي ملكها إنما يدعي النكاح فيها ، ويجوز أن تكون أمة الإنسان منكوحة الغير ، فلا تنافي بين الدعوتين ، فيقضي بالأمة للمدعي لهذا ، وكان الولد مع الأمة مملوكين له ؛ لأن الولد يتبع الأم في الملك ، إلا أن الولد يعتق بإقرار المدعي ، وتصير الجارية أم ولد له بإقراره أيضاً ، قال : إلا أن يشهد شهود المدعي أنها غرته من نفسها ، بأن زوجت نفسها على أنها حرة ، فحينئذٍ يكون الولد حراً بالقيمة .

قال : أمة وولدها في يدي رجل ، أقام رجل بينة أنها أمة ابنه ، فولدت هذا الولد على فراش ابنه في ملكه وأبوه ميت ، وأقام ذو اليد بينة أن هذه أمته ولدت هذا الولد على فراشه في ملكه ، قضيت بالولد للميت الذي ليست في يديه ؛ لأنهما استويا في إثبات النسب بفراش ملك اليمين ، وترجحت بينة الميت بإثبات حقيقة العتق للجارية في الحال .

وأما القسم الثاني في دعوى الخارجين نسب الولد :

قال محمد - رحمه الله -[2] : صبي في يدي رجل ، جاء رجلان وادعى كل واحد منهما أنه ابنه ، وأقاما على ذلك بينة ، قضى بنسبه منهما ، وإن وقتت إحدى البينتين وقتاً قبل الأخرى ، ينظر إلى سن الصبي ، فإن كان موافقاً لأحد الوقتين مخالفاً للوقت الآخر

(١) هنا في (م) زيادة لا تصح : يقضي بالولد للزوج .

(٢) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٩٥ .

يقضي للذي كان في وقته موافقاً لسن الصبي ، وإن كان مخالفاً لأحد الوقتين بيقين مشكلاً للوقت الآخر يقضي للمشكل ؛ لأنه لم يتيقن بكذبه وتيقن بكذب الآخر .

وإن كان مشكلاً للوقتين نحو إن شهد أحد الفريقين أنه ابن تسع[١] سنين ، وشهد الفريق الآخر أنه ابن عشر سنين ، وهو يصلح ابن تسع سنين وابن عشر سنين ، فعلى قول أبي يوسف ومحمد [رحمهما الله][٢] : يسقط اعتبار التاريخ ، ويقضي بينهما باتفاق الروايات ، وأما على قول أبي حنيفة [رحمه الله][٣] : ذكر شيخ الإسلام في « شرحه » أنه يقضى بينهما في رواية أبي حفص ولا يعتبر التاريخ ، وعلى رواية أبي سليمان : يقضي بأسبقهما تاريخاً ، فعلى هذه الرواية اعتبر التاريخ ، وذكر شمس الأئمة الحلواني في « شرحه » ، وأما على قول أبي حنيفة [رحمه الله][٤] ذكر في عامة الروايات أنه يقضي بينهما ، وذكر في بعض الروايات أنه يقضي لأسبقهما تاريخاً .

قال رحمه الله : والصحيح ما ذكر في عامة الروايات ، واتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا عبرة للتاريخ في باب النتاج ، حتى أن الرجلين إذا ادعيا نتاج دابة في يد آخر ، وأقاما البينة ، وأرخا ، وكان سن الدابة مشكلاً ، يقضي بينهما ، على ما ذكر في رواية أبي حفص ، كما ذكره شيخ الإسلام ، وعلى عامة الروايات كما ذكره شمس الأئمة : [لا فرق بين دعوى النتاج والنسب ، والتاريخ ساقط الاعتبار عند أبي حنيفة ففيهما كما هو مذهبهما ، وعلى ما ذكر في رواية أبي سليمان كما ذكره شيخ الإسلام ، وعلى بعض الروايات كما ذكر شمس الأئمة][٥] فرَّق أبو حنيفة [رحمه الله][٦] بين النتاج وبين

---

(١) في (ب) : سبع .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

النسب ، فاعتبر التاريخ في النسب ، وأسقط التاريخ في النتاج ، وهما سوّيا بين النسب والنتاج ، وأسقط التاريخ فيهما ، والقياس معهما ؛ لأن النسب بمعنى النتاج من حيث إنه ثبت ابتداءً للوالد على الولد لا من جهة أحد بسبب لا يثني ولا يتكرر ، فسقوط اعتبار التاريخ في النتاج يكون سقوطاً في النسب ، وأبو حنيفة يقول : إنما سقط اعتبار التاريخ في النتاج ؛ لأن بزيادة التاريخ لا يثبت لصاحب الزيادة زيادة استحقاق على أحد ؛ لأن النتاج لا يستحق على أحد ، فصار وجوده والعدم بمنزلة .

أما بزيادة التاريخ في باب النسب يثبت لصاحب الزيادة زيادة استحقاق ؛ لأن النسب يوجب حقوقاً فيما بين الوالد وولده ، فأسبقهما تاريخاً بزيادة التاريخ يثبت زيادة استحقاق ، فكان بينته أولى ، ألا ترى أن في دعوى الشراء من ثالث اعتبرنا سبق التاريخ ، وطريقه ما قلنا .

صبي في يدي رجل يدعي نسبه خارجان أحدهما مسلم والآخر ذمي ، وأقام كل واحد منهما بينة من المسلمين أنه ابنه ، قضي بالنسب من المسلم ، وترجح المسلم على الذمي بحكم الإسلام ، [وفي هذه المسألة تعذر الترجيح بحكم اليد ؛ لأنهما خارجان فرجحنا بحكم الإسلام][1] ، وفيما إذا كان الصبي في يدي ذمي يدعي أنه ابنه ، ويقيم عليه بينة من المسلمين ، أو من أهل الذمة يقضي للذمي ؛ لأن هناك الترجيح بحكم اليد ممكن ، فرجحنا اليد عند الاستواء في الحجة .

صبي في يدي رجل ، ادعاه ذمي أنه ابنه ولد على فراشه ، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين ، وادعى [عبد مسلم][2] أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة ، قضى للذمي ، ولم يترجح العبد بحكم إسلامه وإن كانا خارجين كما في ما تقدم ؛ لأن الترجيح بحكم الإسلام إنما يكون بعد استواء البينتين في الإثبات ، وبينة الذمي أكثر إثباتاً ؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

ولو ادعى يهودي ونصراني ومجوسي كل واحد يدعي أنه ابنه ولد على فراشه يقضى لليهودي والنصراني ببينتهما ، ولا يقضى للمجوسي ؛ لأن بينة المجوسي لا تعارض بينتهما ؛ لأن بينتهما تثبت بعض أحكام الإسلام ، وهو حل المناكحة ، وحل الذبيحة [واليهودي والنصراني سواء][1] لاستوائهما في الإثبات[2] .

صبي في يدي رجل ، ادعاه [حر][3] مسلم أنه ابنه من هذه المرأة ؛ فادعاه عبد أو مكاتب أنه ابنه من هذه المرأة ، قضى للحر ؛ لأن بينته أكثر إثباتاً ؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه .

ولو ادعاه عبد أنه ابنه ولد من هذه الأمة ، وادعاه مكاتب أنه ابنه ولد من هذه المكاتبة قضى للمكاتب ؛ لأن بينته أكثر إثباتاً ؛ لأنها لا[4] توجب حرية الولد ، هذا إذا كان مدعي النسب اثنين ، ولو كان مدعي النسب ثلاثة أو أكثر ، فعلى قول أبي حنيفة : يثبت النسب من الكل[5] ، وعلى قول أبي يوسف : إن كانوا أكثر من اثنين لا يثبت النسب ، وعلى قول محمد : يثبت النسب من ثلاثة ، ولا يثبت من أكثر من ثلاثة[6] ، وإذا كان المدعي امرأتين أو ثلاثة فعلى قول أبي حنيفة يثبت النسب من كل واحد منهما ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يثبت النسب من واحد[7] منهما ، وقد مرت المسألة في كتاب اللقيط .

القسم الثالث : وهو دعوى صاحبي اليد الولد :

صبي في يدي رجل وامرأته ، قال الرجل : هذا ابني من امرأة أخرى ، وقالت المرأة : هذا ابني من زوج آخر كان قبلك ، فهو ابنهما ، ولا يصدق كل واحد منهما فيما يدعي

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) . وقوله : « والنصراني سواء » غير موجود في (ب) . وقوله : « سواء » غير موجود في (ك) .

(٢) « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ٨٦ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) غير موجود في (هـ) و (ب) .

(٥) في (م) و (ب) : كل .

(٦) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ : ٤٧٠ .

(٧) في (ب) : واحدة . وفي (ك) : وجوه .

من الإخراج من يد صاحبه ، وهذا لأن كل واحد منهما أقر بثبوت نسب الولد ، وادعى ما يخرجه من يد صاحبه ، ويدهما ثابتة في الولد على السواء ، فصح إقرارهما بثبوت نسب الولد ، ولم يصح دعواهما الإخراج من يد صاحبه .

وإن كان الولد في يد الزوج فقال : هذا ابني من [امرأة أخرى ، وقالت المرأة : هذا ابني][1] منك ، فالقول قول الزوج .

وإن كان الولد في يد المرأة فقالت المرأة : هذا ابني من زوج كان لي قبلك ، وقال الزوج : هذا ابني منك ولدته في ملكي ، فالقول قول الزوج أيضاً ، وكان ينبغي أن القول قولها في هذه الصورة ؛ لأن الولد في يدها ، ألا ترى أنا جعلنا القول قول الزوج في المسألة الأولى ؛ لأن الولد في يده .

واختلفت عبارة المشايخ في الفرق بين المسألتين ، فعبارة بعضهم : أن الولد كان في يدها حقيقة ، فهو في يد الزوج حكماً ، [فلا تصدق المرأة في دعواها ، كما لو كان في يد الزوج حقيقة ، أما ما في يد الزوج لا يعتبر في يد المرأة حكماً][2] ، لأن المرأة ليست بقوامة عليها بحكم النكاح ، فكان الولد في يد الزوج حقيقة وحكماً .

وكذلك إذا اختلف الزوجان في متاع البيت لا يجعل القول قول الزوج فيما في يد المرأة ، ولا يجعل ما في يد المرأة في يد الزوج حكماً ، مع هذا لا يقبل قول المرأة في الولد وإن كان في يدها ؛ لأن المرأة بما تقول تريد قطع النسب من هذا الزوج مقصوداً ؛ لأن الأنساب للآباء ، وهذا الولد ثابت النسب من هذا الزوج ظاهراً لقيام الفراش بينهما ، فهو معنى قولنا : إنها تريد قطع النسب من الزوج مقصوداً ، ومجرد اليد لا يصلح لذلك ، ألا ترى أن اليد مع الملك لا تصلح لذلك ، حتى لو كان لها عبد ، وهو معروف النسب من غيره ، إذا قالت : هذا ولد فلان الآخر ، لا تصدق على ذلك ، فأما إذا كان الولد في

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) في هذا الموضع ، وجاء بعد قوله : وقال الزوج .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

يد الزوج فالزوج بقوله : هذا ابني من امرأة أخرى لا يقطع نسباً ثبت منها مقصوداً ؛ لأن الأنساب للآباء لا للأمهات ، وليس يخرجها من يده ؛ لأنه لا يد لها ، فكان مصدقاً فيما ادعى ، وأما إذا كان في أيديهما ، فالزوج إنما لا يصدق وإن كان لا يقطع نسباً مقصوداً من جانبها ؛ لأنه يريد إخراج الولد من يدها ، ويدها على الولد ثابت ظاهراً ، فلا تصدق في دعوى الإخراج .

وبعضهم قالوا : قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشاً له على غيرها ، إما بنكاح أو ملك عين ، فإذا كان الولد في يد الزوج كان بيان نسبه إليه بأي فراش حصل له ، وأما ثبوت الفراش له عليها ينافي فراشاً آخر عليها لغيره ، وكان هذا الفراش في حقها متعيناً ، وباعتباره يثبت النسب من الزوج .

وفي « المنتقى » : إبراهيم عن محمد : امرأة قالت لزوجها : هذا ولدي منك وهو في يدها ، وشهدت امرأة على ولادتها ، وكذبها الزوج ، لزم الزوج إذا لزمها لزمه ، ولو كان الزوج يدعي ذلك وكذبته المرأة ، فأقام الزوج امرأة على الولادة لا يصدق الزوج ، وإنما يعتبر قول المرأة الشاهدة إذا ادعت .

وفيه أيضاً ابن سماعة عن محمد : صبي في يدي رجل وامرأة ؛ قالت المرأة : هذا ابني من هذا الرجل ، وقال الرجل : هذا ابني من امرأة أخرى غيرها ، فإنه يكون ابن الرجل ، ولا يكون ابن المرأة ، فإن جاءت المرأة بامرأة وشهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه ، وكانت زوجته بهذه الشهادة ؛ لأني جعلته ابنها ، وإن كان الولد في يد الرجل دون المرأة ، والمرأة امرأته ، فادعى الرجل أنه ولده من غيرها ، وادعت المرأة أنه ابنها منه ، وأقامت المرأة امرأة تشهد لها على الولادة ، لا يكون ابنها منه ، ويكون ابنه من قبل أنه في يده .

نوع آخر في دعوى المرأة نسب الولد :

صبي في يدي رجل ، جاءت امرأة وادعت أنه ابنها ، وأقامت على ذلك شاهدين ، قضى لها بالولد ، وإن لم تقم إلا امرأة ، فإن كان صاحب اليد يدعيه لنفسه لا يقضي

للمرأة المدعية ، قيل : هذا قول أبي حنيفة ، فأما[١] على قولهما : يقضي للمرأة المدعية بناءً على أن شهادة القابلة على الولادة إذا لم تتأيد بمؤيد ، وتضمنت إبطال حق مستحق على الغير ليس بحجة عند أبي حنيفة [رحمه الله][٢] ، وهنا تضمنت إبطال اليد على ذي اليد ، فصار وجوده والعدم بمنزلة ، بقي مجرد الدعوى من جانبها ومن جانب صاحب اليد كذلك ، فيقضي لصاحب اليد ، وعندهما شهادة القابلة حجة بمنزلة شهادة الرجلين ، فيقضي بالولد للمدعية .

وإن كان ذو اليد لا يدعي لنفسه يقضي بالولد للمرأة المدعية ؛ لأن ذا اليد إذا كان لا يدعيه لنفسه وهو لقيط ، فليس له على اللقيط يد مستحقة ، ألا ترى أن للقاضي أن ينزعه من يده ، وإذا كان للقاضي ولاية إبطال يده من غير شهادة القابلة ، فمع شهادة القابلة أولى .

صبي في يدي[٣] امرأة ، ادعت امرأة أخرى أنه ابنها ، وأقامت على ذلك امرأة ، وأقامت المرأة الذي في يديها امرأة أنه ابنها ، يقضى للتي في يديها ، أما على قول أبي حنيفة فلأن شهادة المرأة الواحدة للخارجة عند دعوى ذي اليد ومجرد دعوى الخارجة سواء ، وأما عندهما فلأنهما استويا في الدعوة والحجة ، وترجح ذو اليد بحكم يده .

ولو شهد لكل واحد منهما رجلان قضى لذي اليد ، ولو شهد لصاحبة اليد امرأة واحدة ، وشهد للخارجة رجلان قضى للخارجة ، أما عند أبي حنيفة فلأن شهادة امرأة واحدة على الولادة حالة المنازعة ومجرد الدعوى سواء ، وأما عندهما فلأنه لا تعارض بين الحجتين ؛ لأن شهادة امرأة واحدة حجة على الولادة لا غير ، وشهادة الرجلين حجة في الولادة وغيرها من الأحكام .

صبي في يدي رجل لا يدعيه ، أقامت امرأة بينة أنه ابنها ولدته ولم تسم أباه ، وأقام رجل بينة أنه ولده على فراشه ولم يسم أمه ، فإنه يجعل ابن هذا الرجل من هذه المرأة ،

---

(١) في (م) : فإن .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) في (م) : يد .

[ولا يعتبر][(١)] الترجيح باليد ، كما لو كان المدعي رجلان والصبي في يد أحدهما ، فإنه[(٢)] يقضي لصاحب اليد ؛ لأن الترجيح بحكم اليد إنما يكون عند تعذر العمل بالبينتين ، [(وقد أمكن العمل بالبينتين)][(٣)] ؛ لأنهما قامتا لإثبات نسب هذا الولد من هذا الرجل وهذه المرأة ، والنسب هكذا يثبت من الرجل والمرأة ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى من رجلين ؛ لأن هناك تعذر العمل بالبينتين][(٤)] ؛ لأن النسب لا يثبت من رجلين ، فرجحنا بينة أحدهما بحكم اليد [والله أعلم][(٥)].. انتهى[(٦)] .

نوع آخر في دعوى نسب ولد أمة الغير بحكم النكاح :

أمة في يدي رجل لها منه ولد ، جاء رجل وقال : الأمة التي هي في يديه ، وأنه زوجها مني ، وقد ولدت على فراشي هذا الولد الذي في يدي ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أن الأمة لهذا المدعي ، وأنه زوجها مني ، وولدت على فراشي هذا [الولد][(٧)] الذي في يدي ، فإنه يقضي لكل واحد منهما بالولد الذي في يديه ؛ لأن كل واحد منهما يدعي الولد الذي في يديه ، ولا ينازعه في ذلك أحد ، ويحكم بحرية كل واحد من الولدين ؛ لأن كل واحد من المدعيين يقول : الولد الذي في يد صاحبي ملك [صاحبي][(٨)] ، وصاحبي أقر بحريته لما ادعى به ، وقد صح إقراره بذلك ، فقد تصادقا على حرية كل واحد من الولدين ، فيحكم بحريتهما من هذا الوجه ، وتصير الجارية أم ولد له موقوفة في يد الذي هي في يده[(٩)] لا يطؤها واحد منهما لصيرورتها أم ولد لتصادقهما على ذلك ؛

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ب) : فإنهما .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٦) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ب) و (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٩) في (هـ) و (ك) : يديه .

لأن كل واحد منهما يقول : هي مملوكة لصاحبي ، وصاحبي قد أقر بكونها أم ولد ، فتصير أم ولد للحال ، وتكون موقوفة ؛ لأن كل واحد منهما يقر لصاحبه ، وصاحبه يبرأ من ذلك ، وأيهما مات عتقت ؛ لأنهما تصادقا على حريتها بعد موت أيهما[١] .

وإذا كانت الأمة في يدي رجل ، وفي يديه ولدها ، فادعى آخر أنه تزوجها بغير إذن مولاها ، فولدت له على فراشه هذا الولد الذي في يد مولاها ، وأقام البينة على ذلك ، وأقام الذي في يديه الأمة بينة أن هذا الولد ابنه[٢] ولد على فراشه من أمته هذه ، فإنه يقضى بالولد للزوج ، وإن كان الزوج [خارجاً][٣] ودعوى النسب بمنزلة دعوى النتاج ، إنما كانت بينة صاحب اليد أولى ؛ لأن البينتان استوتا في الإثبات ، فإن كل واحدة أثبتت أولية الملك ، لا من جهة أحد ، وترجحت بينة ذي اليد بحكم اليد ، وههنا ما استوت البينتان في الإثبات ؛ لأن بينة الزوج تثبت النسب بفراش النكاح ، وبينة صاحب اليد تثبت [النسب][٤] بالفراش بملك اليمين ، والنسب الثابت بالنكاح آكد ، حتى لا ينتفى بمجرد النفي ، وكانت بينة الخارج أثبت إثباتاً ، وكانت أولى ، فإن قيل : يجب أن لا يثبت الفراش الموجب لثبات النسب بهذا النكاح ؛ لأنه عقد[٥] بغير إذن المالك ، والمستولد عالم به ، فهو بمنزلة ما لو اشترى أمة من الغاصب ، وهو عالم بذلك واستولدها ، فإنه لا يثبت نسب الولد من المشتري ، وطريقه ما قلنا .

قلنا : هذا النكاح صدر من المالك من وجه وهي الجارية ؛ لأن الجارية في حق النكاح مبقاة على الحرية حتى كان لها القسم كما للحرة واعتبرت الأمة بالعبد ، فإن[٦] العبد في حق النكاح مبقى على الحرية ، حتى ملك النكاح بإذن المولى ، ولم يثبت الرق في

---

(١) في (هـ) زيادة : مات . وقوله : « أيهما » سقط من (ك) .

(٢) في (ب) : منه .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٥) في(ب) : عند .

(٦) في (ب) : فلأن .

حق النكاح لمالكه بإذن المولى كملك المال ، فعلم أن النكاح صدر من المالك من زوجه إلا أنه فسد لفوات شرطه ، وهو بمنزلة أحد المولِيين[١] إذا زوج الأمة بغير إذن الآخر ، وبمنزلة العبد إذا تزوج بغير إذن المولى ، وهناك ينعقد النكاح بوصف الفساد ، كذا ههنا ، بخلاف المشتري من الغاصب ؛ لأن ذلك التصرف صدر من غير المالك من كل وجه ، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة ، ثم قال : ويعتق الابن بإقرار المولى بعتقه حيث ادعى نسبه ، وتكون الجارية بمنزلة أم الولد تعتق بموته ، لأن المولى كما أقر للولد أقر للجارية .

نوع آخر في دعوى غلام أنه ابن فلان ولد على فراشه من أمته هذه ، ودعوى فلان كون الغلام عبداً له ولدته أمته هذه ، زوجها من عبده فلان :

قال محمد - رحمه الله -[٢] : ولو أن غلاماً احتلم ، وأقام بينة أنه[٣] ابن فلان ، ولد على فراشه من أمته هذه ، وقال فلان : إنه عبدي ولدته أمتي هذه ، زوجتها من عبدي فلان ، فهذا على وجهين :

الأول : أن يكون العبد حياً ويدعي ذلك ، وفي هذا الوجه يثبت نسب الغلام من العبد ، وهذا مشكل ؛ لأن الغلام في يد نفسه ، واليد معتبرة ترجيحاً في دعوى النسب ، ولا[٤] يثبت حرية نفسه من الأصل ، وحق العتق للأم ، وبينة العبد تثبت رقهما .

والجواب : أن الترجيح باليد وبإثبات الحرية إنما يقع إذا استوت البينتان في الإثبات ، فيما وقع فيه الدعوى ، [وأما إذا كان إحدى البينتين أكثر إثباتاً فيما وقع فيه الدعوى][٥] يعتبر الترجيح بكثرة الإثبات ، كما في

---

(١) في (هـ) : الوليين .

(٢) « بدائع الصنائع » للكاساني ٨ :٤٩٦ .

(٣) سقط من (ك) و (ب) .

(٤) في (هـ) : ويثبت .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

دعوى الملك المطلق لم يعتبر الترجيح باليد لما كانت بينة الخارج أكثر إثباتاً فيما وقع فيه الدعوى ؛ لأن العبد ببينته يثبت نسب الغلام بفراش النكاح ، والغلام يثبت نسبه من المولى بفراش ملك اليمين، والنسب الثابت بفراش النكاح آكد ، حتى لا ينتفى نسب فراش النكاح بمجرد النفي ، وكانت بينة العبد أكثر إثباتاً فيما وقع فيه الدعوى ، وكانت أولى بالقبول ، وإذا قبلنا بينة العبد كان الغلام وأمه رقيقين للمولى .

والوجه الثاني : إذا كان العبد ميتاً ، أو كان حياً إلا أنه لا يدعي نسب الغلام ، ولا يدعي النكاح ، ومولى الأمة أيضاً ميت ، وإنما يدعيه ورثة الميت ويقيمون البينة على ذلك ، وفي هذا الوجه يقضي بنسب الغلام من مولى الغلام ، ويرث مع سائر ورثته ؛ لأن بينة الورثة قامت على إثبات النكاح للعبد وهم أجنبي عن نكاح العبد ، والبينة إنما تقبل من صاحب الحق لا من أجنبي ، وكأن الورثة لم يقيموا بينة على ما ادعوا ، أو نقول[1] : الورثة بهذه البينة لا يثبتون لأنفسهم شيئاً ، لا النكاح ولا النسب ، إنما غرضهم من هذه البينة نفي نسب الغلام من المولى ، والبينة على النفي لا تقبل ، وإذا لم تقبل بينة الورثة بقيت بينة الغلام خالية عن المعارض .

ولو كان العبد والمولى حيين ، فأقام العبد بينة أن هذا الغلام ابنه من هذه الأمة ، وأقام المولى بينة أنه ابنه من هذه الأمة فهو ابن العبد ؛ لأن العبد ببينته يثبت النسب بفراش النكاح ، والمولي يثبت النسب بفراش ملك اليمين ، فكانت بينة العبد أكثر إثباتاً ، وكذلك إذا أقام الغلام بينة أنه ابن هذا العبد من هذه الأمة ، وأقام المولى بينة أنه ابنه من هذه الأمة فهو ابن العبد لما ذكرنا .

ولو أن رجلاً مات وترك أموالاً كثيرة ، فجاء غلام قد احتلم ، ومثله يولد للميت ، وأقام بينة أنه ابن الميت من أمته فلانة ، وولدته في ملكه ، وأن الميت أقر بذلك ،

(١) في (م) و (ب) : تقول .

وأقام رجل آخر بينة أن هذا العبد عبده ، وأن الأمة أمته ، زوجها غيره فلان فولدت منه هذا الولد ، فإن كان العبد حياً ويدعي ذلك فهو ابن العبد لما ذكرنا في المسألة المتقدمة أن بينة العبد أكثر إثباتاً فيما وقع فيه الدعوى ، ويقضي بالأمة للمدعي ؛ لأن البينتان في حق الأمة قامت على الملك المطلق ، والمدعي خارج ، فيقضي ببينة المدعي في الأمة ، وإن كان العبد ميتاً ، أو كان حياً إلا أنه أنكر النكاح ، فإن نسب الغلام يثبت من الميت الذي أقام الغلام البينة أنه ابنه ويرث منه ؛ لأن بينة المدعي على إثبات نكاح الغلام غير مسموعة ؛ لأنها تثبت نكاح الغير ، والبينة على إثبات نكاح الغير لا تقبل من غير دعوى صاحب النكاح ، وإذا لم تقبل بينة المدعي جعل كأن المدعي لم يقم البينة ، وتفرد الغلام بإقامة البينة ، وهناك يقضى ببينة الغلام ، كذا ههنا .

ويقضي بالأمة للميت ، وتصير أم ولد له ، ويحكم بعتقها بموته ، وكان ينبغي أن يقضى بالأمة للمدعي ؛ لأن الدعوى في الأمة دعوى مطلق الملك مفرداً ، وبينة الغلام تثبت الملك للميت في الجارية مع العتق ، وذو اليد إذا ادعى مطلق الملك مع العتق كان بينته أولى من بينة الخارج إذا كان الخارج يدعي مطلق الملك مفرداً[1] . انتهى[2] .

نوع آخر في دعوى الولد من الزنا :

وإذا ولدت أمة الرجل ولداً ، فادعاه رجل أنه ابنه من الزنا ، ثم ملكه يوماً من الدهر ، فإنه يعتق عليه من غير أن يثبت نسبه ، وإذا ملك أمة ، القياس : أن تصير أم ولد له ، وفي الاستحسان : لا تصير أم ولد له .

وجه القياس في ذلك : أن حق الأم في هذا الباب تبع لحق الولد ، وحق الولد في شيئين : في النسب وحقيقة العتق ، وحق الولد يثبت في حقيقة العتق إذا ملكه المستولد ، وإن كان من زنا فوجب أن يثبت حق الأم في حق العتق ؛ لأن ثبوت أحد الحقين للولد كان لثبوت حق الأم ، ألا ترى أنه لو ثبت نسب الولد صارت الجارية أم ولد له ،

---

(١) في (ب) : مفرد .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

وإن لم تثبت حقيقة الحرية للولد بأن استولد جارية الغير بالنكاح ، ثم تملكها ، فإن الجارية تصير[١] أم ولد له ؛ لأنه ثبت أحد الحقين للولد [وهو النسب ، كذا ههنا .

وجه الاستحسان : أن ثبوت أحد الحقين للولد][٢] كاف لثبوت الحق للأم إذا ثبت الحق للولد من وقت العلوق ، أما ثبات النسب إن استولدها بالنكاح ، أو علوقه حر ، الأصل : إن استولدها بملك اليمين ، وهذا لأن الجارية لا تصير أم ولد عند العلوق ، فشرط لثبوت حقها ثبوت الحق للولد عند العلوق ، ولم يثبت ههنا للولد وقت العلوق ، لا حق ثبات النسب ولا الحرية ، وإنما عتق الولد بسبب طارئ بعد العلوق وهو الملك ، وهذا لا يوجب ثبوت الحق للأم ، كما لو أعتق الولد .

وكذلك إذا قال المدعي : هذا ابني من فجور ، أو قال : فجرت بها فولدت هذا ، أو قال : هذا ابني من غير رشده ؛ لأن هذه العبارات تنبىء عن الزنا ، وكأنه قال : هذا ولدي من الزنا ، وكذلك إن كان هذا الولد لأب المدعي ، أو لخاله ، أو لرجل ذي رحم محرم من المدعي ، لا يثبت نسبه من المدعي إذا قال : هو من زنا ؛ لأن وطأه جارية هو لا زنا محض ، وليس له فيها ملك ولا تأويل ملك ، وبالزنى لا يثبت النسب ، ولا يعتق هذا الولد على هؤلاء ؛ لأن بعد الملك إنما يثبت العتق إذا كان المملوك ذا رحم محرم من المالك ، أو كان بقضاء[٣] من المالك ، وهذا بخلاف ما إذا كان الولد لابن المدعي ، فإنه يثبت نسب الولد منه ، وإن قال : هو من زنا ؛ [لأن لا يكون زانياً بجارية ابنه ؛ لأن[٤] له فيها تأويل ملك بخلاف من سواه على ما ذكرنا][٥] .

وإذا أقر الرجل أنه زنى بهذه المرأة الحرة ، وأن هذا الولد ولد منها من الزنا ، وصدقته المرأة في ذلك لا يثبت نسب الولد من الرجل على كل حال ، وهل يثبت نسبه من المرأة إن شهدت القابلة بولادتها هذا الولد ؟ ثبت النسب منها وما لا فلا .

---

(١) في (هـ) : تصير به .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (هـ) : بعضاً . وفي (ك) : يقضي .

(٤) في (م) : لأنه لأن له .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وإذا أقر الرجل بالزنا بامرأة حرة أو أمة ، وأن هذا الولد منها من الزنا ، وادعت المرأة نكاحاً جائزاً أو فاسداً ، لا يثبت النسب من الرجل وإن ملكه ؛ لأن النكاح لم يثبت بقولها لما أنكر الزوج النكاح ، بقي الفعل زنا في حق الزوج كما أقر ، وبالزنا لا يثبت النسب وإن ملكه الزاني ، إلا أنه يعتق عليه إذا ملكه ؛ لأنه جزؤه وإن لم يكن منسوباً إليه شرعاً ، وكما لا يثبت للإنسان الرق على نفسه لم يثبت له الرق على جزئه ، ولا حد عليه ، فقد عرف في كتاب « الحدود » أن الحد يسقط بدعوى أحد الواطأين النكاح وعليه العقر ؛ لأن الوطء الحرام في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة ، وتعذر إيجاب العقوبة ، فتجب الغرامة .

وكذلك إذا أقامت شاهداً واحداً لا يثبت النسب من الرجل وإن كان الشاهد عدلاً ؛ لأن شهادة شاهد واحد ليست بحجة في إثبات النكاح ، فصار وجودها في حق ثبوت النكاح والعدم بمنزلة ، وعليه العقر ، وعليها العدة حق الله تعالى ، وقول الواحد العدل الحجة في حقوق الله تعالى ، فيثبت النكاح بهذه الشهادة في حق وجوب العدة ، وإن لم يثبت في حق ثبوت النسب ؛ لأن ذلك من حقوق العباد .

وإذا ادعى الرجل النكاح وادعت المرأة الزنا ، ذكر في « الأصل » : أنه إن كان الولد في يد الزوج ثبت نسب الولد منه ؛ لأن الولد إذا كان في يده لو ادعى رقه يصح دعواه لقيام يده ، مع أنه إقرار على الولد ، فإذا ادعى نسبه لا يصح دعواه ، وأنه إقرار للولد كان أولى ، وإن كان الولد في يدي المرأة لا يثبت نسبه من الرجل إلا ببينة ، فإن ملكه يوماً من الدهر يثبت نسبه منه ، ويصير كالمجدد لذلك الإقرار ، وكذلك إذا ملك أمة تصير أم ولد له .

وفي « نوادر » ابن سماعة عن أبي يوسف : في رجل ادعى ولداً في يدي امرأة وقال : هذا ولدي منك من الزنا ، قال : فإني أثبت نسب الولد منه ، وأقضي بالمهر عليه ، وتبين بما ذكر ابن سماعة أن ما ذكر في « الأصل » أنه إذا كان الولد في يدي المرأة لا يثبت نسبه من الرجل قول محمد .

قال في « الأصل » : وكذلك إذا أقام الرجل شاهداً واحداً على النكاح لا يثبت النسب من الرجل ، يريد به : إذا كان الولد في يد المرأة ، وكذلك إذا أقام شاهدين غير أنهما لم يزكيا ، أو كانا محدودين في قذف أو أعميين ، فإني لا أثبت النسب ، وأوجب المهر والعدة ؛ لأن النكاح لا يثبت بشهادة الفاسقين والأعميين[١] والمحدودين في القذف ، كما لا يثبت بشهادة الواحد ، فصار الجواب في هذه الصورة نظير الجواب في الشاهد الواحد .

وإذا كان للرجل امرأة ولدت على فراشه ولداً ، فقال الزوج : زنيت بها وولدت هذا منه ، وصدقته المرأة في ذلك ؛ فإن نسب الولد يثبت منه ؛ لأنه ولد نكاح ، [وولد النكاح][٢] ثابت النسب من صاحبه ، لا ينتفي نسبه إلا باللعان ، ولا لعان بينهما لإقرارها على نفسها بالزنا .

وإذا قال لصبي في يدي امرأة : هذا ابني من الزنا ، وقالت المرأه : لا ، بل من النكاح ، فقال الزوج بعد ذلك : هو من النكاح ، يثبت النسب من الرجل ؛ لأن إنكاره السابق لا ينافي إقراره اللاحق ، كما في باب المال إذا قال : لا حق لفلان قبلي ، ثم قال : له عليّ ألف درهم .

وكذلك إذا قال الرجل : هو ابني من نكاح ، [وقالت المرأة : هو ابني منك من الزنى ، ثم قالت بعد ذلك : هو ابني منك من نكاح][٣] ، فإنه يثبت النسب منهما ، والمعنى واحد[٤] .

رجل تزوج امرأة لا تحل له[٥] ، فأغلق الباب وأرخى الستر ، لم يكن لها[٦] عليه مهر ، والمسألة معروفة في كتاب « النكاح » ، فإن جاءت بولد لستة أشهر منذ خلا بها ،

---

(١) في (م) و (ب) : الفاسقين الأعميين .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ك) : والمعنى ذكرنا .

(٥) المسألة بنحوها في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٥٦ .

(٦) في (هـ) و (ك) و (ب) : له .

فإن نسبه يثبت منه ، وهذا لأن ولادة الولد لستة أشهر منذ خلا بها دليل ظاهر على دخوله بها في حالة الخلوة ، وإن كان ممنوعاً عن وطئها شرعاً ، والعمل بالظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه ، ومن ضرورة الوصول بها ثبوت النسب ؛ لأن النكاح الفاسد بعد الدخول ملحق بالنكاح الصحيح في حق ثبات النسب ، ويجب المهر [إلا ما قد حكمنا بالدخول ، والدخول في النكاح الفاسد يوجب المهر][1] ، وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة [رحمه الله][2] ، وأما على قول أبي يوسف ومحمد : هذا النكاح غير منعقد أصلاً[3] ، لا جائزاً ولا فاسداً ؛ لأنه أضيف إلى غير محله ، ولهذا يوجب الحد على قولهما ، وإذا لم ينعقد هذا النكاح عندهما صار وجوده والعدم بمنزلة ، وكان فعله زناً محضاً ، فلا يثبت النسب ، ولا يجب المهر والعدة .

نوع أخر في المرأة إذا تزوجت وزوجها حي ، وجاءت بالأولاد ، فالأولاد لمن تكون ؟

قال[4] : وإذا نعي إلى المرأة زوجها ، واعتدت عدة الوفاة ، وتزوجت بزوج آخر وولدت من هذا الزوج الآخر ، ثم جاء الأول حياً ، أجمعوا على أن المرأة ترد على الأول ، واختلفوا في الأولاد ، قال أبو حنيفة : الأولاد للزوج الأول على كل حال ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج الثاني ، فالولد للزوج الثاني ، وإن جاءت به لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني فالأولاد للزوج الأول ، وإن جاءت به لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين ، قال أبو يوسف[5] : هو للثاني ، وقال محمد : هو للأول[6] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) في (هـ) : أيضاً .

(٤) المسألة في (الفتاوى الهندية »٤ : ١٤٠ نقلاً عن كتاب « المحيط ».

(٥) في هامش (هـ) : ذخيرة : قال أبو يوسف هو للأول . وقال محمد للثاني .اهـ . يريد الكاتب أن يثبت مفارقة وقعت للمؤلف بين الكتاب هذا وكتابه الآخر «ذخيرة الفتاوى» .

(٦) في (م) و (ب) : للثاني هو .

وروى أبو عصمة سعد بن معاذ[١] عن إسماعيل بن حماد[٢] عن عبد الكريم الجرجاني [رحمه الله][٣] عن أبي حنيفة [رحمه الله][٤] أنه رجع عن هذا القول ، وقال : الأولاد للثاني ، فوجه قولهما : أن الثاني يساوي الأول في السبب الموجب لثبات النسب وهو الفراش ، وترجح على الأول بحكم الوطء ، وما يقوم مقامه وهو الخلوة الصحيحة .

---

(١) أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي ، روى عنه أبو أحمد نبهان بن إسحاق بن مقداس .

قال إسحاق بن إبراهيم الحافظ : سمعت الخليل بن أحمد القاضي يقول : سمعت أبا عاصم عمرو بن محمد يقول : سمعت أبا عصمة سعد بن معاذ يقول : أول بركة العلم إعارة الكتب . لم تذكر له سنة وفاة .

«الجواهر المضية» ٤ : ٦٨ .

(٢) الإمام بلا مدافعة ، ذو الفضائل الشريفة ، والخصال المنيفة ، تفقه على أبيه حماد ، والحسن بن زياد ، ولم يدرك جده .

وسمع الحديث من أبيه ، ومالك بن مغول ، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب ، وغيرهم .

وروى عنه غسان بن المفضل الغلابي ، وعمر بن إبراهيم الثقفي ، وغيرهما .

وولى قضاء الجانب الشرقي ببغداد ، وقضاء البصرة والرقة ، وكان بصيراً بالقضاء ، محموداً فيه ، عارفاً بالأحكام ، والوقائع ، والنوازل ، والحوادث ، صالحاً ديناً .

قال محمد بن عبد الله الأنصاري : ما ولى القضاء من لدن عمر بن الخطاب إلى اليوم أعلم من إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة.

فقيل له : يا أبا عبد الله ؛ ولا الحسن بن أبي الحسن ؟

قال: والله ، ولا الحسن .

وعن شمس الأئمة الحلواني: إن إسماعيل كان يختلف إلى أبي يوسف يتفقه عليه ، ثم صار بحال يُزاحمه .

ومات شاباً ، ولو عاش حتى صار شيخاً ، لكان له نبأ عند الناس .

وصنف إسماعيل من الكتب : « الجامع » في الفقه عن جده أبي حنيفة ، و « الرد على القدرية » ، و « كتاب الإرجاء » ونقضه عليه أبو سعيد البردعي من أصحابنا ، وله « رسالة إلى البُستي » .

وكانت وفاته سنة ٢١٢ ، رحمه الله تعالى .

«الجواهر المضية» ١ : ٤٠٠ ، «تاج التراجم» ص ١٣٤ ، «الطبقات السنية» ٢ : ١٨٤ ، «الفوائد البهية» ص ٤٦ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (ب) .

بيانه : أن الأول إن كان له فراشاً فلا وطء منه لا حقيقة - وهذا ظاهر - ، ولا حكماً ؛ لأنه غير متمكن من وطئها حقيقة بسبب الغيبة ، وإنما يعتبر الإنسان واطئاً حكماً إذا كان متمكناً منه حقيقة ، فهو معنى قولنا : إن الثاني ترجح على الأول بالوطء حقيقة ، أو ما يقوم مقامه ، فوجب أن يثبت النسب من الثاني دون الأول ، وإن كان فراش الثاني فاسداً ، وفراش الأول صحيحاً ، قياساً على امرأة الصبي إذا زوجت نفسها من رجل ، وجاءت بالولد ، فإن هناك الولد يكون للثاني ، وفراشه يثبت بنكاح فاسد ، ونكاح الصبي صحيح ما كان الطريق فيه سوى أن الثاني ترجح على الصبي بالوطء ، وهذا بخلاف ما لو كان الزوج الأول حاضراً ؛ لأن الحاضر ممكن من وطء المرأة كالثاني فاستويا في التمكن من الوطء ، وترجح الأول بحكم الصحة ، لأن أبا يوسف يقول : إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني فهو للأول ، وإذا جاءت به لستة أشهر إلى سنتين فهو للثاني ؛ لأن بالدخول يثبت فراش الثاني ؛ لأن النكاح الفاسد ملتحق بالصحيح في حق حكم النسب ، فينقطع الأول بالثاني في حق حكم النسب ، ويكون العبرة للثاني ، ألا ترى أن بدخول الثاني يحرم على الأول ويلزمها العدة من الثاني ، وهذا دليل على أن الفراش الأول قد زال ، وإنما كان التقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتباراً للفاسد بالصحيح ، ومحمد [رحمه الله][1] يقول : فراش الأول وإن زال فالملك لم يزل ، ولو زال الفراش والملك بالطلاق أو بالملك ، وبقيت العدة ، إذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين ، فالولد للأول ، وإن جاءت لأكثر من سنتين ، فالولد للثاني ، فكذا إذا زال الفراش وبقي الملك من طريق الأولى ؛ لأن الملك فوق العدة .

وأبو حنيفة [رحمه الله][2] يقول : الأول ساوى الثاني في السبب الموجب وهو الفراش لثبات النسب وفي الوطء ، وترجح الأول بالصحة ، فيكون الأولاد للأول على

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

كل حال قياساً على ما لو كان الأول حاضراً ، أما استواؤهما في الفراش فظاهر ، وأما استواؤهما في الوطء ؛ [لأن][(١)] إن وجد من الثاني حقيقة الوطء أو ما أقيم مقامه ، وجد من الأول الوطء حكماً ؛ لأن النكاح الأول صحيح ، والنكاح الصحيح في حق من هو من أهل الماء أقيم مقام الوطء حتى يثبت النسب من صاحب النكاح ، وإن لم يكن وطئها حقيقة ، فإذا استويا في الفراش وفي الوطء ، يجب أن يترجح الأول بحكم الصحة ، كما لو كان الأول حاضراً ، وهذا لأنه لا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجهٍ ما ، بل الفاسد مدفوع بالصحيح لا محالة .

قال : وإن نفاه الآخر وادعاه الأول ، أو ادعياه جميعاً ، أو نفاه الأول وادعاه الثاني ، فعلى قول أبي حنيفة [رحمه الله][(٢)] : هو ابن الأول ؛ لأنه ولد في نكاحه ، فلا ينتفي نسبه من صاحب النكاح إلا باللعان ، ولا لعان بين الأول والمرأة ؛ لأنها وطئت في نكاحه بنكاح فاسد ، والوطء في النكاح الفاسد يزيل الإحصان ، فلا يجب بقذفها بعد ذلك حد ولا لعان ، وعلى قولهما : هو ولد الثاني وإن نفاه ؛ لأنه ولد في نكاحه[(٣)] نكاحاً فاسداً ، وولد النكاح الفاسد لا يقطع نسبه باللعان .

وكذلك لو كان سبيت المرأة فتزوجها رجل من أهل الحرب وولدت أولاداً ، فهو على الخلاف الذي مر .

وكذلك لو ادعت الطلاق فاعتدت ، وتزوجت ، والزوج الأول جاحد لذلك ، فهو على الخلاف ، ذكر هذين الفصلين شمس الأئمة السرخسي [رحمه الله][(٤)] في « شرحه » ، والله أعلم[(٥)] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) . وجاء في (ب) : فلأنه .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) في(م) : إنكاحه .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) قوله : « والله أعلم » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

نوع آخر في منكوحة الرجل إذا ولدت ، ثم ادعى أحدهما أن النكاح كان منذ شهر :

قال محمد - رحمه الله -[١] : إذا تزوج الرجل امرأة ، وولدت ولداً ، فادعى أحدهما أن النكاح منذ شهر ، وادعى الآخر أنه كان منذ سنة ، فالقول قول من يدعي النكاح منذ سنة ، ويحكم بثبات[٢] نسب الولد منهما[٣] ؛ لأنهما تصادقا على [سبب][٤] ثبات النسب وهو الفراش لما تصادقا على النكاح ، إلا أن أحدهما ينكر حكم الفراش لمانع ، والآخر يدعيه ، والأصل : أن المتداعيين إذا اتفقا على سبب حكم ، واختلفا في ثبوت الحكم وعدمه ، فالقول قول من يدعي ثبوت الحكم ؛ لأن ثبوت العلة يدل على ثبوت الحكم ، فكان الظاهر شاهداً له كالمتبايعين إذا اتفقا على البيع ، وأنكر أحدهما ثبوت الملك لمانع في السبب وهو الخيار ، أو التلجئة ، وادعى الآخر ثبوته ، كان القول قول من يدعي الثبوت ، كذا ههنا .

وإن تصادقا على أنه تزوجها منذ شهر لم يثبت نسب الولد ، وإن كان في ذلك إبطال نسب الولد من حيث الظاهر ؛ لأنهما اتفقا على أن حكم النسب غير ثابت ، والمتداعيان إذا تصادقا على امتناع ثبوت الحكم لمانع في السبب مع اتفاقها على السبب يعتبر تصادقهما ، وإن كان في ذلك إبطال حق على الغير ، [كالمتبايعين إذا اتفقا على أن البيع كان تلجئة ، أو كان فيه خيار ، فإنه تعين اتفاقهما ، وإن كان فيه إبطال حق على الغير][٥] وهو الشفيع ، فإن قامت البينة بعدما تصادقا أنه تزوجها منذ شهر أنه تزوجها منذ سنة قبلت ، أما إذا كان الولد كبيراً ، وقد أقام البينة بنفسه ، فلأن هذه بينّة قامت من خصم على خصم ، وأما إذا كان الولد صغيراً فكذلك .

---

(١) المسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٥٠ بنحوها ، و « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٤٠ مختصرة.

(٢) في (هـ) : بإثبات .

(٣) في (ب) : منها .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

واختلف المشايخ في طريق قبول البينة ، قال بعضهم : القاضي يُنْصَب خصماً عن الصغير ؛ لأن النسب حق الصغير ، فينصب عنه خصماً لتكون البينة قائمة ممن هو خصم ، ثم إن الخصم إنما يقيم البينة على الزوج ههنا ، لا على المرأة ؛ لأن النسب ثابت منها على كل حال .

وبعضهم قالوا : القاضي يسمع البينة من غير أن ينصب عنه خصماً بناءً على أن الشهادة على النسب هل تقبل [حسبة من غير دعوى ؟

وقد اختلف فيه مشايخنا ، بعضهم قالوا : تقبل][1] ؛ لأن في النسب حق الشرع ، [فإن نسبة الولد إلى غير أبيه حرام حقاً للشرع ، والشهادة القائمة على حق الشرع][2] تقبل حسبة من غير الدعوى .

نوع آخر في دعوى المولى ولد أمته ولها زوج :

قال محمد - رحمه الله - : إذا زوج الرجل أمته من عبده فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً ، فهو ابن الزوج ، وإن نفاه الزوج لم ينتفِ منه ؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر أمكن إحالة العلوق على النكاح ، وكان هذا ولد النكاح ، وولد النكاح لا ينتفي نسبه إلا باللعان ، ولا لعان بين الرجل وامرأته الأمة ، فإن ادعاه المولى[3] وقال : هذا ابني ، لم تجز دعوته ، ولم يثبت نسب الولد منه ، ولكن يعتق الولد بإقراره ، وتصير الجارية أم ولد له ؛ لأن المولى بقوله : « هذا ابني » ادعى النسب على الولد من نفسه ، وأقر بحرية الولد ، وبحق العتق للجارية [ودعواه نسب الولد من نفسه على الزوج ؛ لأنه يريد قطع نسب ثابت منه ، فلم يصح ، أما إقراره بحرية الولد وبحق العتق للجارية][4] إقرار على نفسه ، فيصح[5] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٥) المسألة في « المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٧٢ .

فرق بين هذه المسألة وبين مسألتين :

إحداهما : إذا قال لعبده - ومثله لا يولد لمثله - : هذا ابني ، وأمه في ملكه ، فإنها لا تصير أم ولد له ، وقد أقر بحق العتق لها .

وكذلك إذا قال في مسألتنا : هذا ولدي من هذه الجارية من الزنا ، لا تصير الجارية أم ولد له ، وفي معروف النسب إذا كان مثله يولد لمثله ، [قال][(١)] : تصير الجارية أم ولد له ، وإن لم يثبت نسب الولد منه .

والفرق : [أن][(٢)] في معروف النسب سبب ثبات النسب من المولى متصور بأن حصل الوطء منه بشبهة ، فإن الوطء بشبهة كافٍ لثبات النسب ، كما في حالة الانفراد ، إلا أن صاحب الفراش الصحيح جعل أولى من صاحب الفراش الفاسد بحكم الصحة ؛ لأن سبب ثبات النسب منه لم يوجد ، وإن[(٣)] كان سبب ثبات النسب متصور من المدعي يعتبر النسب ثابتاً منه في حق ما يلزمه من أحكام النسب ، وأن يعتق الولد وتصير الجارية أم ولد له ، هذا حكم يلزمه ، وأنه من أحكام النسب ، فيعتبر النسب ثابتاً في حق هذا الحكم ، وإن لم يعتبر ثابتاً في حق قطع النسب من الزوج ؛ لأن ذلك أمر على الزوج ، فأما في حق ولد الزنا ، وفيما إذا كان لا يولد مثله لمثله ، فسبب ثبات النسب من المدعي غير متصور ، فلا يمكن أن يعتبر النسب ثابتاً من المدعي في حق ما يلزمه من الأحكام ، فلا يثبت حق العتق للجارية ، وإنما[(٤)] عتق الغلام الذي لا يولد مثله لمثله ، لا ؛ لأن النسب اعتبر ثابتاً في حقوق عتق الولد ، ولكن قوله : « هذا ابني » جعل كناية ومجازاً عن قوله : « عتق عليّ هذا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) و (ك) : وإذا .

(٤) في (م) : وإلا .

من حين ملكته » ، واللفظ إذا صار مجازاً عن غيره سقط اعتبار حقيقته ، ويكون العبرة للمكنى عنه ، ولو صرح بالمكنى عنه ، وقال : « عتق هذا عليّ حين ملكته » لا تصير الجارية أم ولد له ، كذا ههنا .

هذا الذي ذكرنا ، إذا جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح .

ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح لم يثبت نسبه من الزوج ، وأنه ظاهر ، فإن ادعاه المولى ثبت نسبه منه ؛ لأنه ولد أمته ، ويحكم بفساد النكاح ؛ لأنه تبين أنه زَوَّجَها ، وفي بطنها ولد هو ثابت النسب منه ، وإذا زوج الرجل أمته من غير عبده بإذن مولاه ، أو زوجها من حر برضاه ، فجاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح ، فادعاه المولى ، لا يثبت نسبه من المولى ، وإن صدقه الزوج في ذلك ؛ لأن الزوج بالتصديق نفاه عن نفسه ، ونسب ولد النكاح لا ينتفي [إلا][1] باللعان ، فيكون الولد ثابت النسب من الزوج ، صدَّق المولى أو كذبه .

وهل يحكم بفساد النكاح إن كذبه الزوج في دعواه ؟ لا شك أنه لا يحكم بفساد النكاح ، وأما إذا صدقه فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يحكم بفساد النكاح ؛ لأنه لما صدق المولى في النسب ، فقد أقر بكونها حاملاً من المولى وقت النكاح ، وكان مقراً بفساد النكاح ، وإقرار الزوج بفساد النكاح إقرار على نفسه ، فيصدق في حق فساد النكاح إن لم يصدق في حق قطع النسب عن نفسه .

ومنهم من قال : لا يحكم بفساد النكاح ؛ لأن تصديق الزوج ليس بإقرار بفساد النكاح نصاً ، ولا يجوز أن يثبت الإقرار بالفساد اقتضاءً ؛ لأنه يجوز أنه صدق المولى في دعوى ثبات النسب ؛ لأنه علم أن العلوق منه كان قبل النكاح ، فيكون إقراراً [بفساد النكاح ، ويجوز أنه صدقه ؛

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

لأنه علم أنه وطئها بعد النكاح ، فظن ثبوت النسب منه ، فيكون إقراراً][1] بقيام الملك له في رقبتها حالة الوطء ، فلا يكون هذا إقراراً منه بفساد النكاح ، فلا يثبت الإقرار بالفساد مع الاحتمال .

قال : إلا إذا كان الزوج أقر أن الولد من المولى حبلت به قبل النكاح ، فحينئذٍ يحكم بفساد النكاح ؛ لأنه أقر أنه تزوجها وهي حامل بولد ثابت النسب منه ، فيكون إقراراً بفساد النكاح لا محالة ، أما إذا لم يقر على هذا الوجه ، فإنه لا يثبت الإقرار بفساد النكاح .

وإذا زوج الرجل أمته من رجل ، ثم باعها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح ولأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه المولى ، فإنه لا يصدق في حق النسب ، ولا يعتق الولد ، ولا ينتقض البيع ، والولد ابن الزوج على حاله ، وإنما لم يصدق في حق النسب ؛ لأنه ثابت النسب من غيره ، وإنما لا يعتق الولد ؛ لأن دعواه دعوة تحرير لما لم يوجد ثبات النسب منه ، ودعوة تحرير [لا تصح إلا من المالك .

وإن ادعاه المشتري لا تصح دعوته في حق النسب أيضاً ، لما ذكرنا في جانب المولى ، ولكن يعتق الولد ، وتصير الجارية أم ولد له ؛ لأن دعوته دعوة تحرير لما لم يثبت النسب منه ، ودعوة التحرير][2] تصح من المالك ، والمشتري مالك .

وإذا تزوجت الأمة بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج ، ثم ولدت ولداً لستة أشهر منذ تزوجها ، فادعاه المولى والزوج ، فهو ابن الزوج ؛ لأن النكاح الفاسد عند اتصال الدخول به في حق النسب كالنكاح الصحيح ، والجواب في النكاح الصحيح ما قلنا ، ولكن يعتق الولد على المولى

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

بحكم إقراره ، ثم اعتبر المدة من وقت النكاح لا من وقت الدخول ، فإنه وضع المسألة فيما إذا جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح .

قال شمس الأئمة الحَلْواني [(١)]: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد خلافاً لما يقوله بعض المشايخ : أنه لا ينعقد بنفس النكاح ، وإنما ينعقد بالدخول .

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في « شرحه » : أن الفراش لا ينعقد في النكاح الفاسد بنفس العقد ، وإنما ينعقد بالدخول .

وتأويل المسألة على قوله : أن الدخول كان عقيب النكاح بلا فصل ، فتكون المدة من وقت النكاح ومن وقت الدخول سواء .

وكذلك الجواب في أم الولد إذا تزوجت بغير إذن المولى فولدت ولداً ، فادعاه الزوج والمولى .

نوع آخر : في امرأة لها ولد معروف ، قال رجل لهذه المرأة : هذا ابني منك ، وفي رجل له ولد معروف ، قالت المرأة لهذا الرجل : هذا ابني منك .

امرأة حرة لها ابن صغير يعرف أنه ابنها ، وليس لهذا الولد نسب معروف من رجل ، قال رجل للمرأة : هذا ابني منك ، فقالت : نعم ، فهو ابنهما[(٢)] ثابت النسب منهما ؛ لأنهما تصادقا على ثبات النسب منهما ، وليس للولد نسب معروف من غيرهما ، فثبت نسبه منهما[(٣)] بتصادقهما .

وكذلك رجل حر له ابن صغير يعرف أنه ابنه ، وليس للولد نسب معروف من امرأة ، فقال : هذا ابني من هذه المرأة الحرة ، وصدقته المرأة في ذلك ، فهو ابنهما ثابت

(١) انظر قوله « البحر الرائق » لابن نجيم ٤ : ١٥٢ .

(٢) في (ب) : ابنها . وفي (ك) : ابنه .

(٣) سقط من (ب) .

النسب منهما لما ذكرنا ، ويقضى بينهما بنكاح صحيح ؛ لأنهما تصادقا على ثبات النسب منهما ، ولا يثبت النسب من الرجل إذا كانت المرأة حرة إلا بالنكاح ، فيثبت التصادق على النكاح مقتضى التصادق على ثبات النسب منهما ، فيقضي بالنكاح بينهما بتصادقهما على ذلك ، ثم يقضي بنكاح صحيح ، ولا يقضي بنكاح فاسد ، وإن كان النكاح مقتضى تصادقهما على ثبات النسب ، فإنما يثبت أو فيما يكفي لثبات النسب ، وهو النكاح الفاسد ؛ لأن الأدنى إنما يثبت في موضع يستوي الأدنى والأعلى في صفة الإباحة ، أما في موضع كان الأدنى حراماً ، والأعلى مباحاً ، يثبت الأعلى حملاً لحالهما على الصلاح ، والنكاح الفاسد ، وإن كان أدنى فهو حرام ، والنكاح الصحيح ، وإن كان أعلى فهو مباح ، فأثبتنا النكاح الصحيح لهذا .

هذا إذا كانت المرأة معروفة بأنها حرة ، فأما إذا كانت لا تعرف بأنها حرة ، فقال رجل : هذا ابني منك ، وأنت امرأتي ، وقالت المرأة : أنا أم ولدك ، وهذا ابني منك ، فهو ابنهما ، ثابت النسب منهما لتصادقهما على ذلك ، ولكن لا يقضي بالنكاح بينهما ، بخلاف ما إذا كانت المرأة تعرف بأنها حرة لا يثبت إلا بالنكاح ، فتصادقهما على إثبات[1] النسب منهما تصادق على النكاح ، فأما[2] الفراش على غير الحرة كما يثبت بالنكاح يثبت بملك اليمين بالاستيلاد ، وإذا لم يعرف حالها بالحرية والرق لا يثبت فراش بعينه بتصادقهما على النسب .

بقي الاختلاف بعد ذلك بينهما في تعيين ما يثبت به الفراش عليها ، فالزوج يعين النكاح ، ولم يثبت النكاح لإنكارها ذلك ، وهي تعين الاستيلاد ، ولم يثبت الاستيلاد لإنكار الزوج ذلك ، فلم يثبت بينهما فراش بعينه ، حتى يمكن القضاء به ، ولكن إن لم يثبت بينهما فراش بعينه ، فذلك لا يمنعنا عن القضاء بحكمه ، وهو ثبوت النسب إذا تصادقا على الحكم .

---

(١) في (ك) و (ب) : ثبات .

(٢) في (م) : فإن .

وكذلك إذا قالت المرأة للرجل : أنا زوجتك ، وهذا ابني منك ، وقال الرجل : أنت أم ولدي ، وهذا ابني منك ، وباقي المسألة بحالها ، فالولد ثابت النسب منهما ، لكن لا يقضي بالنكاح بينهما لما قلنا .

ولو قال الرجل للمرأة : هذا ابني من نكاح جائز ، وقالت المرأة : هذا ابني منك من نكاح فاسد ، فهو ابنهما ، [وكذلك لو قالت المرأة للرجل : هذا ابني منك من نكاح جائز ، وقال الرجل : هذا ابني منك من نكاح فاسد ، فهو ابنهما ، ويكون القول قول من يدعي الجواز ؛ لأنهما اتفقا على أصل النكاح واختلفا في جوازه وفساده][1] ويكون القول قول من يدعي الجواز ، غير أن مدعي الفساد إن كان هي المرأة لا يفرق بينهما ، وإن كان هو الزوج يفرق بينهما ؛ لأن الزوج إن لم يصدق في دعوى الفساد في حق المرأة تصدق في حق التحريم بالطلاق ، فيجعل إقراره بالفساد في حق المرأة بمنزلة إيقاع الطلاق عليها ، حتى يقضي لها بالمسمى ، وإن كان أكثر من مهر مثلها كأنه طلقها صريحاً .

نوع آخر في أمة لها ولدان ، ادعاها رجلان كل واحد منهما ادعاها مع الولدين جملة :

قال محمد - رحمه الله تعالى -[2] : أمة لها ابنان ، والأمة مع أحد ولديها في يد رجل ، والولد الآخر في يد رجل آخر ، فادعى كل واحد منهما أن الأمة له ، وأن الابنين ابناه من هذه الأمة ، قضى بالأمة وبالولدين جميعاً للذي في يديه الأمة ، سواء ولدا في بطن واحد ، أو في بطنين مختلفين .

أما القضاء بالأمة للذي في يديه الأمة ؛ لأن كل واحد منهما ادعى أمية الولد ، وأمية الولد بمعنى النتاج ؛ لأنه يثبت له ابتداءً لا من جهة أحد ، وأنه سبب لا يثني ولا يكرر ، فكان بمعنى النتاج ، وفي دعوى النتاج يقضى لذي اليد ببينته ، كذا ههنا ، وأما القضاء بالولد للذي في يديه ؛ لأن كل واحد منهما ادعى نسب هذا الولد ، وأنه بمعنى النتاج ، وأما القضاء بالولد الآخر ، وإن كان هو خارجاً في حق الولد الآخر ، والنسب بمعنى النتاج ،

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) النص في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢٤ .

وذو اليد في النتاج أولى ؛ لأنهما تصادقا على أن هذا الولد ولد من هذه الأمة ، ووجب القضاء بملك الأمة للذي في يديه الأمة ، فيجب القضاء بملك الولد له ضرورة وإن كان الولد في يد[١] الآخر ؛ لأن الولد يتبع الملك في الأم ، فإذا صار الولد ملكاً له وقد ادعى نسبه وجب الحكم بحريته من الأصل ، كما في الولد الذي في يده .

وأما إذا ادعى كل واحد منهما الأمة مع الولد الذي في يديه لا غير ، فإن كانت ولدتهما في بطن واحد ، فهذا والفصل الأول سواء ؛ لأن البطن إذا كان واحد كانا توأمين ، فيصير كل واحد منهما بدعوى الولد الذي في يديه مدعياً الولد الآخر .

فأما إذا البطن مختلفاً ، فهذا على وجهين :

- إن لم يعلم الأكبر من الأصغر قضى بالأمة للذي في يديه ؛ لأنه متى لم يعلم الأكبر من الأصغر لم يثبت سبق أحدهما على الآخر في الاستيلاد ، فيسقط اعتبار التاريخ ، وإذا سقط اعتبار التاريخ صار ذو اليد أولى ؛ لأنه بمعنى النتاج .

قال : ويقضى لكل واحد منهما بالولد الذي في يديه ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الولد الذي في يديه ، ولم ينازعه الآخر فيه ، وحال عدم المنازعة مجرد قول صاحب اليد معتبر ، فمع البينة أولى .

فإن قيل : إذا وجب القضاء بالأمة للذي في يديه وجب أن يقضي له بالولد الذي في يد[٢] الآخر ، [لأنهما تصادقا على أن هذا الولد ولد هذه الأمة][٣] ، والولد[٤] تبع الأم في الملك .

قلنا : إنه[٥] يقضي له بالولد الآخر ؛ لأنه في يد صاحبه ، وصاحبه مدعيه ، وهو لا ينازعه في ذلك ، فيترك في يده ، كأم ولد إنسان في يد غيره يدعيه ذو

---

(١) في (هـ) : يدي .

(٢) في (هـ) : يدي .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) في (م) و (ب) : لأن الولد .

(٥) في (هـ) و (ك) : إنما .

اليد ولا ينازعه ، وأما إذا علم الأكبر من الأصغر إن كان الأكبر في يد الذي الأمة في يده ، فإنه يقضي بالأمة والولد الأكبر ؛ لأنه يقضي له بهما إذا لم يثبت سبق استيلاد[١] على صاحبه ، وإن لم يعلم الأكبر من الأصغر على ما مر .

- فإذا علم سبق استيلاده أولى ، ولا يقضي له بالولد الأصغر ؛ لأنه لا يدعيه ، وإن كان الأكبر في يدي الذي ليست الأمة في يديه ، فإنه يقضي لكل واحد منهما بالولد الذي في يديه ؛ لأنه لا يدعيه ولا ينازعه أحد .

فأما الأمة ، فقد ذكر في « الكتاب » : أنه يقضي للخارج الذي الأكبر في يديه ؛ لأنه ثبت[٢] سبقه على صاحبه في الاستيلاد ، لما ادعى الاستيلاد بالولد الأكبر[٣] ، وادعى [الآخر][٤] الاستيلاد بالولد الأصغر .

فإن قيل : التاريخ ساقط الاعتبار في حق دعوى النتاج حتى أنهما إذا تنازعا في نتاج دابة ، وأرخ ذو اليد أحد عشر شهراً ، والخارج أرخ سنة ؛ يقضي لذي اليد كأنهما لم يؤرخا ، كذا ههنا .

الجواب : قلنا: المعنى الذي لأجله سقط اعتبار التاريخ في النتاج معدوم فيما نحن فيه ، إنما سقط اعتبار التاريخ ، ثم لأنه لا يتصور بسببه زيادة استحقاق على أحد ؛ لأن الملك الثابت بالنتاج لا يكون على أحد ، وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه ؛ لأن شهادة التاريخ ههنا تثبت زيادة استحقاق على أحد ؛ لأن أمية الولد سبب للولادة ، والولد يستحق على العبد بعد الحرية ، فكان من هذا الوجه بمنزلة دعوى الملك من جهة غيره بسبب لا يثنى ولا يكرر ، وإذا ثبت زيادة الاستحقاق ههنا بسبب زيادة التاريخ وجب اعتبار التاريخ كما في دعوى

---

(١) في (ب) زيادة : فإنه يقضي بالأمة والولد الأكبر .

(٢) في (هـ) : يثبت .

(٣) في (ب) زيادة : وادعى الآخر الاستيلاد بالولد الأكبر .

(٤) ما بين معكوفتين جاء مكانه في (م) : حق .

التملك[١] من الثالث ، فقضى بالأمة للذي الأكبر[٢] في يديه ، وإن كان خارجاً في حقها لهذا .

نوع آخر : في الرجل يقر بصبي في يديه أنه ابن فلان ، ثم يدعيه لنفسه :

قال محمد - رحمه الله -[٣] : إذا كانت الأمة في يدي الرجل ولدت غلاماً ، فأقر المولى الذي له الأمة هذا الغلام [من زوج حر أو عبد زوجها إياه ، ثم ادعاه بعد ذلك لنفسه ، فههنا لا يخلو من وجوه : أما إن صدقه المقر له في ذلك][٤] ، ولم يصدقه ولم يكذبه بل سكت ، أو كان غائباً [أو ميتاً][٥] ، وفي هذه الوجوه لا يصح دعوى المولى ، أما إذا صدقه المقر له في ذلك فلأن نسب الغلام قد ثبت من المقر له لتصادقهما[٦] في ذلك ، وصار الغلام معروف النسب من غيره ، وفي مثل هذا لا يثبت النسب منه بالإجماع ، ولكن يعتق الغلام عليه بإقراره .

وأما إذا لم يصدقه المقر له ولم يكذبه ؛ لأن الإقرار قد وقع صحيحاً ، ولم يتصل به تكذيب المقر له حتى يبطل ، فبقي على الصحة كما كان ، فلا تصح دعوة المولى بعد ذلك .

[وإن كذبه المقر له في إقراره ثم ادعى المولى لنفسه ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا تصح دعوته][٧] ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : تصح .

فوجه قولهما : أن إقرار المولى قد بطل بتكذيب المقر له ، وبقي الولد محتاجاً إلى النسب ، فإنما ادعاه المولى حاجته إلى ذلك ، وليس فيه إبطال حق على الغير ، ولأبي حنيفة [رحمه الله][٨] :

---

(١) في هامش (هـ) : « الملك » نسخة . وفي (ب) : الملك .

(٢) في (ك) : أكثر .

(٣) النص بنحوه في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٣٠ .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٦) في (ب) : لتصادقهم . وسقط من (ك) .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٨) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

أنه[١] تحت إقرار المولى شيئان[٢] : ثبوت النسب من المقر له ، وخروجه من دعوى هذا النسب أصلاً ، وبتكذيب المقر له بطل ما هو من حقه ، فأما [ما][٣] لا حق له فيه لا يبطل الإقرار فيه بتكذيبه ، ولا حق للمقر له في خروج المقر من دعوى هذا النسب ، فلا يبطل الإقرار في حق هذا الحكم .

ولو لم يقر بذلك ، ولكن جاء أجنبي وأقر أن هذا الولد ابن المولى ، وجحد المولى ذلك ، ثم إن الرجل الأجنبي الشاهد على المولى بذلك اشترى هذا الولد وورثه[٤] فادعاه بعد ذلك أنه ابنه[٥] ، يعتق عليه بإقراره ، وهل يثبت نسبه منه ؟ فهو على الاختلاف الذي قلنا ؛ لأن الشاهد ادعاه بعدما كذبه المشهود له .

وكذلك إذا شهد رجلان على صبي من امرأة حرة أنه ابنها ، وابن هذا الرجل ، وأن هذا الرجل زوجها ، وادعت المرأة ذلك وجحد الزوج ، فسأل القاضي عن الشهود فلم يعدلوا فرد شهادتهم ، ثم إن أحد الشاهدين ادعى نسب الولد وصدقته المرأة لا تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافاً لهما ؛ لأن الشاهد ادعاه بعدما كذبه المشهود له .

إذا شهدت امرأة على صبي أنه ابن هذه المرأة ، والمرأة ادعته فلم يقبل القاضي شهادتها بسبب من الأسباب ، ثم إن الشاهدة ادعت نسب هذا الولد ، وأقامت البينة على ذلك ، لا تقبل بينتها ، ولا يقضي لها بالولد ؛ لأن البينة إنما تسمع بعد ما صحة الدعوى ، والدعوى من الشاهدة في هذه الصورة لا تصح بالإجماع ؛ لأن المشهود له صدقها ، وحال تصديق المشهود له لا تصح الدعوى من الشاهدة بالإجماع .

---

(١) في (م) و (ك) : أن . وفي (هـ) و (ك) و (م) : يجب .

(٢) في (م) و (ب) : بيان .

(٣) سقط من (ب) و (ك) .

(٤) في (ك) : أو ورثه .

(٥) في (ك) : أبيه .

ولو كبر الصبي وادعى أنه ابن الشاهدة ، والشاهدة منكرة ، فأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ؛ لأن الدعوى من الصبي قد صح ؛ لأنه لم يقر بنسبه لغير الشاهدة ، فتصح دعواه من الشاهدة[١] ، فهذه[٢] بينة قامت على دعوى صحيحة بالإجماع .

وعلى هذا إذا ادعى رجل نسب صبي في يدي امرأة ، والمرأة تنكر ، وأقام الرجل شاهدين ، ولم يقض القاضي بشهادتهما ، ثم إن أحد الشاهدين ادعى أن هذا الصبي ابنه ، وهذه المرأة امرأته ، وأقام على ذلك شاهدين ، فالقاضي لا يقبل شهادته ؛ لأن الدعوى من الشاهد لم تصح بالإجماع ، وإن ادعت المرأة أنه ابنها من هذا الرجل ، وأنه زوجها ، وأقامت على ذلك شاهدين ، سمعت بينتها ؛ لأن الدعوى منها قد صحت ؛ لأنها لم تقر بنسب الولد للغير .

وإذا ادعى رجلان صبياً في يدي امرأة كل واحد يدعي أنه ابنه ، والمرأة تنكر ، ثم إن المرأة ادعت على رجل أن تزوجها ، وهذا الصبي لها منه ، فشهد لها الرجلان المدعيان للصبي ، فالقاضي لا يقبل شهادتهما ؛ لأن دعواهما السابق يجعلهما متناقضين في هذه الشهادة ، والتناقض في الشهادة مانع قبولها وصحتها .

وكذلك على هذا : صبي في يدي امرأة ، شهد رجل أنه ابن فلان ، ورَدَّ القاضي شهادته ، ثم شهد هو ورجل آخر أنه ابن هذا الرجل [الآخر ، فالقاضي لا يقبل شهادتهما ؛ لأن أحد الشاهدين متناقض في هذه الشهادة][٣] .

إذا كان للرجل جارية حامل ، فأقر أن حملها من زوج قد مات ، ثم ادعى أنه منه ، فولدت لأقل من ستة أشهر ، فإنه يعتق ، ولا يثبت نسبه منه ، أما العتق : فلإقراره بذلك ، وأما لا يثبت نسبه منه ؛ لأنه أقر بنسبه لغيره ، وصح هذا الإقرار منه ؛ لأنا تيقنا بوجود

---

(١) في (ك) و (ب) : الشاهد .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

الولد في البطن وقت[١] الإقرار ، ولم يوجد تكذيب المقر له لكونه ميتاً ، وفي هذه الحالة لا تصح دعوى المقر لنفسه بالإجماع .

وهذا هو الحيلة لمن أراد أن يشتري جارية حاملاً ويتحرر[٢] عن دعوى البائع الولد أن يقر أن هذا الولد من فلان الميت ، ثم يشتريها المشتري ، فلا تصح دعوى البائع بعد ذلك .

ولو مكث[٣] المولى بعد إقراره الأول سنة ، ثم قال : هي حامل مني ، فولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار الآخر[٤] ، فهو ابن المولى ثابت النسب منه ؛ لأن دعوة المولى ههنا قد صحت ؛ لأنها لو لم تصح لإقراره[٥] الأول وفي صحة إقراره الأول شكَّ أن هذ الحمل موجود وقت الإقرار الأول ، وصح الإقرار الأول ، وإن لم يكن موجوداً لا يصح ، ولا يصح إقراره الأول بالشك ، وجعل كأنه لم يوجد ، [ولو لم يوجد][٦] الإقرار الأول كانت دعوته صحيحة كذلك ، كذا ههنا ، فإذا أقر أنه زَوَّج أمته رجلاً غائباً وهو حي لم يمت ، ثم جاءت بولد بعد إقراره لستة أشهر ، فادعاه المولى ، فإنه لا يصدق ؛ لأنه حصل مقراً للزوج ، يثبت ما يحدث منها بعد هذا الإقرار لستة أشهر مقتضى إقراره بالنكاح ؛ لأن نسب الولد يثبت من صاحب الفراش ، فقد أقر أن الفراش للزوج ، وقد ذكرنا أن من أقر نسب ولد إنسان ولم يصدقه المقر له ولم يكذبه ، ثم ادعاه المقر لنفسه ، فإنه لا تصح دعواه .

وإذا كانت الجارية بين رجلين ، جاءت بولد[٧] ، فقال أحدهما : إنه ابن صاحبي ، وقال الآخر : إنه ابن صاحبي ، ثم ادعى أحدهما أنه ابنه ، إن ادعى الثاني لا تصح دعوته

---

(١) في (م) : قبل .

(٢) في (هـ) و (ك) : يتحرز .

(٣) في (ك) : ملك .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (م) و (ب) : الإقرار .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) المسألة بنحوها في « الفتاوى الهندية) ٤ : ١٣٠ .

بلا خلاف ؛ لأنه أقر بنسبه الأول ، ولم يكذبه الأول بإقراره أنه للثاني ؛ لأن إقرار الأول كان سابقاً على إقرار الثاني ، والتكذيب ما يكون متأخراً عن الإقرار لا سابقاً عليه ، وإن ادعاه الأول فعلى قول أبي حنيفة : لا تصح دعوته خلافاً لهما ، لأن الثاني يكذب الأول في إقراره لما أقر أنه للأول ، وعند تكذيب المقر له لا تصح دعوة المقر له بعد ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما ، وعتق الولد أيضاً لتصادقهما على حريته ؛ وتكون الجارية أم ولد موقوفة ؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ، ويقرّ به لصاحبه ، ويكون موقوفاً أيهما مات عتقت .

نوع آخر في دعوى الرجل ولد الجارية مع نكاح[١] أمها ودعوى[٢] المولى بيع تلك الجارية منه أو على العكس .

قال محمد - رحمه الله - : وإذا ادعى الرجل أمة في يدي رجل أنه تزوجها ، وأنها ولدت منه هذا الولد ، وقال المولى : بعتكها بألف درهم ، وهذا الولد منك ، قال : هذا الولد ثابت النسب من المستولد ؛ لأنهما تصادقا على ثبات النسب منه ، إلا أنهما اختلفا في سببه ، فالزوج زعم أن سببه ملك النكاح ، والمولى زعم أن سببه ملك اليمين ، والسبب إن لم يثبت لاختلافهما في ذلك يثبت النسب ؛ لأن القضاء بالنسب من غير سبب متعين ممكن ، ألا ترى أنه لو شهد شاهدان أن هذا ابنه ، فإن القاضي يقضي بثبات نسب الولد من المشهود عليه وإن لم يبين سبباً ، وهذا لأن حكم النسب الحرمة ، وهي حرمة المناكحة والنفقة[٣] والميراث ، وهذه الأحكام لا تختلف بأي سبب ما يثبت النسب[٤] ، [ألا ترى أنه لم يشترط بيان النسب[٥]][٦] فلا يشترط بيان النسب في باب المال ، حتى إذا شهد

---

(١) في (ك) : أخ .

(٢) في (ك) : ودعوى المولى .

(٣) في (هـ) : والمنفعة .

(٤) في (هـ) و (ك) : السبب .

(٥) في (هـ) و (ك) : السبب .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

شاهدان أن لهذا الرجل على هذا الرجل ألف درهم ، ولم يبينا سببه ، فالقاضي يقضي بالمال ؛ لأن حكم الوجوب - وهو الإيفاء - لا يختلف باختلاف السبب كذا ههنا .

ويعتق الولد لأنهما تصادقا على حريته فالمولى يزعم أنه علق حر الأصل ، والزوج يقول : إن الولد ملك المولى وقد أقر أنه حر الأصل فهو معنى ؛ قولنا : « إنهما تصادقا على حريته » ، وتصير الجارية أم ولد له لأنهما تصادقا على ذلك ؛ فالمولى يقول : إن الجارية ملك المستولد ، والمستولد يقول : إنها ملك المولى ؛ وإقراره نافذ في حقها ، وقد أقر لها بحق العتق ، فصارت أم ولد للمستولد ، والمستولد ينفيها عن نفسه ، ولا يحل للزوج غشيانها ؛ لأن إباحة الغشيان باعتبار ملك المتعة ، وملك المتعة لا بد له من سبب ، ولم يثبت ملك المتعة عليها ؛ لأن الزوج يدعي الزوجية ، والمولى ينكر ، والمولى يدعي الشراء ، والزوج ينكر ، وباب الحل مبني على الاحتياط ؛ فلهذا قال : لا يسعه أن يقربها ، وكذلك لا يحل للمولى غشيانها ؛ لأن في زعمه أني بعتها ، وتعذر على القاضي فسخ البيع فيها ، لأنها صارت أم ولد ، فلم تعد الجارية إلى ملكي ، فلهذا لا يحل له وطؤها ، قال : وعلى الزوج المهر قضاء عن الثمن ؛ لأنهما اتفقا على مقدار المهر ، فللمستولد أن يقول : لك علي ألف درهم مهراً ، والمولى يقول : لي عليك ألف درهم ثمناً ، فاختلفا في حق سبب الألف ، مع أنهما اتفقا على الألف ، والقضاء بالمال ممكن من غير السبب ، فتجب الألف وإن لم يثبت السبب .

وإن كان المستولد ادعى الشراء ، والمولى ادعى أنه زوجها منه ، وباقي المسألة بحالها ؛ فالولد ثابت النسب منه لأنهما تصادقا عليه على ما مر إن اختلفا في سببه ، والجارية مع الولد رقيقين للمولى بخلاف المسألة الأولى ؛ [لأن في المسألة الأولى][1] أقر بحرية الولد وبحق العتق للجارية ، وفي هذه المسألة المولى ما أقر بذلك إنما أقر به المستولد ، وإقرار غير المالك لا يعمل ، ولا يحل للمستولد وطؤها لأن في زعمه أنه اشتراها والمولى أنكر ذلك ، وفي زعم المولى أنه زوجها منه ، وهو قد أنكر ذلك ، فاختلفا في سبب الحل ،

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

ومع الاختلاف في سبب الحل لا يمكن القضاء بالحل ويحل للمولى وطؤها ؛ [لأن من زعم المولى أنه زوجها ، وقد زال النكاح بتفريق القاضي ، فعادت حلالاً لي ؛ بخلاف المسألة الأولى][1] ؛ لأن هناك في زعم المولى أنه باعها والبيع لم ينفسخ ؛ لأن القاضي عجز عن فسخها ، وإن وجد سبب الفسخ وهو إنكار الآخر ؛ لأنها صارت أم ولد بإقرار المالك .

ولم يذكر في هذه المسألة أن على المستولد الثمن قضاء عن العقر ، وقال في المسألة الأولى : إن على المستولد العقر قضاء عن الثمن ، ولا فرق بين المسألتين من حيث الظاهر ، لأن في المسألة الأولى المستولد أقر عليه ألف درهم مهر هذه الجارية ، وقال صاحب الجارية : لا بل عليه ألف درهم مهرها ، وإنما جاء الفرق لأن في المسألة [الأولى][2] تصادقا على وجوب الألف ديناً في الذمة على ما مر ، وتصادقا على بقاء الألف واجباً في الذمة أيضاً لأن المستولد يقول : علي ألف درهم مهر هذه الجارية ، ولم يسقط ذلك علي بتفريق القاضي ؛ لأن تفريق القاضي حصل بعد الوطء ، والتفريق بعد الوطء في النكاح لا يوجب سقوط المهر ، وصاحب الجارية يقول : وجب لي عليه ألف درهم ثمن هذه الجارية ولم يسقط ذلك لأن القاضي لم يفسخ البيع ، لأن الجارية صارت أم ولد بإقراري ، فقد تصادقا على الوجوب وعلى بقائه ، لكن اختلفا في السبب ، وإنه غير مانع من القضاء بالمال .

أما في مسألتنا هذه : إن تصادقا على سقوط الثمن ؛ لأن صاحب الجارية يقول : إن[3] الثمن لم يكن واجباً لأن الشراء لم يكن ، والمستولد يقول : إن[4] الشراء كان إلا أن القاضي فسخ البيع بعد إنكار الآخر ؛ لأنه لم يجعل الجارية أم ولد بإقراري ، فقد تصادقا

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) غير موجود في (هـ) و (ك) .

(٤) غير موجود في (هـ) و (ك) .

على سقوط الثمن بعد ما وجب بزعم المستولد ، فكأن المستولد لم يقر بالثمن ، ولكن ادعى عليه المولى المهر ، وهو ينكر ، ولو كان كذلك لا يقضي عليه بشيء كذا ههنا .

نوع آخر في دعوى ولد أمة الغير بحكم النكاح وتصديق المولى إياه في ذلك .

قال : أمة في يد[١] رجل ولدت ولداً فادعى ولدها ثم قال : هذه أمة فلان زوجنيها ، وصدقه فلان في ذلك فالمسألة على وجهين :

الأول : أن تكون الأمة معروفة أنها للمقر له ، وفي هذا الوجه الأمة والولد رقيقان للمقر له ؛ لأنه لم يثبت للولد حقيقة بالعتق ، ولا للجارية حق العتق بدعوة المستولد ؛ لما كانت الأمة معروفة بكونها للمقر له ، وإن كانت غير معروفة بأنها ملك المقر له ، فالولد حر ثابت النسب من صاحب اليد ، والأمة أم ولد له لأنها كانت مملوكة له ظاهراً بحكم يده ، فصحت دعوته ، ويثبت للولد حقيقة الحرية وللجارية حق الحرية بناء على هذه الدعوى ، فهو بهذا الإقرار يريد أن يبطل ما ثبت لهما من الحق ، فلا يصدق على [ذلك][٢] ، ولكن يضمن قيمتها لأن إقراره صحيح في حقه ، وقد صار مستهلكاً الجارية عليه بدعوته ، فإنه لولا دعوته لما ثبت لها حق العتق ، فيضمن قيمتها للمقر له بحكم الاستيلاد ، ولايضمن العقر ؛ لأنه ضمن قيمة الجارية وإنه كمال بدلها فلا يضمن ما دونها .

وإن كان لا يعرف أصل هذه الجارية أنها لمن ؛ وقال صاحب الجارية : بعتكها ، وقال أب الولد : زوجتي ، أو كان على العكس فإن الولد ثابت النسب ويكون الولد حراً والجارية أم ولد ، ويضمن أبو الولد قيمتها للمقر له .

---

(١) في (ك) : يدي .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) ، (ب) .

وهذا لما ذكرنا أن الحق قد ثبت للولد والجارية بدعوته من حيث الظاهر ، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال ذلك الحق فلا يقدر عليه ، ويضمن أبو الولد قيمتها لما مر ولا عقر لما مر [هنا][1] أيضاً .

وإن كان يعرف أن الأصل للمقر ، فإنه يأخذ الجارية وولدها مملوكين له ؛ ما خلا خصلة واحدة أن يقر للمقر له أنه باعها من أبي الولد فحينئذٍ لا سبيل له على الجارية ؛ لإقراره بخروجها عن ملكه بالبيع ، ولا يغرم أبو الولد قيمتها في هذا الفصل ؛ لأن احتباسها عند صاحب اليد كان بإقرار المقر له أنه باعها ، ألا ترى أنه لو أنكر ذلك يُمكَّن من أخذها وأخذ ولدها ، وإذا لم يضمن قيمتها في هذه الصورة ضمن العقر لأن العقر فيما تقدم إنما لم يجب لوجوب كمال بدل النفس ، ولم يجب ها هنا بدل النفس ، فيجب العقر والله أعلم .

نوع آخر في الرجل يقر لصبي في يديه أنه ابنه ، وقال ورثته بعد موته : إن أبانا كان زوج هذه الأمة عبده وهذا الولد ولد العبد :

وإذا أقر الرجل بصبي في يديه أنه ابنه من أمته ولد على فراشه ، ثم مات الرجل وطلب الغلام الميراث وادعى أخواه أن أباهم قد كان زوج هذه الأمة عبده قبل أن يلده بثلاث سنين ولدت هذا الغلام على فراش العبد ، فهذا على وجوه :

أحدها : أن يكون الغلام والأمة منكران ذلك ، وفي هذا الوجه لا تقبل بينتهم ؛ لأنهم بهذه البينة لا يثبتون لأنفسهم حقاً ، إنما يثبتون النسب للعبد ، وهو مكذب جاحد لهم ، وإثبات الحق لمن ينكر ثبوته ممتنع لأن غرضهم من هذه البينة نفي نسب هذا الولد عن المولى حتى لا يزاحم في الميراث ، والبينة على النفي لا تقبل .

الوجه الثاني : إذا كان الغلام والأمة يدعيان ذلك ، وفي هذا الوجه تقبل بينتهما لأنهما بهذه البينة يثبتان الحق لأنفسهما وهو النكاح على الميت ، ويعتق الغلام وتصير الجارية أم ولد له ، وإقراره حجة عليه ، فبعد ذلك إن كان

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

هذا الإقرار من المولى في صحته يعتبر العتق من جميع المال ، وإن كان في مرضه يعتبر من الثلث .

الوجه الثالث : إذا ادعى الغلام ذلك وفي هذا الوجه تقبل هذه البينة ، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعى الغلام والأمة ذلك جميعاً ، وكذلك إذا ادعت الأمة التزويج تقبل بينتها ؛ لأنها تثبت حقاً لنفسها .

قال : ولو كان العبد غائباً حال ما أقامت الورثة البينة ، توقف حكم هذه البينة حتى يحضر العبد ؛ لأنه ربما يدعي فتقبل البينة وربما ينكر فلا تقبل هذه البينة ، فإذا حكم قبول هذه البينة يختلف بدعواه وإنكاره ، يجب التوقف إلى وقت حضوره . والله أعلم[١] .

نوع آخر في الجارية المشتركة إذا جاءت بولد وادعاه المولیان ما يجوز لأحدهما عليه من البيع أو الشراء أو غير ذلك ، ويدخل فيه ما إذا مات أحد الولدين أو كلاهما وترك وصياً واحداً :

هذا النوع يبتني[٢] على أصول :

أحدها : أن النسب مما يمكن إثباته من غير الواحد حتى أن الأمة إذا كانت بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعاً ، يثبت النسب منهما . والأصل في ذلك : ما روي أن شريحاً[٣] رضي الله عنه كتب إلى عمر رضي الله عنه سأله عن أمة بين رجلين جاءت

---

(١) قوله (والله أعلم) غير موجود في (ك) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) أبو أمية ، شريح بن الحارث بن قيس الكندي ، قاضي الكوفة الفقيه.

يقال : له صحبة ، ولم يصح ، بل هو ممن أسلم في حياة النبي ﷺ وانتقل من اليمن زمن الصديق .

حدث عن عمر وعلي ، وعبد الرحمن بن أبي بكر . وهو نزر الحديث .

وحدث عنه : الشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين ، وغيرهم . وثقه يحيى بن معين .

قال أبو إسحاق الشيباني ، عن الشعبي ، قال : كتب عمر إلى شريح : إذا أتاك أمر في كتاب الله، فاقض به ، فإن لم يكن في كتاب الله وكان في سنة رسول الله ﷺ فاقض به ، فإن لم يكن فيهما، فاقض بما قضى به أئمة الهدى ، فإن لم يكن فأنت بالخيار ، إن شئت تجتهد رأيك ، وإن شئت تؤامرني ، ولا أرى مؤامرتك إياي إلا أسلم لك .

صح أن عمر ولاه قضاء الكوفة ، فقيل : أقام على قضائها ستين سنة . وكان يقال له : قاضي المصرين . وكان شاعرًا قائفا. وقال له علي رضي الله عنه : اذهب فأنت أقضى العرب .

توفي سنة ٧٨ وقيل ٨٠ فعاش ١١٠ أو ١٠٨ .

المترجمون له كثرة بالغة ، واقتصرت على ترجمة الحافظ الذهبي في « السير » ٤ : ١٠٠ .

بولد فادعياه جميعاً ، فكتب إليه في الجواب : هو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للثاني منهما[١] .

وهكذا روي عن علي ﷺ[٢] رجوعاً عما قال في الابتداء أنه قال : يقرع بينهما[٣] . وهما نصا بثبوت الولد منهما ، ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فكان إجماعاً .

وفي الحقيقة الأب أحدهما ؛ لأن الأبوة بسبب الانخلاق من مائِهِ ، والولد مخلوق من ماء أحدهما لا من مائهما ؛ لأن الولد لا يتخلق من ماء الذكرين إلا أن النسب عينه ليس بمقصود ، وإنما المقصود أحكامه ، ولا تنافي في حق الأحكام ، وقد وجد الدليل المقتضي لذلك في حق كل واحد منهما ، ولا ترجح لأحدهما على الآخر ، فيعمل به في حق كل واحد منهما في حق الأحكام ، فبعد ذلك : ما كان قابلاً للانقسام والتجزء [من أحكام النسب يثبت بينهما مشتركا ، وذلك كولاية التصرف في المال وما أشبهه ، وما لا يكون[٤] (قابلاً)[٥] للانقسام والتجزء][٦] يثبت لهما جميعاً لكل واحد كملاً، وذلك كولاية الإنكاح وما أشبهه ، هذا هو الأصل فيما لا يتجزأ ، فإذا دل الدليل على ثبوته لشخصين .

---

(١) لم أعثر عليه أنه من سؤال شريح القاضي لعمر ﷺ ، لكن حُكْمَ عمر فيه أخرجه البيهقي في « معرفة السنن والآثار » في كتاب الدعوى ، باب القافة ودعوى الولد ١٤: ٣٦٩ ، برقم ٢٠٣٣٠ .

(٢) في (ك) : عليه السلام .

(٣) إقراع علي ﷺ بينهم أخرجه البيهقي في « معرفة السنن والآثار » في كتاب الدعوى ، باب القافة ودعوى الولد ١٤: ٣٧٢ ، برقم ٢٠٣٤٦ و٢٠٣٤٧ .

وأما القضاء الثاني لعلي ﷺ : ففي « مصنف عبد الرزاق » ٧: ٣٥٩ .

(٤) في (ك) : وما يكون .

(٥) ما بين قوسين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

وأصل آخر أن ولاية الوصي تنفذ بقدر ولاية الموصي ؛ لأنه يستفيد الولاية من جهة الموصي إذ الإيصاء إقامة الوصي مقام نفسه بعد الموت في حق ولاية التصرف ، فينتقل إلى الوصي ما له من الولاية عند الموت .

وأصل آخر وهو أن الولاية نوعان :

ولاية التصرف والمصالح وهي عامة .

وولاية الحفظ : وهو قاصرة ، وتخص بما يفتقر إلى الحفظ والتحصين[١] ، وولاية التصرف ولاية حفظ ، فإن من ملك التصرف في شيء يملك حفظه ؛ إذ التصرف لا يتأتي بدون الحفظ فما دام ولاية التصرف ثابتة لأحد [كان له ولاية الحفظ ، فلا ضرورة إلى إثبات ولاية الحفظ لغيره مفرداً ، وإذا لم تكن ولاية التصرف ثابتة لأحد][٢] مست[٣] الضرورة إلى إفراد ولاية الحفظ بالإثبات فيجب إثباتها ، وسنقرر هذه الجملة في خلال المسائل إن شاء الله تعالى .

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله[٤] : جارية بين رجلين جاءت بولد ، فادعياه جميعاً يثبت النسب منهما لما مر في أصل الباب ، وصارت الجارية أم ولد لهما ، فلو أنهما أعتقا الجارية فاكتسب اكتساباً ، ثم ماتت وأوصت إلى رجل فلم تيدع وارثاً غير ابنها هذا ، وهو صغير لم يبلغ ؛ كان ولاية التصرف في مال الولد ، وحفظه للوالدين لا لوصي الأم .

أما ولاية التصرف : فلأن وصي الأم قائم مقام الأم يستفيد الولاية من جهة الأم ، ولم يكن للأم ولاية التصرف في مال الولد حال حياتها ، وإنما الولاية للأبوين فكيف ينتقل إلى وصيها ؟!

---

(١) في (ك) و (ب) : التخصيص .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) : يثبت وفي (ب) : مثبت .

(٤) عزاه الإمام ابن نجيم في « البحر الرائق » ٨ : ٥٢٥ إلى محمد في « الزيادات » .

وأما ولاية الحفظ : فلأنه محفوظ بولاية الأبوين تبعاً لولاية التصرف ؛ فلا حاجة إلى إفراد[١] ولاية الحفظ بالإثبات ، فإن غاب الوالدان[٢] ظهر الآن ولاية الوصي ، فيثبت له ولاية الحفظ ؛ لأنه مست الحاجة إليه ، وللأم ولاية حفظ مال الصغير في هذه الحالة ، فكذا لمن قام مقامها ، ولكن إنما يثبت له الولاية فيما ورث الصغير من الأم ، وفيما كان للصغير قبل موت الأم ، وفيما كان للصغير لا في مال يحدث للصغير بعد ذلك ، وهذا لأن وصي الأم استفاد الولاية من جهة الأم ، فتتعذر ولايته بقدر ما كان للأم والذي كان للأم هذا القدر ، وكما[٣] يثبت له ولاية الحفظ يثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ ، نحو بيع المنقول وما يتسارع[٤] إليه الفساد ، وهذا لأن المنقول وما يتسارع إليه الفساد مما يترادف عليه[٥] أسباب التوى[٦] والتلف ، وبالبيع يقع الأمن عن بعضها ، وكان البيع من باب الحفظ فملكه من حيث إنه حفظ ، ألا ترى أن الأم ملكت ذلك حال غيبة الأبوين ؛ وإنما ملكت من حيث إنه حفظ .

وليس له أن يبيع العقار ولا أن يصرف الدراهم والدنانير ؛ أما العقار فلأنها محصنة بنفسها لا يخشى عليه التوى والتلف ، فلا يكون بيعها من جملة الحفظ لتملكه من حيث إنه حفظ ، ألا ترى أن الأم لا تملك بيع العقار ، وصرف الدراهم والدنانير للصغير حال غيبة الأبوين ، وإنما لم يملكه لما قلنا .

وإن غاب أحد الأبوين والآخر حاضر[٧] ، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن عندهما أحد الأبوين لا ينفرد بالتصرف إلا في أشياء معدودة على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وكأن غيبة أحدهما كغيبتهما ، فيثبت لوصي الأم ولاية الحفظ ،

---

(١) في (ب) : إقرار .

(٢) في (هـ) : الوالدان .

(٣) في (م) : ولا .

(٤) في (ب) : يتنازع .

(٥) في (م) : يتسارع إليه .

(٦) أي الهلاك . « المعجم الوسيط » ١ : ١١١ .

(٧) المسألة في « البحر الرائق » لابن نجيم ٨ : ٥٢٦ مختصرة .

وما كان من باب الحفظ ، وعند أبي يوسف : أحد الأبوين ينفرد بالتصرف ، فكان حضرة أحدهما كحضرتهما ، فيكون ولاية التصرف في مال الصغير وحفظه للوالد الحاضر لا لوصي الأم .

فوجه قول أبي يوسف في ذلك : أن سبب الولاية النسب ، والنسب يثبت من كل واحد منهما بالتزويج ، ولهذا لو ماتا يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، وإذا ثبت النسب من كل واحد منهما كملاً ، فقد تفرد كل واحد بسبب الولاية فينفرد بالولاية .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد في ذلك : أن الأب أحدهما : على الحقيقة ؛ والآخر : أجنبي حقيقة لما[١] ذكرنا ، ولهذا لو مات يرثانه ميراث أب واحد ؛ لأنه لو تفرد أحدهما بالتصرف ربما يكون التصرف في مال الصغير غير الأب وإنه لا يجوز ، كانت قضية[٢] ما ذكرنا أن لا ينفرد كل واحد منهما بالتزويج لكنا تركنا هذه القضية ، ثم بضرورة أن النكاح لا يتجزأ ، فإذا دل الدليل على ثبوته لهما ، وإنه لا يتجزأ ثبت لكل واحد كملاً ضرورة وهذه الضرورة معدومة في التصرف في المال ، لأن التصرف في المال يتجزأ ؛ لأن محله متجزئ ، وإذا دل الدليل على ثبوته لهما أثبتنا مشتركاً بينهما ، وشرطنا اجتماعهما حتى لا يكون المتصرف[٣] في مال الصغير غير الأب ، وإنما ورث هذا الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، وورثا منه ميراث أب واحد ، لأن الأب أحدهما على الحقيقة ، وكل واحد منهما أقر أنه ابنه وأنه أبوه ، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح ولنفسه باطل ، ففيما يرجع إلى استحقاق الابن هذا إقرار على نفسه فكان صحيحاً ، وكان استحقاق الابن بحكم الإقرار وقد أقر كل واحد منهما أنه ابنه ، فكان له من كل واحد منهما ميراث ابن كامل .

---

(١) في (م) : كما .

(٢) في (م) و (ب) و (ك) : قصة .

(٣) في (م) و (ب) : التصرف .

أما فيما يرجع إلى استحقاق الأب بناءً على الحقيقة لا بحكم الإقرار ، في الحقيقة الأب واحد منهما ، فثبت استحقاق ميراث [ابن][(١)] واحد ، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيكون ذلك بينهما .

قال : ولو مات أحد الولدين[(٢)] بعد موت الأم ولم يدع وارثاً غير هذا الصغير ، وأوصى إلى رجل والولد[(٣)] الآخر حاضر ، فالميراث كله للصغير ، وولاية التصرف في التركتين للأب الباقي لا لوصي الولد الميت ، ولا لوصي الأم ، لما روينا من حديث[(٤)] عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو للباقي[(٥)] منهما ، وليس المراد من خلوص النسبة [إلا][(٦)] خلوص أحكام النسبة ، ومن أحكام النسبة الولاية ، ولأنا إنما أثبتنا الأبوة في حقهما لمكان المزاحمة وعدم الأولوية ، والذي مات زالت مزاحمته والحي يدعي الولد ، فتقرر الأبوة عليه أولى بالأولوية من غيره .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا أوصى إلى رجلين ثم مات أحد الوصيين فأوصى إلى رجل ؛ فإن وصي[(٧)] الميت يزاحم الوصي الحي في التصرف ، وههنا وصي الوالد الميت لا يزاحم الولد الحي في التصرف ، والفرق في مسألة الوصيين أن الإيصاء من الميت قد صح ؛ لأن بالموت لا يتبين أنه لم يكن وصياً ، وللوصي ولاية الإيصاء فصح الإيصاء ، وقام الوصي مقام الميت ، وقد كان للميت حال حياته أن يزاحم الوصي الآخر في التصرف ؛ فكذا لمن قام مقامه ، وفي مسألتنا الإيصاء من الميت لم يصح ؛ لأن بعد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و(ك) .

(٢) في (هـ) و (ب) : الوالدين .

(٣) في (هـ) و (ك) و (ب) : والوالد .

(٤) يريد أثر شريح عن عمر المتقدم ص ٧٠٤ ، والمؤلف عبّر هنا عن الأثر الوارد عن صحابي بالحديث ، وهذا رأي معتبر عند بعض علماء المصطلح . كما في « شرح نخبة الفكر » للملا علي القاري ص١٥٤ .

(٥) في (م) : الباقي .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٧) في (هـ) : فإن وصي وصي الميت . وفي (ب) : الوصي .

موت أحدهما يتعين الباقي أباً ، ويخرج[١] الميت من أن يكون أباً ، فتبين أنه لم يكن للميت ولاية الإيصاء ، فلم يصح الإيصاء ، فلا يثبت له حق المزاحمة .

قال : ولا يضم القاضي إلى الوالد الباقي وصياً ليتصرف هو معه .

(والفرق)[٢] بين هذا وبين الوصيين ؛ إذا مات أحدهما ، فالباقي لا ينفرد بالتصرف عند أبي حنيفة ومحمد [رحمهما الله][٣] بل يضم القاضي إليه وصياً آخر ليتصرف معه .

والفرق : وهو أن الأب يتصرف لمعنى في نفسه ، فإن الأبوة علة مفيدة لولاية التصرف ، لكن لا ينفرد أحدهما بالتصرف حال حياتهما ؛ لأن أحدهما لم يتعين أبا ، وبعد موت أحدهما تعين الباقي أباً ، فينفرد بالتصرف ، فأما الوصي فلا يتصرف لمعنى في نفسه ، إنما يتصرف بحكم التفويض والمفوض لما فوض التصرف إلى المثنى ، فقد رضي برأي المثنى ، [والراضي برأي المثنى][٤] لا يكون راضياً برأي الواحد ، فيضم القاضي إلى الحي وصياً آخر ليكون المتصرف مثنى ؛ طلباً لرضى المفوض بقدر الإمكان .

قال : وإن كان الوالد الباقي غائباً كان لوصي الأم حفظ ما ترك للأم ، وما كان من باب الحفظ ، أما وصي الأم فلأنه قائم مقام الأم ، وقد كان للأم حفظ مال الصغير حال غيبة الوالد فكذا لمن قام مقامها ، وأما وصي الوالد الميت ، فلأن حكم الأبوة وإن بطلت بالموت فولاية الحفظ لم تبطل ، وهذا لأن بالموت إن تبين أن الميت لم يكن أباً لم يتبين أن الصغير لم يكن في عياله ، فلا يتبين أنه لم يكن له ولاية الحفظ ، فيصح الإيصاء في حق الحفظ ، إن لم يصح في حق ولاية التصرف قام[٥] الوصي مقام الميت في حق

---

(١) في (م) : مخرج .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زياد من (هـ) و في (ب) : رحمه الله .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) في (هـ) و(ك) : وقام .

الحفظ ولا يتعدى حفظ كل وصي إلى التركة الأخرى ؛ لأن تعديه إلى التركة الأخرى باعتبار الولاية على الصغير ، وليس لواحد من الوصيين ولاية مطلقة على الصغير .

وإن مات الوالد الباقي بعد ذلك وأوصى إلى رجل فوصيّه يكون أولى بمال الصغير من وصي الأب الذي مات [أولاً ومن وصي الأم ، لأن الوصي قائم مقام الموصي ، والولي الباقي في حال حياته كان أولى بمال الصغير ، فكذا وصيّه بعد وفاته . فإن كان للأب الذي مات أولاً أباً هو جد هذا الغلام ؛ والمسألة بحالها ، فوصيُّ الأب الذي مات][1] آخراً [أولى بالتصرف في مال الصغير ، وكذلك لو كان الأب الذي مات آخراً][2] أباً هو جد هذا الغلام كان وصيّه أولى من أبيه ، وإنما كان وصي الأب الذي مات آخراً أولى من أبيه ؛ لأن الوصي قائم مقام الموصى ، وقد كان الأب الذي مات آخراً حال حياته أولى من أبيه ، فكذا من قام مقامه ، وإن كان أولى من أب الميت الذي مات آخراً مع أنه استقرت أُبوَّة فلان يكون أولى من أب الميت الذي مات أولاً ، وقد بطلت أبوته بالموت كان أولى .

وإن مات وصي الأب الذي مات آخراً وأوصى إلى غيره وباقي المسألة بحاله فوصيُّته أولى ممن سَمَّينا ؛ لأنه قائم مقام الموصي ، وقد كان الموصي حال حياته أولى ، فكذا وصيته بعد الموت .

وإن مات وصي الأب الذي مات آخراً ولم يوص إلى أحد ، أو كان الأب الذي مات آخراً لم يوص إلى أحد ، وقد ترك الأب الذي مات أولاً أباً هو جد هذا الغلام ووصياً ، فأب الأب الذي مات أولاً [أولى من وصيته ، وفي هذا الفصل نوع إشكال : وهو أن الذي مات أولاً إما أن تبطل أبوته وولايته بموته أو لا تبطل ، إن بطلت تبطل الجدودة كما تبطل الوصاية ، وإذا لم تبطل الوصاية فقد اجتمع وصي الأب مع جد الغلام ، فتكون الولاية للوصي .

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

والجواب أن نقول : أبوة الذي مات أولاً][1] بطلت في حق الوصاية ، أما لم تبطل في حق الجدودة .

بيانه : وهو أن السبب[2] الثاني كما أثبت الأبوة للأبوين أثبت الجدودة لأبويهما ثبوتاً واحداً ، فكانت ولاية الجد نسب قائم به وهو القرابة لا بتفويض الأب ، فلا تبطل ببطلان ولاية الأب ، لكن لم تظهر ولاية الجد حال قيام الأب أو وصيه ، فإذا ماتا ظهرت ولايته ، أما ولاية الوصي بسبب تفويض الأب لا بسبب قائم به ، فإذا بطلت ولاية الأب بطلت ولاية الوصي ضرورة .

فإن مات الوالدان أحدهما[3] قبل الآخر ولكل منهما أب ، وأوصى كل واحد منهما إلى رجل ، إن لم يعرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً ، فولاية التصرف في المالين للوصيين جملة ؛ لأنه لما لم يعرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً يجعل كأنهما[4] ماتا معاً ، وإن ماتا معاً كانت ولاية التصرف في المال للوصيين ؛ لأنه لم يظهر بطلان أبوة أحدهما لما ماتا معاً ، فالإيصاء من كل واحد منهما حصل وله ولاية الإيصاء فصح ، ونُزِّل الوصيان بعد موت الأبوين بمنزلة الأبوين حال حياتهما ، وإن عرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً ؛ فولاية التصرف في المال لوصي الذي مات آخراً ؛ لأنه وصيُّ أب استقرت أبوته ، والآخر وصيُّ أب بطلت أبوته على ما ذكرنا .

وإن مات هذا الوصي ولم يوصِ إلى أحد ، أو مات الأب الذي عرف موته آخراً ولم يوصِ إلى أحد وباقي المسألة بحالها ؛ فولاية التصرف في المال للجدين ، لا ينفرد أحدهما بمنزلة الأبوين في الابتداء بخلاف الوصيين ، فإن وصى الأب الذي مات أولاً لا يزاحم وصي الأب الذي مات آخراً في التصرف .

---

(١) مابين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) : النسب .

(٣) في (م) و (ب) : فإن مات أحد الوالدين قبل الآخر .

(٤) في (ب) : أنهما .

والفرق : أن الوصي نائب عن الموصي استفاد الولاية من جهته ، وبموت الذي مات آخراً ، فأما الجد أصل وليس بنائب[١] ؛ والولاية[٢] له بسبب القرابة ، لا بطريق الانتقال والتفويض ، وقرابة الجدين قائمة للحال بصفة واحدة فاستويا في سبب الولاية ، فزاحم كل واحد منهما صاحبه .

قال : وإن وهب لهذا الغلام هبة والأبوان حيان ؛ فقبل أحدهما جاز ، أما على قول أبي يوسف فلأن كل واحد منهما ينفرد بجميع التصرفات ، وأما على قولهما فلأن قبول الهبة لا يفتقر إلى الولاية ، ألا ترى أنه صح من المحجور ومن الذي يقول الصغير ويحفظه ، قال عليه [الصلاة و][٣] السلام : « من عال يتيماً فله قبض هباته »[٤] .

والفقه في ذلك : أن قبول الهبة نفع محض ، وما كان نفعاً محضاً لا تفتقر صحته إلى الولاية ، وكذا لو وهبه أحدهما وأشهدا على ذلك جاز لما قلنا ، ويكتفي بقبضه القائم ؛ لأن قبض القائم ينوب عن قبض الهبة لكونها قبض أمانة ، فلا حاجة إلى تحديد القبض .

وقوله : وأشهد على ذلك ليس على وجه الشرط ، فالهبة صحيحة بدون الإشهاد ، لكن الإشهاد ليعلم الهبة ؛ فلا ينازع الوارث الصبي فيها بعد موت الأب ، ولو زوجه أحدهما وهما حاضران جاز بلا خلاف ، والعذر لأبي حنيفة ومحمد [رحمهما الله] [٥] : أن ولاية الإنكاح لا تقبل الشركة على ما مر ، فإذا ثبت لهما ثبت لكل واحد كَمَلا ، ولا كذلك ولاية التصرف في المال لأنها قابلة للشركة ، فلا يثبت لكل واحد كَمَلا ، ولا خيار للغلام إذا بلغ لأن الزوج أب .

وكذلك لو ادعى أحدهما للصغير شيئاً ؛ جاز بلا خلاف لأن حالهما لا يكون أضعف من حال الوكيلين ، ولأحد الوكيلين أن يتفرد بالخصومة فالأب أولى .

---

(١) في (م) و (ب) : بثابت .

(٢) في (م) و (ب) : الولاية .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) لم أعثر عليه فيما لدي من المراجع .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

وكذلك لو وجب على الصغير مال لرجل فقضاه أحدهما جاز بلا خلاف ، [لأن قضاء الدين ليس من باب الولاية ، ألا ترى أن صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه أخذه ، وألا ترى أن أحد الوصيين يملك ذلك بلا خلاف][1] .

وكذلك لو اشترى أحدهما للصغير ما لا بد منه له حال حياته كالطعام والكسوة ، وبعد موته كالكفن وما أشبه ذلك جاز بلا خلاف لأن أحد الوصيين يملك ذلك بلا خلاف فأحد الأبوين أولى ، ولأن في اشتراط اجتماعهما إضراراً بالغلام والضرر منتفٍ .

ولو اشترى أحدهما للصغير شيئاً بمال الصغير (وله)[2] منه بد ، أو باع شيئاً من ماله وله منه بد فهو على هذا الاختلاف الذي ذكرنا ، على قول أبي يوسف : يجوز ، وعلى قولهما : لا يجوز .

وكذلك لو قبض أحدهما ديناً وجب للصغير فهو على الخلاف ؛ لأن في قبضه معنى المبادلة ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها على ما عرف من موضعه وتفرد أحدهما بالمبادلات على الخلاف ، بخلاف قضاء الدين لأن لصاحب الدين أن يمد يده فيأخذه فقضاؤه يكون معونة ولا يكون مبادلة .

وكل جواب عرفته في الأبوين من المتفق والمختلف فهو الجواب في وصيهما .

أما إذا ماتا معاً أو مات أحدهما قبل صاحبه ولا يدرى الذي مات أولاً لأنهما قاما مقام الأبوين فكان حكمهما حكم الأبوين إلا في ولاية التزويج ، فإن الوصي لا يملك التزويج على ما عرف في موضعه .

ولو جُنَّ أحد الوالدين جنوناً مُطْبِقاً[3] كانت الولاية للوالد الآخر ، لأن الجنون المُطَبِق بمنزلة الموت في حق بطلان الولاية .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٣) أي تاماً في جميع أوقاته لا يفيق منه .

وإن كان يجن ويفيق فهو بمنزلة الصحيح ، وهذا الجنون بمنزلة الإغماء ؛ فلا يوجب انقطاع الولاية كالإغماء .

تكلَّمُوا في حد[١] المطبق[٢] بعضهم قدروا بأكثر السَّنة وهو مروي عن أبي يوسف ، وبعضهم قدروه بالشهر وهو قول محمد أولاً ، ثم رجع وقدَّره بسنة كاملة .

وذكر الناطفي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنهما قدراه بالشهر .

وإذا عرفت المطبق[٣] فما دونه يفسر[٤] ما قاله في « الكتاب » [٥]أنه يجن ويفيق .

نوع آخر يتصل بهذا النوع :

الذي يجب اعتباره في هذا النوع أن دعوة الوالد إذا تعذر اعتبارها دعوة الاستيلاد تعتبر دعوة التحرير [لأن في دعوة الاستيلاد][٦] ما في دعوة التحرير وزيادة ؛ لأن دعوة الاستيلاد يوجب النسب والحرية وأمومية الولد ، ودعوة التحرير توجب النسب [والحرية][٧] ولا توجب أمية الولد ، فعند تعذر اعتبارها في جميع موادها يجب اعتبارها في بعض موادها تصحيحاً للتصرف بقدر الممكن ، وإذا اجتمع دعوة الاستيلاد ودعوة التحرير فدعوة الاستيلاد أولى ؛ لأنها سابقة حكماً ؛ لأنها مستندة إلى وقت العلوق ، ودعوة التحرير تقتصر على الحال ، ولو كانت سابقة حقيقة ، كانت أولى ، فكذا إذا كانت سابقة حكماً .

---

(١) في (هـ) : حق .

(٢) في (م) و (ب) : المطلق .

(٣) في (ك) : المطلق .

(٤) في (هـ) و (ك) : تفسير .

(٥) يريد الإمام محمد بن الحسن الشيباني في كتابه « الأصل » .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

قال محمد رحمه الله في « الزيادات »[1] : جارية بين رجلين فولدت لستة أشهر فصاعداً منذ ملكاها ، فجاءت بولد آخر بعد ذلك لستة أشهر فصاعداً منذ ولدت الأول ، فقال أحد المولِيين : الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي ، فهذا على وجهين : إما صدقه شريكه في ذلك أو كذبه .

فإن صدقه يثبت نسب الولد الأصغر من المدعي الأصغر ، وتصير الجارية أم ولد لمدعي الأصغر ، وضمن مدعي الأصغر لشريكه نصف قيمة الجارية موسراً كان أو معسراً ؛ ويضمن نصف عقرها أيضاً ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً ، ويثبت نسب الولد الأكبر من مدعي الأكبر ، وعلى مدعي الأكبر نصف قيمة الأكبر لشريكه ، ونصف عقر الجارية .

أما ثبوت نسب الأصغر من مدعي الأصغر ؛ لأن نصف الجارية ملكه ، والملك الناقص يكفي لصحة دعوة الاستيلاد ، فصحت دعوة مدعي الأصغر ، ويثبت نسب الولد الأصغر ، وأما صيرورة الجارية أم ولد لمدعي الأصغر لأن أمومية الولد تترتب على ثبات النسب ، وقد ثبت نسب الأصغر منه ، وصار هو متملكاً نصيب شريكه من الجارية ؛ لأن الاستيلاد لا يحمل الوصف بالتحري ، وإذا ثبت في البعض ثبت في الكل ضرورة ، ومن ضرورة ثبوته في الكل تملك نصيب الشريك .

وأما ضمان نصف قيمة الجارية لشريكه موسراً كان أو معسراً لما ذكرنا أنه تملك نصيب شريكه فهذا ضمان التملك ، وضمان التملك لا يختلف باختلاف اليسار والعسار ، ويضمن نصف عقرها ؛ لأنه حين وطئها فنصفها ملك الغير ، وهذا لأن مدعي الأصغر وإن تملك نصف شريكه من الجارية إلا أنه تملكها حكماً للاستيلاد ، وحكم الشيء يثبت بعده ، فلا يتبين أن أول الوطء ما صادف الجارية المشتركة ، وهذا بخلاف استيلاد الأب

---

(١) النص مع اختلاف يسير في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢١ . وهو قبل ذلك في « شرح الزيادات » لقاضي خان ٤ : ١٢٩٧ ، و« المبسوط » للسرخسي ١٧ : ١٢٦ .

جارية ابنه فإنه لا يوجب العقر على الأب أصلاً ؛ لأن الأب يملك الجارية سابقاً عن الاستيلاد شرطاً لصحته فيتبين[١] أنه استولد ملك نفسه ، وكان الفقه فيه أنه ليس للأب في جارية الابن ما يكفي لصحة الاستيلاد ، فلم يثبت التملك مقتضى للاستيلاد سابقاً عليه شرطاً لصحته ، وإنما يثبت التملك حكماً للاستيلاد ، والتقريب ما ذكرنا .

ولا يضمن شيئاً من قيمة الأصغر لشريكه ، لأن دعوته في حق الأصغر دعوة الاستيلاد ، ولهذا صارت الجارية أم ولد له ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، وأنه كان [ما][٢] ههنا لا قيمة له ، فلم يستهلك على الشريك شيئاً له قيمة ، فلهذا لا يضمن .

فإن قيل : ينبغي أن يضمن مدعي الأصغر جميع العقر ، ولا يضمن شيئاً من قيمة الجارية ؛ [لأنهما تصادقا أن استيلاد مدعي الأكبر إياه سابقٌ ، وأن الجارية صارت أم ولد لمدعي الأكبر ، فمدعي الأصغر استولد أم ولد الغير وأنه يوجب جميع العقر ، ولا يوجب شيئاً من قيمة الجارية][٣] .

قلنا : القاضي حين قضى بكون الجارية أم ولد لمدعي الأصغر فقد كذبهما فيما تصادقا فسقط اعتبار تصادقهما والتحق بالعدم ، ولو انعدم تصادقهما كان الجواب كما قلنا ؛ فههنا كذلك ، هذا هو الكلام في مدعي الأصغر .

أما الكلام في مدعي الأكبر : فإنما يثبت نسب الأكبر منه لأنهما تصادقا على ثبات نسبه منه ، ولو تصادقا على ثبات نسبه من أجنبي يدعي نسبه يثبت نسبه منه ، فههنا أولى ، ويضمن مدعي الأكبر نصف قيمة الأكبر لشريكه إن كان موسراً أو معسراً سعى[٤] الأكبر

---

(١) في (هـ) و (ك) : فتبين .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) في (م) و (ب) : ينبغي .

في نصف قيمته له لأن دعوته في الأكبر ليست دعوة استيلاد ؛ لأنا لو جعلناها دعوة استيلاد تصير الجارية أم ولد لمدعي الأكبر وقد جرى الحكم بكون الجارية أم ولد لمدعي الأصغر ، وإنه يوجبه خروج الجارية من أن يكون محلاً للاستيلاد في حق مدعي الأكبر ، ودعوة الاستيلاد إنما تعمل في محلها فيتعذر أن تجعل دعوته دعوة استيلاد ، فجعلناها دعوة تحرير لما مر في ابتداء هذا النوع ، فيصير مدعي الأكبر معتقاً للأكبر وهو مشترك بينهما .

والحكم في العبد المشترك بين رجلين أعتقه أحدهما أن يضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسراً ويبيع الغلام في النصف إن كان معسراً ، ولا تصير الجارية أم ولد لمدعي الأكبر دون الأصغر ، لأن مدعي الأصغر مع مدعي الأكبر لما تصادقا على كون الأكبر ابناً لمدعي الأكبر ، فقد تصادقا أن استيلاد مدعي الأكبر سابقاً ، أن الجارية خرجت من أن يكون محلاً للاستيلاد في حق مدعي الأصغر .

قلنا : حين قال : مدعي الأصغر « ابني » فقد أقر على نفسه ووجد هذا الإقرار نفاذاً عليه لوجود المنفذ منه وهو الملك في النصف ، وإقرار الإنسان على نفسه إذا وجد نفاذاً عليه ينفذ ولا يتوقف على تصديق الغير فنفذ إقراره ، وصارت الجارية أم ولد له ، فمدعي الأكبر إنما يدعي أمية الولد بعدما ثبت أمية الولد في حق مدعي الأصغر فلم تصح ، أو نقول : بأن مدعي الأصغر حين قال : « الأصغر مني » فقد أقر بثبات نسب الأصغر وتكون الجارية أم ولد له من وقت العلوق بالأصغر ، فبعد بذلك بقوله : « الأكبر شريكي » يريد إبطال أمية الولد في حقه وليس له هذه الولاية فصار وجود هذه المقالة والعدم بمنزلة .

ولو لم يقل الأكبر : « ابني شريكي » ؛ تصير الجارية أم ولد له ، فلا تصح دعوى أمية الولد بعد ذلك من مدعي الأكبر وكذا ههنا ؛ ويضمن مدعي الأكبر نصف العقر لمدعي الأصغر لأنه أقر بوطئها في حال كانت مشتركة بينهما .

هذا إذا صدقه شريكه ، فأما إذا كذبه شريكه فالجواب في حق مدعي الأصغر ما ذكرنا فلا نعتد ، ويصير في حق مدعي الأصغر كأنه ادعى نسب الأصغر وسكت فلا يثبت نسب الأكبر من واحد منهما ؛ لأن مدعي الأصغر أقر بنسب الأكبر لشريكه ؛ وشريكه ينفيه عن نفسه ولكن يعتق الأكبر ويكون حكمه حكم عبد مشترك بين اثنين شهد أحدهما على صاحبه بالعتق ، وصاحبه منكر ؛ لأنه لولا قول مدعي الأصغر للأكبر « ابن شريكي » لكان الأكبر عبداً ؛ وإنما حكم بعتقه بإقراره بنسبه لشريكه فيكون[١] العبد لهما في قيمته عند أبي حنيفة على كل حال ، ويسعى للشاهد إن كان المشهود عليه معسراً ولا يسعى إن كان موسراً [عندهما][٢] ، وهو خلاف معروف في الأصل كذا[٣] ههنا .

هذا الذي ذكرنا كله إذا كان قال أحد المولِيين : « الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي » ، فأما إذا قال : « الأكبر ابن شريكي والأصغر ابني » فهذا على وجهين أيضاً : إن صدقه شريكه في ذلك أو كذبه ، فإن صدقه ثبت نسب الأكبر من الشريك المصدق وصارت الجارية أم ولد له ، وضمن لمدعي[٤] الأصغر نصف قيمتها ، ونصف عقرها موسراً كان أو معسراً ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً ، وصار الشريك المصدق في هذا الفصل نظير مدعي الأصغر في الفصل الأول ، أما بيان نسب الأكبر فظاهر ، وأما صيرورة الجارية أم ولد للشريك المصدق باعتبار أن تصديقه يستند إلى وقت الإقرار فأوجب نفاذ الإقرار من وقت وجوده ، فصارت دعوة الشريك المصدق للأكبر سابقة من حيث المعنى ، وأما ضمان نصف قيمة الجارية وضمان نصف العقر وعدم ضمان قيمة الولد فلما ذكرنا .

والقياس : أن لا يثبت نسب من مدعي الأصغر ، لأن الأصغر ولد مدعي الأكبر ، وفي الاستحسان : يثبت لأن أمية الولد للأكبر لم تكن ظاهرة وقت العلوق بالأصغر ،

---

(١) في (هـ) : غير واضحة ؛ تحتمل : فيسعى أو فيبقى .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (ب) : فكذا .

(٤) في (م) : المدعي . وفي (ك) مدعي .

فإنما استولدها مدعي الأصغر بناءً على ظاهر الملك فيكون مغروراً ، وولد المغرور ثابت النسب منه ، وضمن مدعي الأصغر قيمة الأصغر لشريكه لما ذكرنا أنه ولد المغرور ، وولد المغرور حر بالقيمة عليه إجماع الصحابة .

من مشايخنا من قال : ما ذكر من الجواب قولهما لا (قول)[1] أبي حنيفة رحمه الله ، فإن ولد أم الولد ليس بمتقوم عنده كالأم .

ومنهم من قال : لا بل هذا قول الكل لأن حكم الاستيلاد حالة العلوق بالأصغر لم يكن ظاهراً ، وإنما ثبت عند الدعوى بطريق الاستناد إلى وقت العلوق بالأكبر ، والمستند ثابت من وجه ظاهر من وجه ، فلا يسقط تقوم مالية الولد بالشك ، ولأن مدعي الأصغر مغرور على ما ذكرنا ، والمغرور بأم ولد الغير يغرم القيمة بلا خلاف ، وضمن مدعي الأصغر شريكه جميع عقرها كذا ذكر ههنا ، وهو إشارة إلى حقيقة الواجب ، لأنه استولد أم ولد الغير ، واستيلاد أم ولد الغير يوجب جميع العقر .

وذكر في كتاب « الدعوى » : أنه يضمن نصف العقر ، وهو إشارة إلى الحاصل بعد المقاصة ؛ لأنه وجب لمدعي الأصغر ، وعلى مدعي الأكبر نصف العقر ، ووجب لمدعي الأكبر على مدعي الأصغر جميع العقر ، فصار النصف بالنصف قصاصاً بقي الحاصل بعد المقاصة النصف .

فإن قيل : ينبغي أن تصير الجارية أم ولد لمدعي الأصغر دون مدعي الأكبر ؛ لأنه ادعى نسب الأصغر قبل صيرورة الجارية أم ولد لمدعي الأكبر ؛ لأن ذلك لا يسبق تصديقه .

قلنا : مدعي الأصغر لما قال : « الأكبر ابن شريكي » فقد أقر بشيئين : بثبات نسب الأكبر من مدعي الأكبر[2] ، وبخروج الجارية من أن تكون محلاً لأمية الولد في حق [نفسه ، فثبات نسب الأكبر من مدعي الأكبر إن توقف على تصديق مدعي الأكبر فخروج

(١) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : الأصغر .

الجارية من أن تكون محلاً لأمية الولد في حق][1] مدعي الأصغر لا يتوقف على تصديق مدعي الأكبر ؛ لأنه إقرار على نفسه وهذا سابق على دعواه للأصغر ، فلهذا لا تصير الجارية أم ولد لمدعي[2] الأصغر .

وأما إذا كذبه شريكه يثبت نسب ولد الأصغر من مدعي الأصغر ، وصارت الجارية أم ولد له ، وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً .

قال مشايخنا : وينبغي أن يكون هذا الجواب على قولهما ، أما على قول أبي حنيفة : لا تصير الجارية أم ولد لمدعي الأصغر ؛ لأنه أقر أولاً بأمية الولد للشريك ، وأنها حق لا ينفسخ بالرد والتكذيب ، فبقي الإقرار به قائماً فلا تصح دعواه بعد ذلك لنفسه ، وصار كما لو أقر بنسب ولد جارية من عبده وكذبه عبده في ذلك ، ثم ادعاه المولى لنفسه ؛ لم يصح عند أبي حنيفة ، وطريقه ما قلنا ، ولكن ثبت نسب الأصغر منه لأنه ليس من ضرورة بطلان حق الاستيلاد بطلان حق الولد ، ويمكن أن يقال بأن هذا قول الكل ؛ لأنا نعتبر هذا الإقرار في حق حريتها ، ووجوب نصف قيمتها للشريك ، وهذا أمر ينفصل عن أمية الولد في الجملة ، فجاز أن يصدق فيه ، ولا يثبت نسب الأكبر من الشريك ، ويكون الحكم فيه كالحكم في عبدين بين[3] شريكين ؛ شهد أحدهما على صاحبه بالعتق على ما ذكرنا قبل هذا والله أعلم[4] .

نوع آخر يتصل بهذا النوع :

قال محمد رحمه الله في « الجامع » : رجلان اشتريا جارية وقبضاها ، فولدت عندهما ولداً ، فادعى أحد الرجلين الجارية أنها ابنته ، وادعى الآخر الولد أنه ابنه ، وقد كان

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : المدعي .

(٣) في (م) و (ك) و (ب) : عبد بين .

(٤) قوله : « والله أعلم » غير موجود في (ك) و (ب) .

الدعوى منهما معاً ، وكل واحد من المدعيين بحال يولد لمثله المدعى ، فإن كانت الولادة لستة أشهر فصاعداً من وقت الشراء كانت دعوة المدعي الولد أولى ، ويصير الولد ابنه ، والجارية أم ولد له ؛ لأن دعوة مدعي الولد دعوة استيلاد ، ولأن علوق الولد حصل ، والجارية في ملكهما ؛ لأن موضوع المسألة أن الجارية جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً ، وستة الأشهر مدة يحدث فيها الولد التام والحبل عارض ، والأصل في الحوادث أن يحال بها على أقرب الأوقات ؛ فهو معنى قولنا إن دعوة مدعي الولد دعوة استيلاد ، ودعوى مدعي الجارية دعوة تحرير ، لأن علوقها لم يكن في ملكها ، وقد ذكرنا أن دعوة الاستيلاد مع دعوة التحرير إذا اجتمعتا كانت دعوة الاستيلاد أولى .

وإذا صار دعوته أولى ثبت نسب الولد منه ، وتصير الجارية أم ولد له ، ويضمن لشريكه نصف قيمة الجارية لأنه يملك نصيب شريكه من الجارية لأنه لما استولدها صار نصيب المستولد من الجارية أم ولد له ، وصار نصيب الشريك أم ولد له أيضاً ؛ لأن أمية الولد لا تحتمل الوصف بالتحري ، لأن أمية الولد عبارة عن صيرورة الجارية فراشاً للمولى حتى إذا جاءت بالولد ثبت النسب من المولى من غير دعوة ؛ كما في النكاح ، وهذا مما لا يتجزأ لأنه لا يتصور أن يكون البعض منها فراشاً ، [ولا يكون البعض فراشاً][1] .

قلنا : ولا يصير نصيب الشريك أم ولد للمستولد إلا بتملكه نصيب شريكه ، فيصير متملكاً [نصيب][2] شريكه بالضمان .

قال : ويضمن لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً ؛ لأن ضمان الاستيلاد لا يختلف باليسار والعسار ويضمن لشريكه نصف عقرها أيضاً ؛ لأن العلوق بالولد لما كان في ملكها بالطريق الذي قلنا صار هو واطئاً جارية مشتركة ، فإن قيل : ينبغي أن

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

لا يضمن مدعي الولد شيئاً من قيمة الجارية ومن عقرها لشريكه ، لأن الشريك أقر أنها حرة لمَّا ادعى أنها ابنته ، قلنا : نعم إلا أن إقراره قد بطل ، وبيان ذلك في وجهين :

أحدهما : أنه إنما أقر بحريتها بعدما هي زائلة عن ملكه من حيث الحكم والاعتبار .

بيانه : ما ذكرنا أن دعوة مدعي الولد دعوة استيلاد ، ودعوة مدعي الجارية دعوة تحرير ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، ودعوة التحرير تقتصر على حال وجودها فصار مدعي الولد متملكاً نصيب شريكه من الجارية ، من وقت العلوق ، فصار مدعي الجارية مقراً بحريتها بعدما زالت هي [عن][1] ملكه من حيث الحكم والاعتبار فلم يصح إقراره ، فصار وجوده والعدم بمنزلة .

فإن قيل : لم [لا][2] يجعل هذا الإقرار[3] مجازاً عن الإبراء عن نصف [القيمة][4] وعن نصف العقر ؟

قلنا : لو جعلناها[5] مجازاً عن الإبراء أيضاً لا يصح ولا يبرأ ؛ لأن صاحبه وهو مدعي الولد يأبى ذلك لما زعم أن الجارية صارت أم ولد له ، ولو أبرأه عن ذلك صريحاً ولم يقبله مدعي الولد كان لا يبرأ فكذا ههنا ، وكان كمن اشترى عبداً بألف درهم ثم أقر البائع أنه كان أعتقه قبل البيع وكذبه المشتري في ذلك ، فإن المشتري لا يبرأ عن اليمين وطريقه ما قلنا .

الوجه الثاني لبطلان إقراره : أن مدعي الولد بدعوى الولد استحق على شريكه تملك نصيبه من الجارية وإنما استحق التملك عليه بالقيمة ؛ لأن تملك مال

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) : إقرار .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (م) . وسقط من (ك) .

(٥) في (م) و (ب) : جعلنا .

الغير من غير رضاه لا يجوز إلا بالقيمة ، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال الاستحقاق الثابت للغير عليه ، [وهو لا يملك إبطال الاستحقاق الثابت للغير عليه][1] ؛ فقلنا : إنه لا يصح إقراره ، وصار وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة ، فلهذا قال : له نصف قيمة الجارية .

وكمن باع عبداً ثم إن البائع [أقر][2] أنه كان حر الأصل ؛ فإنه لا يسقط عن المشتري شيء من الثمن .

وإن كان هو ينكر وجوب الثمن له عليه لأن المشتري استحق تملك العبد عليه بالثمن فهو بهذا الإقرار يريد إبطال ذلك الاستحقاق الثابت للمشتري عليه ، فلم يصح إقراره كذا ههنا .

فإن قيل : إذا وجب نصف قيمة الجارية لم يدخل فيه نصف العقر كما في الأب إذا استولد فإن هناك لما ملك الأب الجارية بالقيمة دخل فيها العقر ؛ حتى لا يضمن العقر .

قلنا : عدم وجوب العقر ثمة ما كان باعتبار [أنه دخل في قيمة الجارية بل باعتبار][3] أن الأب يملك الجارية سابقاً على الوطء شرطاً[4] لصحة الاستيلاد ، لأن [ماله من الحق في مال الابن لا يكفي لصحة الاستيلاد وإذا ملكها سابقا على الوطء ، فالوطء صادف ملكه فلم يجب العقر ، بخلاف الشريك ، لأن][5] نصيبه يكفي لصحة الاستيلاد ، وإنما يتملك نصيب الشريك بعد الاستيلاد ، وبعدما ثبت أمية الولد في نصيبه

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (م) : شرط .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

بالطريق الذي قلنا ، فالوطء صادف جارية مشتركة ، فيضمن نصف العقر لهذا ، ولا يضمن مدعي الولد شيئاً من قيمة الولد ؛ لأنه لا وجه إلى أن يضمن [قيمته بعد الولادة لأن الولادة حصلت كلها في ملكه ، فكان الولد حاصلاً في ملكه ولا وجه إلى أن يضمن][(١)] قيمته حالة العلوق ، وإن كانت الجارية ملكهما وقت العلوق ؛ لأنه كان ماء مهيناً[(٢)] في ذلك الوقت .

هذا إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً من وقت شرائهما إياها ، فأما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت شرائهما إياها وباقي المسألة بحالها ؛ صحت دعوة كل واحد منهما فيما ادعى ، ويثبت نسب الغلام من مدعيه ، ونسب الجارية من مدعيها ، لأن دعوة كل واحد منهما دعوة تحرير ؛ لأن[(٣)] علوق كل واحد منهما لم يكن في ملكه فانعدم دليل السبق ، وزال المرجح .

قال : ولا يضمن مدعي الولد لشريكه شيئاً من قيمة الجارية ، ولا من عقرها ، ولا من قيمة الولد ، أما لا يضمن شيئاً من قيمة الجارية وإن زعم أنه تملك نصيب شريكه من الجارية بالقيمة إلا أن شريكه يكذبه في إقراره فإنه يقول بأن مدعي الولد لم يتملك علي نصيبي من الجارية ؛ لأنها علقت حرة أو رقيقة إلا أنها عتقت علي حين اشتريناها ، وقد صحت هذه المقالة منه لقيام ملكه في الجارية وقت هذه المقالة ، ولم يصر مكذباً شرعاً في هذه المقالة ؛ لأن القاضي قضى بعتق الجارية كما قال ، وأما لا يضمن له شيئاً من قيمة الولد ؛ لأن مدعي الجارية يقول : إنه ما أتلف الولد علي لأنه حافدي ، وقد علق حر الأصل ، ولم يصر مكذباً في هذه المقالة ؛ لأن القاضي يحكم بحرية الولد كما يقول هو ، وأما لا يضمن له شيئاً من عقرها ، وزعمه معتبر شرعاً لما ذكرنا[(٤)] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (م) و (هـ) و (ك) : مهين .

(٣) في (ب) : لا لأن .

(٤) سقط من (ك) .

قال[١] : ولا يضمن مدعي الجارية شيئاً من قيمة الجارية لشريكه عند أبي حنيفة إن كان موسراً ، وإن كان معسراً فالجارية لا تسعى في ذلك ، وعندهما إن كان موسراً يضمن نصف قيمتها ، وإن كان معسراً سعت الجارية في ذلك ، لأن في زعم شريكه أنه بدعوى الجارية أتلف عليّ أم ولدي[٢] ، وحال بينهما وبيني إلا أن رق أم الولد ليس بمتقوم عند أبي حنيفة وعندهما هو متقوم ، والمسألة معروفة في عتاق الأصل .

وكذلك لا يضمن مدعي الجارية شيئاً من عقر الجارية لشريكه ؛ لأن مدعي الجارية ما أقر بوطء الجارية وإنما أقر بوطء أم الجارية ، وأم الجارية لم تكن مملوكة لشريكه .

رجلان اشتريا جارية ، فولدت في ملكهما ابنة لستة أشهر فصاعداً ، فكبرت الابنة وولدت ابنةً ، ثم ادعى أحد الشريكين البنت الكبرى ، وادعى الشريك الآخر البنت الصغرى ، وكان الدعوتان منهما معاً ذكر في « الكتاب »[٣] أنه يثبت نسب كل واحد منهما من مدعيها ، أما نسب الكبرى فإنما يثبت من مدعيها ؛ لأن دعوته دعوة الاستيلاد ؛ لأن علوق الكبرى كان في (ملكهما)[٤] ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، وفي تلك الحالة لا منازع له فصحت دعوته ويثبت النسب منه ، وأما نسب الصغرى فقد قيل ما ذكر في « الكتاب » أنه يثبت نسب الصغرى استحساناً .

والقياس : أن لا تصح دعوته ؛ ولا يثبت نسبهما منه ، إلا أن محمداً رحمه الله لم يذكر القياس ، والاستحسان في هذا الكتاب ، وإنما ذكرها في عتاق الأصل في مسألة تشبه هذه المسألة .

وجه القياس في ذلك : أنا حكمنا بثبوت نسب الكبرى من مدعيها ؛ لما أن دعوته دعوة [استيلاد][٥] ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، فقد حكمنا بثبات

---

(١) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢١ مع اختلاف يسير.

(٢) في (م) : الولد . وفي (ب) : ولد .

(٣) أي الإمام محمد بن الحسن الشيباني في كتابه « الأصل » .

(٤) ما بين قوسين جاء مكانه في (ب) : منهما .

(٥) ما بين معكوفتين بياض في (م) . وسقط من (ب) .

نسب الكبرى وبحريتها من وقت العلوق فتبين أن مدعي الصغرى ادعى [نسب حرة ؛ وليس بينة ، وبينهما نكاح ، ولا شبهة نكاح ، فلم تصح .

وجه الاستحسان : أن مدعي الصغرى حين ادعى][1] الصغرى كان الملك ثابتاً لهما في الكبرى التي هي أم الصغرى ظاهراً ، وملك الأم ظاهراً كافٍ لصحة الدعوى وإثبات النسب ، كما في ولد المغرور ، إلا أن المغرور يضمن قيمة الولد للمستحق ، ومدعي الصغرى ههنا لا يضمن قيمة الصغرى لمدعي الكبرى ؛ لأن المستحق يقول للمغرور : لولا دعوتك وأنت جاهل بحال الجارية وإلا لكان الولد مملوكاً لي كالجارية ، وإنما تلف الولد علي بدعوتك فكنت ضامناً له .

وههنا لا يمكن لمدعي الكبرى أن يقول لمدعي الصغرى : لولا دعوتك الصغرى لكان[2] الصغرى مملوكة لي ، لأن الصغرى ولد الحرة ، وولد الحرة يكون حراً ، فلم يصر مدعي الصغرى متلفاً على مدعي الكبرى ملكه في الصغرى ، فلهذا لا يضمن .

قال : ولا يضمن مدعي الصغرى أيضاً لمدعي الكبرى نصف قيمة الكبرى ، وإن حصل مدعي الصغرى مقراً أنه باستيلاد الكبرى يملك نصيب شريكه من الكبرى ، لأن مدعي الكبرى يكذبه في إقراره ؛ حيث ادعى أن الكبرى ابنته ، وأنها حرة الأصل ، وقد صح هذا الدعوى منه شرعاً حتى حكمنا بحرية الكبرى وثبوت نسبها من مدعيها ، ويضمن مدعي الصغرى نصف عقر الكبرى لها على رواية هذا الكتاب ، وفي بعض روايات كتاب العتاق ، قال : يضمن مدعي الصغرى جميع عقر الكبرى ، لأن مدعي الصغرى وطئها بعدما حكم بحريتها ؛ لأن دعوة الكبرى استندت إلى وقت علوقها ، وثبت نسبها وحكم بحريتها من ذلك الوقت .

وجه رواية هذا الكتاب : أن مدعي [الصغرى][3] كان نصفها مملوكة له ظاهراً ، وكان مقراً لشريكه بنصف العقر لو كمل العقر إنما يكمل بحكم الإستيلاد من حيث إن دعوة

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : لكانت .

(٣) في (هـ) : أن الكبرى .

الكبرى تستند إلى وقت العلوق ، فيظهر أنه وطىء الكبرى وهي حرة ، إلا أن الاستناد إنما يظهر في حق ثبات النسب وما لا بد للنسب منه من حرية الولد من الأصل .

أما فيما للنسب منه بد فلا يظهر الاستناد في حقه بل تقتصر الدعوة على حال وجودها ، وهذا لأن الاستناد إنما ثبت بطريق الضرورة لأن النسب يثبت من وقت العلوق فيظهر الاستناد في حق ثبات النسب ، ولا بد لثبات النسب منه وللنسب بد من المستوفي بالوطء [فلا يظهر الإسناد في حقه .

وإذا لم يظهر الإستناد في حق المستوفي بالوطء][1] صار مدعي الصغرى واطئاً الكبرى[2] ، والكبرى مشتركةً بينهما فيكون مقراً بنصف العقر ، وإنما أوجبنا نصف العقر للكبرى مع أن مدعي الصغرى أقر بذلك لمدعي[3] الكبرى [لا للكبرى][4] ؛ لأن مدعي الكبرى حول ذلك من نفسه إلى الكبرى بإقراره[5] أنها حرة الأصل ، وذلك صحيح منه في حق نصيبه .

قال : ويضمن مدعي الكبرى نصف قيمة الحرة حية كانت أو ميتة ، ونصف عقرها لشريكه ، لأن الجدة علقت بالكبرى وهي في ملكهما حقيقة ، فصار مدعي الكبرى مستولداً جارية مشتركة بينه وبين غيره ، ولا يضمن نصف قيمة الكبرى لأنه ضمن نصف قيمة الأم ، وأحد الشريكين متى ضمن نصف قيمة الجارية لشريكه في دعوة الاستيلاد لا يضمن له شيئاً من قيمة الولد ؛ لأنه تملك الجارية من وقت العلوق ، ووقت العلوق كان ماء مهيناً بلا قيمة .

وحالة الولادة وإن صار له قيمة إلا أن قيمة الولادة حصلت والجارية كلها ملك المستولد ، فلم يجز أن يصير شيئاً من الولد لغيره وهو حادث على ملكه ، هذا إذا كانت

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : للكبرى .

(٣) في (هـ) : للمدعي .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٥) في (م) و (ب) : بإقراره .

الجدة حية[١] أو ميتة[٢] وقت الدعوة ، فأما إذا قبلت الجدة وقت الدعوة وقد أخذ قيمة الجدة بينهما نصفان وباقي المسألة بحاله ، فالجواب في هذه المسألة والمسألة المتقدمة سواء إلا في فصلين :

أحدهما : أن ههنا أب يدعي[٣] الكبرى لا يضمن نصف قيمة الجدة لمدعي الصغرى إنما يضمن له نصف العقر لا غير ، لأن مدعي الصغرى لما أخذ نصف القيمة من القاتل فقد وصل إليه بدلها مرة ، فليس له أن يأخذها ثانياً ، إذ لا يجوز بإزاء مال واحد ضمانين وبدلين ، بخلاف ما إذا كانت الجدة حية أو ميتة .

الفصل الثاني : أن الجدة متى كانت حية أو ميتة وقت دعوتها كان لا يضمن مدعي الأكبر[٤] من قيمة الأكبر شيئاً من قولهم جميعاً لما مرَّ ، وإذا كانت مقتولة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ، وعندهما يضمن نصف قيمتها أم ولد ، فأبو حنيفة [رحمه الله][٥] سوَّى بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى في هذا الفصل ، لأن مدعي الصغرى أقر أن الكبرى أم ولد له ، ومدعي الكبرى بالدعوة أعتقها ، ورق أم الولد غير متقوم عنده ، وأبو يوسف ومحمد فرقا بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى في هذا الفصل .

والفرق لهما : أن الجدة يدخل فيها ضمان الولد فيكون الولد حر الأصل ، فأما إذا كانت الجدة مقتولة فمدعي الكبرى لم يضمن من قيمة الجدة شيئاً حتى يدخل ضمان الولد فيه فيضمن نصف قيمة الكبرى لهذا .

هذا الذي ذكرنا إذا كان ولادة الكبرى لستة أشهر فصاعداً من وقت شرائها ، فأما إذا كانت ولادة الكبرى لأقل من ستة أشهر من وقت شرائها والباقي بحاله صحت

---

(١) في (م) و (ب) : الحرة .

(٢) في (م) : حرة .

(٣) في (هـ) : مدعي .

(٤) في (ك) : الكبرى .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

دعوة مدعي الصغرى ، وصارت الكبرى أم ولد له ، ولم تصح دعوة مدعي الكبرى ؛ لأن دعوته دعوة تحرير إذا العلوق لها لم يكن في ملكها ، ودعوة مدعي الصغرى دعوة استيلاد ، لأن علوق الصغرى كان في ملكه ، ودعوة الصغرى تقتصر على الحال ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، فصارت دعوة مدعي الصغرى سابقة معنىً فكانت أولى ، وإذا لم تصح دعوة مدعي الكبرى ، ولم يثبت نسب الكبرى منه ، هل تصير الجدة أم ولد له ؟

قال : إن كانت الجدة حية تصير أم ولد .

فهذا الشرط من محمد - رحمه الله - يدل على أن الجدة إذا كانت ميتة أنها لا تصير أم ولد له ، وفيما تقوم وهو ما إذا كانت ولادة الكبرى لستة أشهر من وقت الشراء ؛ ذكر أن الجدة تصير أم ولد لمدعي الكبرى حية كانت الجدة أو ميتة ، حتى ضمن مدعي الكبرى نصف قيمة الجدة لمدعي الصغرى على كل حال ، والفرق أن حق أم الولد إنما يثبت تبعاً للولد على ما عرف في موضعه ، ففيما تقدم دعوة مدعي الكبرى في دعوة استيلاد على ما مر ؛ فتستند حرية الولد إلى وقت العلوق ، فيثبت حق العتق للأم من ذلك الوقت تبعاً للولد ، وفي ذلك الوقت هي محل لحقيقة العتق فكانت محلاً لحق العتق ، أما في هذه المسألة دعوة مدعي الكبرى دعوة تحرير ، فتقتصر حرية الكبرى على حالة الدعوى فيثبت حق العتق للأم مقصوراً على حالة الدعوى أيضاً ، فإن كانت حية كانت محلاً لحقيقة العتق ، فيكون محلاً لحق العتق .

وإذا كانت ميتة لم تكن محلاً لحقيقة العتق فلا يكون محلاً لحق العتق ، إذا لحق ملحق بالحقيقة ، وإذا كانت الجدة حية حتى صارت أم ولد لمدعي الكبرى ؛ ذكر أن مدعي الكبرى يضمن نصف قيمتها لمدعي الصغرى موسراً كان أو معسراً ، بضمان الاستيلاد لا يختلف باختلاف اليسار والعسار ، [بخلاف ضمان العتاق حيث تختلف باختلاف اليسار والعسار][1] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

والوجه في ذلك : أن قضية القياس أن ضمان العتق لا يختلف أيضاً ، ويكون على العتق على كل حال ، لأن المعتق هو المفسد لنصيب صاحبه عند أبي حنيفة ، وهو المتلف على قولهما ، إلا أنا تركنا القياس وأوجبناه على العبد إذا كان المعتق معسراً بالنص ، والنص الوارد بإيجاب ضمان العتق على العبد إذا كان المعتق معسراً ، ومنفعة الإفساد والإتلاف[١] في نصيب الساكت كلها تحصل للعبد لا يعتبر وارداً دلالة في ضمان الاستيلاد ، وعامة منافع نصيب الساكت حاصلة للمستولد لا للأمة من الإجارة والتزويج والاستخدام والوطء ، وهو معنى ما نقل عن المشايخ أن ضمان الاستيلاد ضمان تملك ، فإن عامة منافع نصيب الساكت للمستولد لا للأمة فيكون ضمان تملك بهذا الاعتبار ، فوجب عليه موسراً كان أو معسراً لهذا .

رجلان اشتريا جارية فولدت في ملكهما ولداً لأقل من ستة أشهر ، فادعى الولد أحدهما صحت دعوته ؛ لأنه يملك إعتاقه ، وإن رد عليه شريكه فتصح دعوته من طريق الأولى ؛ لأن الدعوة أسرع ثبوتاً من الإعتاق ؛ بدليل أن الأمة تملك دعوة ولد جارية أمة ، ولا يملك إعتاقه ، وإذا صحت دعوته كانت الجارية أم ولد ، وضمنت لشريكه نصف قيمتها يوم ادعى الولد ؛ موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه صار مملكاً نصيب شريكه من الجارية .

أكثر ما في الباب أنه أقر بالاستيلاد قبل الملك ، [وبالاستيلاد قبل][٢] الملك[٣] لا يثبت التملك[٤] ، إلا أن الاستيلاد قبل الملك قد ينعقد موجباً أمومية الولد موقوفاً على الملك ، كما لو استولدها بالنكاح ، ولا يضمن لشريكه شيئاً من عقرها لأنه لم يصر مقراً له بالعقر لأنه أقر بالاستيلاد وبالوطء سابقاً على الملك[٥] ، والجواب في [الولد كالجواب][٦] في

---

(١) في (ب) : والإفساد .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (م) و (ب) : والملك .

(٤) في (ك) : الملك .

(٥) في (م) و (ب) أن المالك .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

العبد إذا كان بين اثنين ؛ أعتق أحدهما ؛ لأن هذه الدعوة في حق الولد دعوة تحرير ؛ لأن العلوق به لم يكن في ملكهما ، ولهذا يثبت الولاء للمدعي على الولد ، وفي إعتاق أحد الشريكين خلاف ظاهر بين أبي حنيفة وبين صاحبيه[١] في كيفية العتق ، وفي كيفية الخيار للساكت ، كذا ههنا .

فإن قيل : المدعي لما ملك نصيب الساكت من الأم بالضمان ينبغي أن لا يضمن قيمة الولد كما في دعوة الاستيلاد .

قلنا : في دعوة الاستيلاد يتملك نصيب شريكه من الجارية [وقت العلوق ، ولهذا يعتبر قيمتها يوم العلوق ، وفي تلك[٢] الحالة الولد متصل بها فيصير متملكاً نصيب الشريك (من الولد بتملك نصيب شريكه)[٣] من الجارية][٤] بطريق التبعية ، [كما لو اشترى نصفها والولد في بطنها ؛ فيكون ضمان نصفها ضمان نصفه بطريق التبعية ، ألا ترى أن ثمن نصفها يصير عن نصفه بطريق التبعية][٥] ، أو نقول في تلك الحالة : الولد ماء مهين لا قيمة له ، فلا يلزمه بمقابلته شيء ، أما ههنا ملك الأم بعد انفصال الولد منها وبعدما صار أصلاً ، فلا يملك المدعي نصيب شريكه من الولد تبعاً لملك نصيب شريكه من الأم ، فيبقى الولد مشتركاً بينهما ، وبالتحرير أفسد وأتلف نصيب شريكه ، وله قيمة ، فيضمن إذا كان موسراً ، والله أعلم[٦] .

نوع آخر يتصل بهذا النوع أيضا :

قال محمد رحمه الله : أمة بين رجلين جاءت بولدين في بطن واحد ، فادعى أحدهما الأكبر ، والآخر ادعى الأصغر ، وخرج الكلامان منهما معاً ؛ صحت دعوة كل واحد

---

(١) في (هـ) و (ك) : صاحبه .

(٢) في (م) : ذلك .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و(ك) .

(٦) قوله : « الله أعلم » غير موجود في (ك) .

منهما استحساناً ، ولو بدأ أحدهما بالدعوى ؛ إن بدأ مدعي الأكبر بدعوى الأكبر ثبت نسب الأكبر منه ، ولم يثبت نسب الأصغر منه ؛ لأن تخصيص الأكبر بالدعوة نفى الأصغر دلالة ، وكأنه نفى الأصغر صريحاً ، ويكون الأصغر ولد أم ولد مدعي الأكبر مملوكاً له لأن الجارية صارت كلها أم ولد لمدعي الأكبر حالة العلوق بالأكبر ، والأصغر حدث بعد ذلك ، فلهذا كان الأصغر مملوكاً لمدعي الأكبر ، وولد أم ولده .

ويضمن مدعي الأكبر لشريكه نصف قيمة الجارية ، ونصف عقرها ، ولا يضمن شيئاً من قيمة الولد الأكبر ولا من قيمة الولد الأصغر ، ولا تصح دعوة مدعي الأصغر بعد ذلك ؛ لأنه ادعى ولد أم ولد المدعي الأكبر ، ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا تصح دعوته إلا بتصديق ذلك الغير ، ويضمن مدعي الأصغر لمدعي الأكبر جميع عقرها ؛ لأنه أقر بوطء أم ولده ، إلا أن لمدعي الأصغر على مدعي الأكبر نصف العقر ونصف قيمة الجارية ، فيتقاصان إن لم يكن ثمة فضل ، ويرادان الفضل إن كان ثمة فضل .

وإن بدأ مدعي الأصغر بدعوى الأصغر ثبت نسب الأصغر منه ، وتصير الجارية كلها أم ولد له ، ويضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف عقرها ؛ ولا يضمن شيئاً من قيمة الولد الأصغر لأنه ضمن الأم فلا يضمن الولد ويبقى الأكبر قناً[1] مشتركاً بينهما ، فإذا ادعى بعد ذلك الأكبر صحت دعوته لأنه ادعى نسب شخص بعضه مملوك له ، وضمن لمدعي الأصغر نصف قيمة الأكبر إن كان موسراً ، لأنه لا يمكن أن يجعل دعوته للأكبر دعوة استيلاد فجعلناه دعوة تحرير ، فصار معتقاً نصيبه بدعوته ، وصار في حق الشريك كأنه أعتقه ، فيكون الجواب فيه كالجواب في عبد بين شريكين أعتقه أحدهما .

نوع آخر يتصل بهذا النوع :

وإذا مات الرجل وترك أمةً حاملاً ، وترك ابنين ، وادعى أحدهما أن الحبل منه ، وادعى الآخر أن الحبل من أبيه ، وخرج الكلامان معاً ، صحت دعوة التي ادعى أن الحبل منه ، ولا تصح دعوة التي ادعى أن الحبل من أبيه ، لأن الذي ادعى أن الحبل منه

(١) في (ك) : قياساً .

يحمل النسب على نفسه ، فيكون مقراً على نفسه ، والذي ادعى أن الحبل من أبيه يحمل النسب على الغير ، فيكون مقراً على الغير ، وكان دعوة من يحمل النسب على نفسه أولى ، وإذا صحت دعوة التي ادعى أن الحبل منه دون دعوة صاحبه صار كأن الذي ادعى الحبل تفرد بالدعوة ، ولو تفرد هو بالدعوة تصح دعوته ، وتصير الجارية أم ولد له ويضمن نصف قيمتها لشريكه [كذا ههنا .

فإن قيل : كيف يضمن نصف قيمتها لشريكه][1] ، وإن من زعم شريكه أنه ليس عليه قيمة الجارية ؛ لأنه في زعم شريكه أنها أم ولد للأب ، وأنها عتقت بموت الأب ؟ قلنا : لأن شريكه صار مكذباً في زعمه حين جعل القاضي الجارية أم ولد لمدعي الحبل من[2] نفسه فالتحق زعمه بالعدم ، وضمن نصف العقر[3] لشريكه ، لأنه أقر أنه وطء جارية أبيه وضمن جميع عقرها لأبيه ، إلا أنه لما مات الأب ورث من ذلك نصفه فسقط عنه النصف وبقي النصف الآخر لصاحبه .

قال شيخ الإسلام[4] : هذه المسألة تنصيص أن دعوة التحرير ينتظم الإقرار بالوطء ، كدعوة الاستيلاد لأن وضع هذه المسألة في رجل مات وترك أمة حاملاً ، فهذا يوجب أن يدخل في ملك الابنين وهي حامل ، فيكون دعوى المدعي الحبل عن نفسه دعوة تحرير ، ومع هذا أوجب عليه العقر ، إذ في هذا الفصل اختلاف المشايخ على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

هذا الذي ذكرنا إذا خرج الكلامان معاً ، وكذلك الجواب فيما إذا بدأ مدعي الحبل عن نفسه بالدعوى ، والكلام فيه أظهر .

ولو بدأ الذي ادعى الحبل عن ابنه بالدعوى ، لا تصح دعوته في حق النسب لأنه يحمل النسب على الغير ، ولكن يعتق نصف الجارية ونصف الولد بإقراره ؛ لأنه

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (هـ) : عن .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) هو فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي المعروف بقاضي خان ، سبقت ترجمته .

زعم أن الجارية عتقت بموت الأب ، وأن الولد حر الأصل وهو مالك لنصفها ، فيصح إقراره بعتق نصف الجارية والولد ، ويبقى نصف الجارية ونصف الولد رقيقاً للآخر عند أبي حنيفة [رحمه الله][(١)] ؛ لأن العتق عنده متجزئ ولا يضمن المدعي لأخيه شيئاً لا من الأم ولا من الولد لأن المدعي لم يقر بسبب الضمان ، فإنه لم يقر أنهما عتقا من جهته[(٢)] ، وإنما أقر أنهما عتقا من جهة أبيه ، وعتق الأب لا يوجب عليه ضماناً فيكون منكراً للضمان ، وهو بمنزلة عبد بين[(٣)] شريكين أقر أحدهما أن صاحبه أعتق نصيبه ؛ لا يضمن لصاحبه شيئاً ، وإن فسد نصيب صاحبه بإقراره ؛ لأنه أقر بإعتاق صاحبه لا بإعتاق نفسه ، كذا ههنا .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد : إذا ادعى أن الحبل من أبيه عتق الجارية كلها والولد لأن[(٤)] العتق عندهما لا يتجزّأ ولا يضمن لصاحبه شيئاً لما ذكرنا .

فإن ادعى الآخر الولد بعد ذلك أنه ابنه ؛ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله صحت دعوته ، لأن ملكه في نصف الجارية والولد قائم عنده ، وهذا كافٍ لصحة الدعوى ، وصار نصيبه من الجارية أم ولد له ، ولا يضمن لصاحبه شيئاً لا من الولد ولا من الجارية ، لأن المدعي لم يفسد على صاحبه نصيبه ، لأن نصيب صاحبه عتق عليه بإقراره ؛ لأن الحبل من أبيه ، ويضمن نصف العقر لصاحبه ، إن صدقه صاحبه أخذ ذلك منه لأن في زعمه أنه وطء جارية الأب وضمن العقر لأبيه ، إلا أنه ورث النصف من ذلك فسقط عنه النصف ، ويبقى النصف لصاحبه فيأخذه صاحبه إن صدقه صاحبه في ذلك ، وإن كذبه بطل زعمه وإقراره .

[و][(٥)] على قول أبي يوسف ومحمد ثبت نسب الولد منه استحساناً وإن لم يكن له فيه ملك لما أنه أعتق كله بإقرار المدعي الأول ، إنما يثبت لأنه ادعى نسب صغير ليس له

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (م) و (ب) : جهة .

(٣) في (م) : عبدين .

(٤) في (م) و (ب) : أن .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

نسب معروف ، فتصح دعوته استحساناً ، كما لو ادعى نسب لقيط وضمن نصف العقر لصاحبه لما ذكرنا ، انتهى[١] .

نوع آخر يتصل بهذا النوع :

قال : أمة بين رجلين جاءت بولد فادعياه ، وقد ملك أحدهما نصيبه منذ شهر وملك الآخر نصيبه منذ ستة أشهر ، فدعوة صاحب الملك الأول أولى ؛ لأن دعوته سابقة معنى ؛ لأن دعوته دعوة استيلاد تستند إلى وقت العلوق ، وإذا صارت دعوته أولى ذكر أنه يضمن نصف قيمتها ، ونصف عقرها ، ولم يذكر أنه لمن يضمن لصاحبه أو لبائع صاحبه .

قالوا : وينبغي أن يضمن ذلك لبائع صاحبه ؛ لأن دعوته دعوة استيلاد تستند إلى وقت العلوق ، والعلوق كان في ملك بائع صاحبه [فصار متملكاً على بائع صاحبه][٢] نصيبه فيضمن نصف قيمتها ، ونصف عقرها لبائع صاحبه من هذا الوجه ، وظهر أن البائع باع هذا النصف باع أم ولد الأول فيكون باطلاً ، فيجب على البائع أن يرد جميع الثمن على صاحب الملك الآخر .

وهل يضمن صاحب الملك الآخر العقر لصاحب الملك الأول ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل ههنا .

وذكر المشايخ في شروحهم : أنه يضمن جميع العقر للمالك الأول ؛ لأنه ظهر أنه أقر بالوطء بعدما صار الجارية كلها أم ولد لصاحب الملك الأول .

وما ذكر[٣] المشايخ إشارة إلى دعوة التحرير ينتظم الإقرار بالوطء ، فإن دعوة صاحب الملك الآخر دعوة تحرير ، إذ العلوق لم يكن في ملكه .

---

(١) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (هـ) و (ك) : وما ذكره .

وصاحب شرح « مختصر الطحاوي » يشير إلى أن دعوة التحرير لا ينتظم الإقرار بالوطء ، (لأن دعوة التحرير تقتصر على الحال ، ولا تستند إلى ما قبل ذلك ومتى [لم تستند إلى ما قبل ذلك][(١)] لا ينتظم الإقرار بالوطء)[(٢)] في ملك الغير .

ومحمد [رحمه الله][(٣)] لا يذكر العقر في دعوة[(٤)] التحرير ؛ إنما يذكره في دعوة الاستيلاد ، وكأن محمداً صحح دعوة التحرير باعتبار الملك في الحال من غير اعتبار الوطء ، كما يصح العتق باعتبار الملك الثابت للحال ، وأراد بقوله في « الكتاب » : « دعوة التحرير تقتصر على الحال » : الاقتصار في حق العتق والنسب ، وإذا اعتبر مقصوراً على الحال في حق بيان ثبات النسب حكماً لا ينتظم إقراراً بالوطء ، هذا إذا علم المالك الأول من المالك الآخر ، فأما إذا لم يعلم ثبت نسب الولد منهما ، وتصير الجارية أم ولد لهما لأنهما استويا في الدعوة لأن دعوة كل واحد منهما احتمل أن يكون دعوة تحرير .

قال : ولا عقر على كل واحد منهما ، قال بعض مشايخنا : لم يرد بقوله « لا عقر على واحد منهما » أصلاً ؛ وإنما أراد به : لا عقر على واحد منهما لصاحبه ، ولا شك أنه لا عقر على واحد منهما على صاحبه ، وإن صار واطئاً ملك صاحبه ، إلا أن[(٥)] الواطء في ذلك ليس بمعلوم ، وكان المقضي عليه بالعقر ، والمقضي له بالعقر مجهولاً[(٦)] ، وتمكن الجهالة في الموضعين يمنع القضاء .

أما يضمنان نصف العقر للبائع لأن المقضي وهو نصف العقر معلوم ، والمقضي له وهو البائع أيضاً معلوم ، وإنما الجهالة في المقضي عليه لا غير ، وتمكن الجهالة في موضع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) من قوله « لا ينتظم الإقرار » إلى هنا سقط من (ك) .

(٥) في (ب) : لأن .

(٦) في (ب) : مجهولان .

واحد لا يمنع القضاء بل يقضي ويوزع كما في مسألة الطلاق وإلى هذا مال شيخ الإسلام رحمه الله[١] .

وبعض مشايخنا قالوا : لا عقر على واحد منهما أصلاً ، أما لصاحبه فغير مشكل لأنا لم نتيقن أن كل واحد منهما وطء ملك شريكه ، وأما لبائع[٢] صاحبه فلأنه إنما يجب العقر للبائع على من حصل وطؤه في ملك البائع وأنه مجهول ، والمال لا يجب على المجهول ، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي [رحمه الله][٣] ، والأول أشبه بأصول أصحابنا .

وإذا كانت الأمة بين رجل[٤] وامرأة جاءت بولد فادعى الرجل وأب المرأة نسب الولد كانت دعوة الرجل أولى لأنه صاحب حقيقة الملك ، ولأب المرأة تأويل الملك ، والتأويل لا يعارض حقيقة الملك ، ولأن دعوة الرجل تثبت من غير تقديم الملك ؛ لأن الملك ثابت له في النصف وقت العلوق ، ودعوة أب المرأة تثبت [بواسطة تقديم الملك له على العلوق ، وكانت دعوة الرجل سابقة معنى .

أمة بين رجلين ولدت ولداً ميتاً ، أو أسقطت سقطاً استبان خلقه ، فادعاه أحدهما صحت دعوته وصارت الجارية أم ولد له ، وكان ينبغي أن لا تصير الجارية أم ولد له لأن نسب الولد لا يثبت بهذه الدعوة لاستغناء الولد عن النسب ، وحق العتق للأم يثبت][٥] تبعاً لثبات نسب الولد .

والجواب : أن العمل بحقيقة هذه الدعوى إن تعذر وهو إثبات النسب لكون الولد ميتاً أمكن العمل بمجازه ، ويجعل قوله : « هذا ولدي » عبارة عن قوله : هذه أم ولدي

(١) قوله : « رحمه الله » غير موجود في (ك) .

(٢) في (م) و (ك) : البائع .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) في (ك) : رجلين .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

بهذا الولد ، وهذا لأن نسب الولد [إذا ثبت فإن كان الولد حياً كان من حكمه أن تصير الجارية أم ولد له ، فعند تعذر العمل بحقيقته يجعله كناية عن حكمه ، فصار كأنه قال : هذه أم ولدي بهذا الولد .

ونظيره مسألة « هذا ابني » على قول أبي حنيفة رحمه الله :

أمة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما في مرض موته صحت دعوته ويثبت نسب الولد منه][1] ؛ لأن العلوق اتصل بملكه وتصير الجارية أم ولد ويعتق من جميع المال إذا مات[2].

فرق بين الاستيلاد والتدبير ، فإن عتق المدبر [يعتبر][3] من ثلث المال ؛ لأن التدبير وصية[4] ، وإنه من فضول الحوائج والاستيلاد من حوائجه الأصلية ، لأنه تعلق به حياته المعنوية ، فصار كثمن الأدوية وأجرة الطبيب ، وقد ذكرنا هذا في كتاب العتاق وهذا إذا كان الولد ظاهراً ، أما إذا لم يكن ظاهراً يعتق من الثلث كالتدبير والله أعلم .

نوع آخر يتصل بهذا الفصل :

أمة بين رجل وابنه جاءت بولد فادعياه ، فالقياس : أن تكون بينهما ، وفي الاستحسان : هو ابن الأب ، لأن الابن مع الأب استويا في الملك في النصف ، وترجح الأب[5] بزيادة تأويل الملك له في مال الابن ليس ذلك للابن في مال والده ، وإذا صار الولد للأب صارت الجارية أم ولد له ، وضمن الأب لابنه نصف قيمتها ونصف عقرها ، بخلاف ما إذا كان الكل للابن لأن تملك الأب نصيب الابن ههنا بحكم الاستيلاد لا شرط صحته ، فإن قيام الملك له في النصف كافٍ لصحة الاستيلاد كان الوطء في

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢٣ .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٤) في (هـ) : وصيته .

(٥) غير موجود في (هـ) .

نصف الجارية ملاقياً ملك الابن ، أما إذا كانت الجارية كلها للابن فتملك الأب الجارية شرط الاستيلاد إذ ليس للأب في الجارية ما يكفي لصحة الاستيلاد ، فكان الوطء مضافاً إلى ملك نفسه ؛ وعلى هذا القياس والاستحسان إذا كانت الأمة بين الجد وابن الابن ، أما إذا كانت الأمة بين أخوين أو بين رجل وخاله أو عمه أو ابن خاله فالولد يكون بينهما لأنهما استويا من كل وجه ، والله أعلم .

نوع آخر في دعوى الرجل [ولد أمته][1] :

قال محمد رحمه الله[2] : رجل له أمة لها أولاد قد ولدتهم في بطون مختلفة من غير زوج ، فقال المولى : أحد هؤلاء ابني ، فما دام المولى حياً يجبر على البيان ؛ لأن المولى كما أقر بنسب أحدهم فقد أقر بحرية أحدهم ، ومن أقر بحرية عبد من عبيده ، فما دام المولى حياً يجبر على البيان .

فإن مات قبل البيان وقد كان قال هذه المقالة في صحته ، أجمعوا على أن النسب لا يثبت حتى لا يرث واحد منهم من الميت ، لأن النسب مجهول ، وجهالة النسب مما يمنع ثبوت النسب .

وأجمعوا على [أن][3] أم الأولاد تعتق ؛ لأنا تيقنا بعتقها ، فإن أبا الأولاد هو المراد بالدعوة ، صارت الجارية أم ولد وتعتق بموته .

وكم يعتق من الأولاد ؟ اختلفوا فيه ، قال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد منهم ثلثه ، ويسعى في ثلثي قيمته . وقال محمد : يعتق الأصغر كله ، ويعتق من الأوسط نصفه ، ويسعى في نصف قيمته ، ويعتق من الأكبر ثلثه ، ويسعى في ثلثي قيمته ، ولم يذكر قول أبي يوسف في « الكتاب» .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) . وفي (ك) : في دعوى ولد ابنه .

(٢) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢٩ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

وحكي أن الفقيه أبا أحمد العياضي[١] كان يروي عن أبي يوسف أنه قال: ما تيقنت بعتقه يعتق كله، كما قال محمد: وما لم أتيقن بعتقه، فإن قولي[٢] فيه مثل قول أبي حنيفة، فعلى هذا يعتق الأصغر كله [على قوله، ويعتق من الأوسط والأكبر من كل واحد ثلثه.

وجه قول محمد رحمه الله: أنا تيقنا بعتق الأصغر؛ لأنه][٣] إن كان المراد بالدعوة هو عتقه، لأنه ابنه، وإن كان المراد بالدعوة الأكبر أو الأوسط، فكذلك يعتق الأصغر لأنه [ولد أم الولد، فأما الأوسط يعتق في حالين: وهو أن يكون المراد بالدعوة هو والأكبر، ولا يعتق][٤] إن كان المراد بالدعوة الأصغر.

وأحوال[٥] الإصابة حالة واحدة، وصار يعتق في حال [ولا يعتق في حال][٦]، فيعتق نصفه، وأما الأكبر فهو يعتق في حال ولا يعتق في حالين وهو أن يكون المراد بالدعوة الأوسط والأصغر، وأحوال الحرمان أحوال فيعتق ثلثه. وأما أبو حنيفة يقول: الأصغر إنما يعتق كله، والأوسط نصفه إذا اعتبر بالعتاق إلا من جهة أنفسهما ومن جهة أمهما كما اعتبره محمد، وتعذر اعتبار العتاق بهما بالجهتين، لما بينهما من التضاد والتنافي.

[فبعد هذا اختلف[٧] عبارة المشايخ في بيان التضاد][٨] والتنافي بين الجهتين.

---

(١) محمد بن أحمد العياضي، أخو الإمام أبي بكر، قال الحكيم أبو القاسم السمرقندي: ما خرج من خراسان وما وراء النهر منذ مئة سنة مثل الفقيه أبي أحمد العياضي: علماً وفقهاً، ولساناً وتديناً، ونزاهة وثقة، وكذا أخوه أبو بكر العياضي، كان يدانيه في أنواع العلوم وسائر خصال الشرف، وهما ابنا الشهيد أبي نصر أحمد بن العباس العياضي.
« الجواهر المضية » ٤: ١٠.

(٢) في (م): قوله.

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك).

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك).

(٥) في (ب): وحال.

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك).

(٧) في (ك): اختلاف.

(٨) ما بين معكوفتين سقط من (ب).

فبعضهم قالوا : العتق من جهة نفسه يثبت أصلاً بالدعوة ، والعتق من جهة الأم يثبت تبعاً ؛ لأنه يعتق تبعاً بعتق الأم ؛ وبين كون الشيء تبعاً وأصلاً تنافي ، فلا بد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر ، ولا شك أن إلغاء جهة التبعية أولى من إلغاء جهة الأصالة ، وإذا وجبت إلغاء للجهة التي تثبت لهما العتق من جهة الأم بقيت العبرة للجهة التي تثبت لهما العتق من جهة أنفسهما أصلاً ، وباعتبار هذه الجهة تثبت لكل واحد منهما ثلث العتق ؛ لأن كل واحد منهما يعتق في حال ويرق في حالين ، فيعتق من كل واحد منهما ثلثه .

وبعضهم قالوا : ما ثبت لهما من العتق من جهة أمهما يثبت في ثاني الحال ، وهو ما بعد موت السيد ، وبينهما يثبت من العتق في الحال ، وبينهما يثبت في الثاني تنافي ؛ لأن الذي يثبت في الحال يزيل الرق في الحال ، والذي يثبت في الثاني يزيل الرق في الثاني ، وبين كون الرق زائلاً في الحال وغير زائل تنافي ، فلا بد من إلغاء أحدهما ، فنقول : إلغاء [ما][1] يوجب العتق في الثاني أولى من إلغاء ما يوجبه منجزاً في الحال ، لأن المنجز أقوى، فلغى اعتبار جهة العتق الذي يثبت لهما من جهة الأم ، وبقيت العبرة للجهة التي تثبت لهما العتق من جهة أنفسهما ، و[2] باعتبار هذه الجهة يثبت لكل واحد منهم ثلث العتق على ما بينا ، ولم يذكر ههنا أن الورثة هل يجبرون على البيان ؟ ، وذكر في « وصايا الفتاوى » : أنهم يجبرون .

وإذا بين واحد منهم وقالوا : هذا ولده ثبت نسبه ؛ ولا يلتفت إلى قول الباقين وجحودهم .

وإذا ولدت أمة الرجل ابناً من غير زوج فلم يدعه المولى حتى كبر الابن وولد الابن ولداً من أمة للمولى ، ثم مات الابن الأول ، ثم ادعى المولى أحدهما وقال : أحد هذين ابني ، يعني الميت وابنه ، قال : يعتق الابن كله ، وهذا بلا خلاف[3] .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (ك) : أو .

(٣) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢٩ .

أما على أصل أبي حنيفة فلأنه لا يعتبر العتق من جهة الأم ، إنما يعتبر العتق من جهة نفسه ، وباعتبار هذه الجهة يعتق الأسفل كله ؛ لأن المولى يصير جامعاً بين حي وميت ، وقوله : « أحدكما حر » ، تنصرف الحرية كلها إلى الحي منهما .

أما عند محمد فلأنه إن كان المراد بالدعوة هو عتق لأنه ابنه ، وإن كان المراد بالدعوة الميت ؛ عتق هو أيضاً ؛ لأنه ابن ابنه فتيقنا بعتقه ويعتق من كل واحد من الجاريتين نصفها ، لأن كل واحدة[١] تعتق في حال وترق في حال .

قال : أمة في يدي رجلين ولدت بنتاً ، وولدت ابنتها بنتاً ؛ فقال المولى في صحته : إحدى هؤلاء الثلاثة ولدي ، ومات قبل أن يبين ، فإنه يعتق السفلى كلها ؛ لأنها إن كانت هي المراد فهي ابنته ، فيعتق بهذه الجهة ، فتيقنا بعتقها كلها ، وكذلك الوسطى يعتق كلها ؛ لأنها إن كانت هي المراد فهي ابنته ، وإن كان المراد هي الوسطى فكذلك ؛ لأنها أم ولد له ، فيعتق بهذه الجهة ، وإن كان المراد هي السفلى لا يعتق العليا ، والعليا تعتق في الحالين دون حال وأحوال الإصابة حالة واحدة في ظاهر الرواية ، وكأنها تعتق في حال وترق في حال فَيُعتق نصفها ، وسعت في نصف قيمتها .

قالوا : ما ذكر من الجواب مستقيم على قول أبي حنيفة في حق الحملة إذا كانت العلة في إلغاء العتق الذي أثبت في جهة الأم في المسألة المتقدمة أن العتق من جهة الأم يثبت للولد تبعاً ، ومن جهة نفسه يثبت مقصوداً ؛ لأن السفلى [تعتق][٢] في الأحوال الثلاثة من جهة[٣] نفسها مقصوداً ؛ [لأنها ابنة المدعي أو ابنة ابنته أو ابنة ابنة ابنته ، وابنة الابنة ، وابنة ابنة الابنة ، تعتق من جهة نفسها][٤] ، كالابنة وأم الولد تعتق من جهة نفسها أيضاً مقصوداً لانتفاء لغيرها .

---

(١) في (م) و (ب) : واحد .

(٢) مابين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

ألا ترى أنه يتصور عتقها بدون عتق الولد ، بأن استولد جارية بحكم النكاح ، ثم اشتراها دون الولد ، ثم مات المستولد فإنها تعتق بموته ، فاعتبار الجهات ممكن في هذه المسألة بخلاف المسألة المتقدمة ؛ لأنه هناك الأصغر نصيبه العتق في حال من جهة نفسه ، وفي حالين من جهة الأم تبعاً ، ألا ترى أن الأصغر لا يعتق ما لم تعتق الأم ، وكذلك الأوسط على هذا ، وبين الجهتين تنافٍ ، فلا يمكن اعتبارها ، أما ههنا بخلافه .

فأما إذا كانت علة إلغاء العتق على قول أبي حنيفة في تلك المسألة أن العتق الذي يصيب الابن من جهة متجزء يثبت في الحال ، والذي يثبت[١] من جهة أمه ثبت[٢] في ثاني الحال ، فما ذكر من الجواب مستقيم على قوله في حق السفلى ؛ لأن[٣] [نصيبها غير متجزء في الأحوال ؛ لأنه إنما][٤] يصيبها العتق إما لأنها ابنة المدعي ، أو ابنة ابنه[٥] ، أو ابنة ابنة ابنه[٦] ، والعتق بهذه الأسباب يقع متجزأ .

أما لا يستقيم في حق الوسطى ؛ لأن الوسطى تعتق في الحال[٧] بعتق الأم في الثاني ، فيجب إلغاء هذه الجهة ، وباعتبار الجهة التي توجب العتق متجزاً الوسطى تعتق في حالين ؛ بأن كان هي المراد أو العليا ، ولا يعتق في حال بأن كان المراد هي السفلى ، وأحوال الأصالة حالة واحدة في ظاهر الرواية ، كأنها[٨] تعتق في حال ، فيعتق نصفها .

وكذلك لا يستقيم هذا الجواب في حق العليا ، ويجب أن يعتق منها ثلثها ؛ لأن ما يصيبها من العتق بسبب أمومية الولد ساقط الاعتبار ، وباعتبار الجهة التي يصيبها العتق

---

(١) في (هـ) : ثبت .

(٢) في (هـ) : يثبت .

(٣) في (هـ) و (ب) : لأنه .

(٤) ما بين معكوفتين شطب عليه في (هـ) .

(٥) في (هـ) و (ب) : ابنته .

(٦) في (هـ) و (ب) : ابنته .

(٧) في (هـ) و (ك) : حال .

(٨) في (ب) : فإنها .

من جهة نفسها تعتق في الحال[١] إن كان المراد هي ، وترق في حال إن كان المراد هي السفلى أو[٢] الوسطى ، وأحوال الحرمان أحوال باتفاق الروايات ، فينبغي أن يعتق ثلثها ويسعى في ثلثي[٣] قيمتها .

قال : أمة في يدي رجل ولدت ابناً من غير زوج ، ثم ولدت ابنتين[٤] في بطن آخر من غير زوج ، [ثم ولدت ابناً في بطن آخر من غير زوج][٥] فنظر المولى إلى الابن الأكبر ، وإلى أحد الابنتين[٦] وقال في صحته : أحد هذين ولدي ، ثم مات قبل البيان فإنه لا يثبت نسب واحد منهما لما مر ، وعتقت الجارية كلها ؛ لأنا تيقنا بعتقها ، أراد بالدعوة الابن الأكبر أو إحدى الابنتين ، وعتق [من][٧] الأكبر نصفه ويسعى في نصف قيمته ؛ لأن الأكبر يصيبه العتق من جهة نفسه ، ولا يصيبه من جهة أمه ؛ لأن ولادته قبل ولادة الابنتين[٨] ، وباعتبار جهة نفسه يعتق في حال ويرق في حال ، فيعتق نصفه ، ويعتق الأصغر كله بلا خلاف ؛ لأنه لا يصيبه العتق من جهة نفسه ، لأنه لم يدخل تحت الدعوة أصلاً ، وإنما يصيبه العتق من جهة الأم .

وأبو حنيفة يعتبر العتق من جهة الأم إذا كان لا يصيبه العتق من جهة نفسه ، وباعتبار عتق الأم يعتق على كل حال ، لأنه ولد أم الولد على كل حال ، فيعتق بموت المولى ، ويعتق من كل واحدة من البنتين نصفها ، وسعت [في نصف قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ هكذا ذكر من ظاهر الرواية .

---

(١) في (هـ) و (ك) : حال .

(٢) في (م) و (ب) : و .

(٣) في (ب) : ثلث .

(٤) في (م) و (ب) : ابنين .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) في (م) و (ب) : ابنين .

(٧) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٨) في (م) و (ب) : ابنين .

وروى في غير رواية « الأصول » : أنه يعتق من كل واحدة منهما ربعها ، وسعت][1] كل واحدة في ثلاثة أرباع قيمتها .

وجه هذه الرواية : أن الدعوة إذا لم يثبت بها النسب يجعل كناية[2] عن حكمها وهو الحرية ، وكأنه جمع بين الابن الأكبر وبين إحد[3] الابنتين وقال : أحدكما حر ، فتثبت حرية كاملة للأكبر وبين إحدى الابنتين ؛ نصفها للأكبر ، ونصفها لإحدى الابنتين ، وليست إحداهما لتعينها[4] للحرية بأولى من الأخرى ، فيكون ذلك النصف بين الابنتين لكل واحدة الربع .

وجه ما ذكر في ظاهر الرواية : أن الدعوة متى لم توجب النسب تجعل كناية عن حكمه ، وهو الحرية لو ثبت النسب على الحقيقة ، ولو يثبت[5] النسب على الحقيقة كان من حكمه حرية الأكبر أو حرية الابنتين ؛ لأنهما توأمان لا يختلفان في حق النسب والحرية ، فيثبت بهذه الدعوة لو يثبت النسب على الحقيقة ، إما حرية الأكبر أو حرية الابنين لا حرية أحدهما ، فإذا لم يثبت النسب على الحقيقة يجعل كناية عن هذا كأنه قال : هذا حر [أو هذان][6] ، فيكون له حريتان في حال ، ولا شيء في حال ، فيكون لهما حرية كاملة [في ضمان ، ولا شيء في حال][7] ، فيكون له[8] النصف .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : كأنه .

(٣) سقط من (ب) .

(٤) في (هـ) : لعينيها .

(٥) في (هـ) : ثبت .

(٦) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٧) ما بين معكوفتين ضرب عليه في (هـ) . وغير موجود في (ب) . وقوله : « فيكون لهما حرية كاملة » غير موجود في (ب) .

(٨) في (هـ) : فيكون واحدة منهما النصف .

وعلى قول محمد رحمه الله [تبارك وتعالى][١] : عتق [الابنتين جميعاً ؛ لأنه إن كان المراد بالدعوة أحدهما من جهة أنفسهما ، وإن كان المراد هو الأكبر عتقا][٢] من جهة أمهما ؛ لأنهما ولدا أم الولد ، ومحمد رحمه الله يعتبر الأحوال في العتق ويعتبر الجهتين .

ولو نظر إلى الابن الأكبر وإلى الابن الأصغر وقال : أحد هذين ابني ثم لم يبين ؛ لم يثبت نسب واحد منهما لمكان الجهالة ، ويعتق من الأكبر نصفه ، ويسعى في نصف قيمته عندهم جميعاً ؛ لأن الأكبر لا يصيبه العتق إلا من جهة نفسه ، وباعتبار هذه الجهة [هو يعتق في حال ولا يعتق في حال .

وأما الأصغر فعلى قول أبي حنيفة][٣] يعتق نصفه ، [وإن كان يعتق هو من جهتين ؛ من جهة نفسه ومن جهة أمه ؛ لأن أبا حنيفة لا يعتبر العتق من جهة الأم في حال ما يصيبه العتق من نفسه ؛ وباعتبار هذه الجهة[٤] ، يعتق في حال إن كان المراد هو فيعتق نصفه][٥] ، وعلى قول محمد : يعتق الأصغر كله؛ لأنه يعتبر العتق بالجهتين ، وباعتبار الجهتين هو حر بيقين ويعتق من الابنتين ، من كل واحدة منهما نصفها بلا خلاف ؛ لأنه لا يصيبها العتق إلا من جهة الأم ؛ لأنهما ما دخلتا تحت الدعوة أصلاً ، وباعتبار عتق الأم هما معتقان في حال إن كان المراد بالدعوة الأكبر ، وإذا كان المراد بالدعوة الأصغر لا يعتقان أصلاً ، فيعتق من كل واحدة نصفها . انتهى[٦] .

أمة[٧] في يدي رجل ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة من غير زوج ، فنظر المولى إلى الأكبر منهم وقال : هذا ابني يثبت نسبه منه ، وينتفي نسب الآخرين عند علمائنا

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٤) في (ب) : الجملة .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٧) في (ب) : كانت في يدي .

الثلاثة ، ونسب ولد أم الولد لا ينتفي إلا بالنفي ، [ولم يوجد النفي][1] ، ولنا : أن نفي الآخرين وجد دلالة ؛ لأن تخصيص[2] بعض الأولاد بدعوة نسبه دليل نفي الباقين ، وهذا لأن الشرع أوجب على المولى إظهار النسب هو ثابت منه بالدعوة فيكون تخصيص البعض ، والحالة هذه دليل نفي الباقين ، ودليل النفي كصريح النفي ، ونسب ولد أم الولد ينتفي بمجرد النفي والله أعلم .

نوع آخر يتصل بهذا النوع :

وإذا كان للرجل منكوحة حرة وأمة ، جاءت كل واحدة منهما بغلام ، ثم ماتت المنكوحة والأمة ، فقال الرجل : أحدهما ابني ولا أعرف من هو فإنه لا يثبت نسب واحد منهما ، لأن هذا الإقرار لا حكم له ؛ لأن أحدهما ابنه بدون إقراره ، فصار وجوده والعدم بمنزلة . وإن انعدم هذا الإقرار ولا يعلم ولد المنكوحة من ولد الأمة ؛ لا يقضي بنسب واحد منهما ؛ لأن هذا الإقرار لا حكم له ؛ لأن أحدهما ابنه بدون إقراره ، فصار وجوده والعدم بمنزلة .

وإن انعدم هذا الإقرار ولا يعلم ولد المنكوحة من ولد الأمة لا يقضي بنسب واحد منهما ؛ لأن الثابت نسب أحدهما ، وهو ولد المنكوحة ، وأنه ليس بمعلوم ، وإثبات نسب المجهول لا يمكن ؛ لأن المقصود من النسب الشرف بالانتساب ، وذلك لا يحصل بالمجهول ، ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه ؛ لأن أحدهما حر بيقين ، وهو ولد المنكوحة ، وعند الاشتباه[3] ليس أحدهما لتعيينه للحرية بأولى من الآخر ، فيشيع العتق فيهما ، فعتق من كل واحد نصفه ، فهذه الجملة من الأصل .

وفي « المنتقى » : بشر عن « أمالي » أبي يوسف : رجل له أمة ولها ثلاثة أولاد في بطون متفرقة ، قال المولى في صحته : أحد هؤلاء ولدي من هذه الأمة ، قال : يعتق

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) في (م) و (ب) : مخصص .

(٣) في (م) و (ب) : الاستناد .

الأسفل كله، وتعتق الأم ، وأما الولد الأكبر والأوسط فيعتق من كل واحد منهما ثلثه كأنه قال أحدكما حر ، فإنما يعامل في العتاق بهذا الوجه مع من لم يعتق منهم على كل حال ، وأما الذي يعتق على كل حال لا بد من عتقه عليه ، وهذا الجواب ظاهر في حق الأول والأسفل ، مشكل في حق الأوسط .

وفيه أيضاً : رجل له أمة ولها ثلاثة أولاد ولدوا في ملكه في بطون مختلفة ، فأشهد المولى في صحته على أحد الأولاد بعينه أنه ابنه من هذه الأمة ، ثم مات ونسي الشهود أيهم هو ، وشهدوا بالشهادة وقالوا : لا نحفظ الذي أرانا يومئذٍ ، قال أبو يوسف : إنما أعتق الأم والأصغر ، أما الأم فلأنه أقر لها بأمية الولد ، وأما الأصغر فلأنه يعتق على كل حال ، أشهد عليه أو على الأكبر أو على الأوسط ، وأما الأكبر والأوسط فرقيقان ؛ لأنهما يعتقان في حال ولا يعتقان في حال ، فلا أعتقهما بهذه الشهادة ، وقال : ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبيده بعينه ، وقد نسيا ، أبطلت[1] الشهادة .

نوع آخر :

ما يجب اعتباره في هذا النوع أن دعوة المدعي في حق ثبات النسب إنما تصح من غير تصديق المالك إذا كان العلوق في ملك المدعي كما في البائع ، أوفي حق الملك للمدعي ، ولصاحب الحق ولاية إبطال حق استلحاق[2] النسب على المالك كما في المكاتب ، فإن دعوة المكاتب [ولد][3] جارية من اكتسابه صحيحة من غير تصديق المولى ؛ لأن للمكاتب ولاية إبطال حق استلحاق النسب على المولى بالبيع من غيره .

ولو[4] ادعى المولى نسب ولد جارية المكاتب لا يصح من غير تصديق المكاتب ؛ لأنه ليس للمولى ولاية إبطال حق استلحاق النسب على المكاتب بالبيع من غيره .

---

(١) في (م) : طلب . وفي (ب) : وقد نسينا إلى الطلب .

(٢) في (ك) و (ب) : استحقاق .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٤) وقع في (م) هنا : « ولو ادعى المولى نسب ولد جارية المكاتب ولاية إبطال حق استلحاق النسب على المولى بالبيع من غيره » وهي مكررة من العبارة التي قبلها والتي تليها ؛ فكأنه انتقل بصر الناسخ أثناء كتابتها .

إذا ثبتت هذه الجملة جئنا إلى مسائل الباب فنقول : إذا ولدت جارية الرجل ولداً وادعى نسب هذا الولد لا[١] تصح دعوته إلا بتصديق من الأب ؛ لأن العلوق لم يحصل في ملك الابن ولا في حق الملك له ، وليست له ولاية إبطال حق استلحاق النسب على الأب أيضاً ؛ بأن يبيع أمته من غيره ، وكان الابن وأجنبي آخر في ذلك على السواء ، والأجنبي لو ادعى لا يصدق[٢] إلا بتصديق المالك ، فكذا الابن .

وكذلك لو ادعى الابن أنه تزوجها لا يصدق إلا بتصديق الأب ، لأنه يدعي ملك بضع الأمة على الأب فلا يصدق ؛ كما لو ادعى ملك رقبة الأمة عليه ، فإن أقام الابن بينة على التزويج برضا الأب أو بغير رضاه ؛ فإن نسب الولد يثبت منه ، ويعتق لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ، ولو عاين القاضي أنه تزوجها نكاحاً صحيحاً برضى المولى ، أو فاسداً بغير رضاه ، ثم جاءت بولد في مدة تلد المرأة لمثلها ؛ فإنه يثبت نسب الولد منه ، ويحكم بعتقه ؛ لأنه ملك ابن ابنه .

نوع آخر في إقرار المريض بالولد :

قال محمد رحمه الله [٣]: رجل ملك عبداً في صحته ، وأقر في مرضه أنه ابنه ، ومثله يولد لمثله ، وليس له نسب معروف فهو ابنه ، ويعتق ويرثه ، ولا يسعى في شيء ، وإن لم يكن له مال غيره ، وكان عليه دين محيط بقيمته ، وهذا لأن المرض لا يزيل أملاك المريض عنه ، ألا ترى أن تصرفات المريض كلها نافذة ، فالدعوة صادفت ملكه ، ولم يكذب فيما ادعى لا حقيقة ؛ فإن[٤] مثله يولد لمثله ، ولا حكماً ؛ لأنه مجهول النسب من غيره فصحت دعوته كما في حال الصحة ، وعتق العبد عليه ؛ لأنه ملك ابنه[٥] ،

---

(١) سقط من (ب) .

(٢) في (م) يتصدق .

(٣) النص في « الفتاوى الهندية » ٤ : ٢١٠ .

(٤) في (ك) : لأن .

(٥) في (م) : لأنه ملكه .

ولا يسعى على العبد وإن لم يكن له ما لغيره ، وكان على المريض دين محيط بقيمته ؛ لأن هذا عتق الصحة ومعتق الصحة لا يسعى لأحد .

بيانه : أن العتق ههنا ثبت حكماً لثبات النسب ، والنسب لا يمكن إثباته مقصوداً على الحال ؛ إنما يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، كان يجب أن يستند العتق منه إلى وقت العلوق ؛ لأنه حكمه إلا أن إستناد العتق إلى ما قبل الملك غير ممكن فيستند العتق إلى حالة التملك ، والتملك كان في حالة الصحة فيعتق من ذلك الوقت، فهو معنى قولنا : « إنه معتق الصحة » ، وهذا بخلاف ما لو أقر المريض أنه أعتق هذا العبد في صحته ، فإنه يعتبر هذا عتق المرض ، وإن كان ملكه في حالة الصحة له ؛ لأن إثبات العتق في الحال ممكن ، فأثبتناه للحال ولم نصدقه في حق الإسناد لحق الورثة ، فأما إثبات النسب مقصوراً على الحال غير ممكن فيثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، وإذا استند السبب إلى وقت العلوق استند العتق إلى وقت العلوق أيضاً ، وكذلك إذا ملك معه أمه وقد ملكها في حالة الصحة لا سعاية على الأم ؛ لأن الأم لا تسعى إذا ملكها في حالة المرض لما تبين فههنا أولى .

هذا إذا ملك العبد في حالة الصحة وحده أو مع أمه ، وادعى نسب العبد في حالة المرض ، فأما إذا ملك العبد وحده أو مع أمه في حالة المرض وادعى نسب الولد يثبت الولد منه وعتق عليه ، وهل يجب على الولد السعاية ؟ فهذا على وجهين :

الأول : أن لا يكون للمريض مال يخرج العبد من مثله ، وفي هذا الوجه تجب السعاية بخلاف ما لو ملكه في حالة الصحة لأنه متى ملكه في المرض كان معتق المرض ، لما ذكرنا أن العتق يستند إلى وقت التملك ، والتملك كان في حالة المرض فيكون معتق المرض، ومعتق المرض يعتبر عتقه من الثلث ، فأما إذا ملكه في حالة الصحة على ما ذكرنا فيعتبر عتقه من جميع المال .

ثم إذا وجب عليه السعاية في هذه الصورة ففي أي قدر يسعى ؟ ذكر على قول أبي حنيفة : يسعى في ثلثي قيمته ، وعند[هما][1] يسعى في جميع قيمته إلا قدر ما يخص

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) وسقط في (ب) .

الميراث وهذا لأن المستسعى عندهما حر مديون ، وليس بمنزلة المكاتب فيكون وارثاً ولا وصية للوارث ، فكان عليه أن يسعى في جميع القيمة رداً للوصية إلا قدر ما يخصه من الميراث ، فإن ذلك يطرح عنه لأنه يستحيل أن يسعى لنفسه .

فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله : فالمستسعي بمنزلة المكاتب [والمكاتب لا يرث][1] ، فكانت الوصية صحيحة له بقدر الثلث فيسعى في ثلثي قيمته عند أبي حنيفة لهذا ولا يرث .

هذا إذا لم يكن للمريض مال يخرج العبد من ثلث ماله ، فأما إذا كان للمريض مال يخرج العبد من ثلث ماله ، فعلى قولهما : يرث العبد منه ويسعى في قيمته إلا قدر ما يصيبه من الميراث ، وهذا ما ذكرنا أن المستسعى حر[2] مديون فيكون وارثاً و « لا وصية للوارث »[3] ، فيلزمه السعاية في جميع القيمة رداً للوصية إلا قدر ما يخصه من الميراث لما ذكرنا .

فأما على قول أبي حنيفة : يرث ولا يسعى في شيء من قيمته ، فقد جمع أبو حنيفة بين أمرين متضادين ، فإنه قال : يرث ولا يسعى ، ومتى ورث يجب أن يسعى رداً للوصية ؛ لأنه « لا وصية للوارث » ، فإذا سعى لا يكون وارثاً ؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب ، [فقد جمع بين أمرين متضادين من هذا الوجه ، وإنما فعل كذلك ضرورة الدور[4] .

بيانه : أنه متى أوجبنا السعاية لا يرث ؛ لأنه يكون بمنزلة المكاتب] عند أبي حنيفة ، والمكاتب عنده لا يورث ، وإذا لم يورث تصح الوصية له ويعتق كله فيرث ،

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) و (هـ) : هو .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في « مسنده » ٥ : ٢٦٧ . و أبو داود في « سننه » ٤ : ٢٠٢ كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، رقم ٣٥٦٠ . والترمذي في « سننه » ٤ : ٤٣٣ كتاب الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث ، رقم ٢١٢٠ ، وقال : حديث حسن صحيح . وابن ماجه في « سننه » ٢ : ٩٠٥ كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث ، رقم ٢٧١٣ ، كلهم من حديث أبي أمامة الباهلي ﷺ .

(٤) الدور عند المناطقة : توقف كل من الشيئين على الآخر . « المعجم الوسيط » ١ : ٣٢٦ .

وإذا ورث لا تصح الوصية له فصحت السعاية فلا يزال يدور هكذا ، وسبيل الدور أن يطرح من حيث يقع ، وإنما يقع الدور بإيجاب السعاية عليه ، فلهذا قال : « لا يسعى » .

فأما الجارية فإنها تعتق بموته ، ولا سعاية عليها وإن ملكها في حالة المرض عندهم لأن المحتبس عندهما بالإعتاق مال غير متقوم في حق الغرماء والورثة ؛ لأن أمومية الولد في حق الغرماء والورثة بسبب قيام الورثة وأنه أمر معاين ، فإنه مما يسقط قيمتها في حق الغرماء والورثة ، كما لو كان الاستيلاد معايناً ، فكان المحتبس عندهما بالإعتاق مالية متقومة ؛ لأنه لم يحدث فيه قبل العتق ما يسقط قيمته في حق الغرماء فإنما احتبس عنده بالإعتاق مالية متقومة ، وأنه معتق المرض ، فيجب عليه السعاية كما لو أعتقه .

وزان مسألة أم الولد من مسألتنا ما لو ملكها في حالة المرض بدون الولد ، وقال : « إنها أم ولدي » ثم مات ، وهناك يسعى للغرماء و الورثة لأن المحتبس عندهما مالية متقومة ؛ لأن أمية الولد لم تثبت في حق الغرماء والورثة إذا لم يكن معها ولد ؛ لأنه لو ثبت[١] بمجرد إقراره ، ولا وجه إليه فاعتبر هذا في حق الغرماء والورثة [بين أمته][٢] ، وكان المحتبس عندهما مالية متقومة ، أما ههنا بخلافه .

قال : ولو أن مريضاً وهب له ابن معروف النسب[٣] منه ولا مال له غيره وعليه دين يحيط بقيمته ، فعليه أن يسعى في جميع قيمته عندهم ، لأنه معتق المرض وقد احتبس عنده مالية متقومة ولا وصية مع الدين ، فكان عليه أن يسعى في جميع قيمته .

وإن كانت قيمة الابن أكثر من الدين [بأن كان الدين ألفاً][٤] ، وقيمة الابن أربعة آلاف لا شك أنه يسعى بقدر الدين ؛ لأنه لا وصية في مقدار الدين ، ومتى وجبت السعاية بقدر الدين يصير في معنى المكاتب عند أبي حنيفة ، والمكاتب لا يرث ، فتصح

---

(١) في (ب) تكرر قوله : ثبت .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) في (ب) : والنسب .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

الوصية بمقدار ثلث الباقي وذلك ألف درهم ، ويسعى في ثلث الباقي وذلك ألف درهم ، وعندهما يسعى في جميع قيمته ؛ لأن المستسعى عندهما حر مديون فيرث ، ولا وصية للوارث فيسعى في جميع القيمة رداً للوصية إلا قدر ما يخصه من الميراث على ما ذكرنا .

ولو وهب للمريض أم ولد معروفة بأنها أم ولده لا سعاية عليها [لما مر أن المحتبس عندهما مالية غير متقومة ، ولو كان اشترى أم ولد معروفة لا سعاية عليها][1] لا للغرماء ولا للورثة لما ذكرنا ، وإن كان في البيع محاباة بأن كانت قيمة الابن أقل من الألف وقد اشتراه المريض بألف درهم ولا مال له غيره ، وعليه دين محيط بجميع ماله ، فإن البائع يرد الفضل على القيمة ، وهو مقدار المحاباة ، [لأن المحاباة][2] في المرض وصية ، والوصية مؤخرة عن الدين .

وإن لم يكن عليه دين ولا مال له غير ذلك يسلم للبائع من المحاباة قدر ثلثها بطريق الوصية ، ورد الباقي على الورثة ، ولا يخبر البائع وإن لزمه زيادة ثمن ؛ لأن الرد متعذر لأنها صارت أم ولد للمريض ، فلا يفيد التخيير .

نوع آخر في الشهادة على الولادة من الوارث :

وإذا كان رجل وامرأته مسلمين ، ولدت المرأة ولداً وادعت أنه ابنها منه ، والزوج يجحد ذلك ، فشهد على الزوج ابنه أو أخوه أنه أقر أنه ابنه من هذه المرأة قبلت الشهادة .

أما شهادة الأخ ، فلأنه يشهد [على أخيه][3] لابن أخيه ، فإن الولد ابن أخيه في زعمه وشهادة الإنسان على أخيه[4] ولابن أخيه [مقبولة ، وأما شهادة الابن فلأنه يشهد على أبيه لأخيه ، وشهادة الإنسان على أبيه ولأخيه مقبولة .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ك) : على أخيه لابن أخيه ولابن أخيه .

فإن قيل : الابن كما يشهد على أبيه لأخيه][1] يشهد لامرأة أبيه أو [لأمه][2] فيما إذا وقع هذه الدعوى بين الزوج وبين أمه ، وشهادة الإنسان [لأمه و][3] لامرأة أبيه غير مقبولة .

قلنا : الأم في هذه الدعوى نائبة عن الولد ، لأن منفعة هذه الدعوى للولد ، فتكون نائبة عن الولد في الدعوى ، فتكون دعواها كدعوى الابن لو كان كبيراً ، ولو كان المدعي هو الابن دون الأم كانت هذه الشهادة مقبولة لأنها قامت على الأب للأخ كذا ههنا ، ولو شهد على إقرار الزوج بذلك أبو المرأة أو جدها لا تقبل شهادته ادعت المرأة أو جحدت ، أما شهادة الأب فلأنه يشهد لأبيه إن ادعت أو لابنة أبيه إن جحدت ، وأما الجد فلأنه يشهد لنافلته إن ادعت ولولد نافلته إن جحدت ، وكذلك لو شهد بذلك أب الزوج أو جده لم تقبل شهادته ادعى الزوج أو جحد .

نوع آخر في دعوى العبد التاجر :

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى أمة ووطئها وولدت ولداً ، ثم إن العبد ادعى نسب هذا الولد ، صحت دعوته ، صدقه المولى في ذلك أو كذبه ؛ لأن للعبد في اكتسابه من تأويل الملك ما للأب في مال الابن وزيادة .

أما أصل التأويل فلأن النبي ﷺ[4] أضاف كسب العبد إلى العبد بقوله : «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع »[5] ، كما أضاف مال الابن إلى الأب بقوله : « أنت ومالك لأبيك » .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) . وفي (م) و (ب) : لا .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (م) و (ك) و (ب) : عليه السلام .

(٥) الحديث متفق عليه من حيث ابن عمر رضي الله عنهما. أخرجه البخاري في « صحيحه » ٥ : ٤٩ مع « الفتح » ، في كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممُر أو شربٌ في حائط أو في نخل ، رقم ٢٣٧٩ .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » ٣ : ٣١ ، في كتاب البيوع ، باب من باع نخلاً عليها ثمر ، رقم ١٥٤٣ .

وأما زيادة التأويل فلأن الكسب حصل بتصرف العبد، والعبد في حق التصرف بمنزلة الحر[١] لا بمنزلة النائب عن المولى، لما عرف أن العبد بعد الإذن يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة عن المولى، وإذا كان العبد في التصرف بمنزلة الحر يجب أن يكون المستفاد له حقيقة الملك كما[٢] بعد العتق، فإن لم يثبت له حقيقة الملك؛ لأنه ليس من أهل حقيقة الملك لا أقل من أن يثبت له زيادة تأويل ملك، بسبب كونه أصلاً في التصرف.

فهو معنى قولنا: «إن للعبد[٣] في كسبه من تأويل الملك ما للأب في مال الابن وزيادة»، فمن حيث أصل التأويل تصح دعوته من غير تصديق المولى، ومن حيث زيادة التأويل لم يحتج إلى التملك لثبات النسب بخلاف الأب ويملك العبد بيع الولد؛ لأنه لما ثبت النسب منه صار في مثل حال الأب، وإذا ملك بيع الولد ملك بيع الأم بطريق الأولى.

قال: ولو زوج المولى هذه الأمة من هذا العبد صح النكاح؛ ويثبت النسب منه إذا ولدت ولداً؛ كما لو زوجه أمة أخرى، وكذلك لو أن هذا العبد تزوج هذه الأمة بغير إذن المولى ثبت نسب الولد منه إذا أقر بالولد، فقد شرط إقراره بالولد، وأنه ليس بشرط مع النكاح سواء كان النكاح جائزاً أو فاسداً، فكأنه ذكر الإقرار اتفاقاً لا شرطاً.

وكذلك لو ادعى هذا العبد ولداً من امرأة حرة نكاحاً صحيحاً أو فاسداً [يثبت النسب منه إذا صدقته المرأة؛ لأن العبد من أهل أن][٤] يثبت النسب منه، وإقراره بالنسب لا يمس حق المولى، وفيما لا يتناول حق المولى إقرار العبد به كإقرار الحي، كما في الإقرار بالقود والطلاق.

---

(١) في (م) و (ب): الجد.

(٢) في (ب): لا.

(٣) في (م): العبد.

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب).

وإذا ادعى ولد أمة لغيره بنكاح جائز أو فاسد ؛ إن صدقه المولى في النكاح - يعني : مولى الأمة - يثبت النسب منه كذبه في الولد أو صدقه ؛ لما ذكرنا أن العبد في دعوى النسب بمنزلة الحر ، والجواب في الحر هكذا .

قال : للعبد المأذون إذا كان مديوناً فاشترى أمة ووطئها وولدت له ولداً ؛ وادعى نسب الولد ، وكذبه مولاه صحت دعوته ، ويثبت نسب الولد منه ؛ لأن الوطء حصل في تأويل الملك ، ألا ترى أنه لا[1] يعتبر تكذيب المولى إذا لم يكن على العبد دين ، فإذا كان عليه دين أولى .

وكذلك إذا ادعى العبد أن المولى أحلها له ، وكذبه المولى لأن الإحلال إن لم يثبت بتكذيب المولى بقي له تأويل الملك في كسبه ، وأنه يكفي[2] لثبات النسب على ما مر .

ولو ادعى ولد أمة لمولاه لم يكن من جارية ، وادعى أن مولاه أحلها ، أو زوجها إياه ، فإن كذبه المولى في ذلك لا يثبت النسب منه ؛ لأنه في حق جارية المولى كأجنبي آخر ، وإن[3] صدقه المولى في ذلك ففي دعوى النكاح يثبت النسب ، وفي دعوى الإحلال لا يثبت قياساً ، وفي الاستحسان : يثبت .

وجه القياس في ذلك : الإحلال[4] في هذا المحل [غير][5] قابل للإحلال ، والإحلال ليس بعقد ، بل هو بمنزلة الرضى ، وكأنه ادعى أن زنا بها برضا مولاها ، وبهذا لم يثبت النسب .

وجه الاستحسان : أن الإحلال نظير النكاح من وجه ؛ فإن ملك النكاح يسمى ملك الحل ، ولا يثبت له بالنكاح ملك عينها ومنافعها ، إنما يحل له وطؤها ، فكان

---

(١) سقط من (ب) .

(٢) في (م) و (ب) : يكتفي .

(٣) في (هـ) : وإذا .

(٤) في (م) : القياس .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

الإحلال مورثاً الشبهة من هذا الوجه ، والنسب يثبت في موضع الشبهات ؛ إلا أنه في دعوى النكاح يشترط تصديق المولى في النكاح خاصة ، وفي دعوى الإحلال يشترط تصديق المولى في أنه أحلها له ، وفي أنها ولدت منه ، وهذا لأن النكاح عقد والعقد يثبت في المحل ، فبعد ثبوته لا يحتاج إلى إقرار المولى بالولادة ، فأما الإحلال فليس بعقد ولا يثبت في المحل ، فلا يثبت النسب منه ما لم ينضم إليه إقرار المولى أن الولد منه .

ولو لم يكن العبد ادعى[١] نسب الولد المولود من أمته ؛ ولكن المولى [ادعى][٢] نسب هذا الولد صحت دعوته أيضاً ، أما إذا لم يكن على العبد دين ، فلأنه مالك كسب العبد حقيقة ، وأما إذا كان عليه دين ، فلأن المولى يملك استخلاص كسبه لنفسه بقضاء الدين فيصير بدعوى النسب والله أعلم .

نوع آخر في دعوى المكاتب في الأمة من كسبه ، وفي دعوى المولى ولد مكاتبة ، أو[٣] ولد أمة مكاتبه :

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : وإذا ولدت أمة المكاتب ولداً ، وادعى المكاتب نسبه صحت دعوته ؛ لأن ما للمكاتب[٤] في كسبه أقوى مما (للعبد المأذون)[٥] في كسبه ، لأن للمكاتب في كسبه حق الملك ؛ حتى لو تزوج بجارية من كسبه لا يجوز ، وينقلب ذلك الحق حقيقة بعتقه ، وليس للعبد المأذون مثل هذا الحق ، فإذا صحت دعوة المأذون أولى أن تصح دعوة المكاتب ، ويستوي إن صدق المولى المكاتب في دعوته أو كذبه فيها .

فرق بين المكاتب والمولى : فإن المولى إذا ادعى نسب ولد أمة المكاتب ، فإنه لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب .

---

(١) في (ب) : ولو لم يكن ادعاه العبد .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) في (م) : و .

(٤) في (م) : مال المكاتب .

(٥) ما بين قوسين جاء مكانه في (ك) : المكاتب .

والفرق : وهو أن حق التصرف في كسب[١] المكاتب للمكاتب ، وليس للمولى إبطال التصرف عليه في اكتسابه من غير رضاه ، ومتى صحت دعوة المولى يبطل على المكاتب حق التصرف ، فشرط تصديق المكاتب حتى لا يبطل عليه حق التصرف من غير رضاه ، وليس في تصحيح دعوة المكاتب إبطال حق التصرف على المولى ، إذ ليس للمولى في اكتساب المكاتب حق التصرف ، فلم يشترط تصديق المولى لهذا ، ويصير هذا الولد[٢] بمثل حال المكاتب مكاتباً ؛ لأن الكتابة حق لازم في المكاتب ، ومثل هذا الحق يسري إلى الولد ، ولا يبيع الابن ولا الأم .

أما الابن فلأنه صار مكاتباً ، وأما الأم فلأن للمكاتب في الأم حق الملك إن لم يكن فيها حقيقة الملك ، [ولو كان له فيها حقيقة الملك][٣] يثبت لها حق العتق ، ويمتنع بيعها ، فإذا كان له فيها حق الملك [لا حقيقة الملك امتنع بيعها لمكان أصل الحق ، ولم يثبت لها حق العتق لانعدام حقيقة الملك][٤] .

وإذا اشترى المكاتب أمة فولدت عنده ولداً لأقل من ستة أشهر ، فادعاه المكاتب صحت دعوته ؛ ولو كان مكان المكاتب عبداً مأذوناً لا تصح دعوته ، والفرق : أن دعوة المكاتب إنما صحت باعتبار ماله من حق الملك في اكتسابه ، والحق ملحق بالحقيقة ، وحقيقة الملك في أحد الطرفين : إما طرف العلوق وإما طرف الدعوة يكفي لصحة الدعوة ؛ فكذا في حق الملك ، أما دعوة العبد إنما تصح باعتبار ماله من تأويل الملك في اكتسابه لا باعتبار حق الملك ؛ وصحة الدعوى متى كانت باعتبار تأويل الملك يشترط قيامه في الطرفين في طرف العلوق والدعوة كما في الأب .

ونظير هذا ما قالوا في المكاتب : إذا باع جارية له فولدت عند المشتري ولداً لأقل من ستة أشهر صحت دعوته وانتقض البيع ؛ ولو ادعاه العبد وباقي المسألة بحالها

---

(١) في (ب) : مال .

(٢) في (ب) : ويصير الولد بهذا .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .وقوله : « الملك » سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

لا تصح دعوته ؛ لأن دعوة العبد باعتبار تأويل الملك فيشترط قيامه في الطرفين ودعوة المكاتب باعتبار حق التملك ، فيكتفي بقيامه في أحد الطرفين .

الأمة إذا كانت بين مكاتب وحر ولدت ، فادعى المكاتب نسب الولد حتى يثبت نسبه منه ؛ ضمن نصف قيمة الجارية ، ونصف عقرها لشريكه .

والأمة إذا كانت بين حر وعبد تاجر ؛ ولدت ولداً ؛ فادعى العبد نسب هذا الولد حتى يثبت نسب الولد منه لا يضمن العبد من قيمة الجارية لشريكه شيئاً .

والفرق : أن العبد بدعوته لم يفسد على شريكه نصيبه في الجارية ؛ لأنه لا يمنع بيع الجارية في نصيب العبد بالاستيلاد حتى يمتنع البيع في نصيب الشريك ، فأما المكاتب بدعوته أفسد على شريكه نصيبه من الجارية ، لأن نصيبه في المكاتب من[1] الجارية صارت أم ولد له وامتنع بيعها ، فيمتنع البيع في نصيب الشريك أيضاً ، فصار مفسداً على شريكه نصيبه فيضمن قيمة[2] نصيبه .

وإذا وطئ المكاتب أمة ابنه والولد حر أو مكاتب بعقد على حدة لم يثبت النسب من المكاتب إلا بتصديق الابن ، بخلاف ما إذا كان الأب حراً ، فإن عتق المكاتب وملك هذا الولد يوماً من الدهر مع الجارية يثبت نسب الولد منه ، وصارت الجارية أم ولد له ، وإن كان الابن قد ولد للمكاتب في حال مكاتبته ، أو كان المكاتب قد اشتراه فولدت أمة هذا الابن ولداً ، وادعاه المكاتب صحت دعوته وصارت الأمة أم ولد له ، ولا يضمن مهرها ولا قيمتها ؛ لأن كسب الولد المولود في الكتابة والولد المشترى بمنزلة كسبه حتى ينفذ تصرفه فيه ، ولو ادعى ولداً من كسبه صحت دعوته ، ويثبت النسب منه ، ولم يلزمه مهر ولا قيمة كذا ههنا .

إذا ادعى الرجل الحر ولد مكاتبة وليس للولد نسب معروف ، ولا للمكاتبة زوج ، صحت دعوته صدقته المكاتبة أو كذبته[3] ، وإنما صحت دعوته لأن رقبة المكاتبة لمولاها ،

---

(١) في (م) : في .

(٢) في (م) : فيه .

(٣) في (م) و (ك) و (ب) : صدقه المكاتب أو كذبه .

فرقبة ولدها تكون مملوكة [له][(١)] أيضاً ، ودعوة الإنسان في ملك نفسه دعوى صحيحة ، ولأنه ليس في تصحيح هذه الدعوى إلا إثبات حق العتق للأم ، وحقيقة العتق للولد ، والمولى[(٢)] يملك إثبات حقيقة العتق للاخر [فيملك إثبات حق الملك][(٣)] بالدعوة من طريق الأولى ؛ لأن الدعوة أسرع نفاذاً من الإعتاق حتى صحت الدعوة من البائع ومن الأب ، ولم يصح الإعتاق منهما ، وتخير[(٤)] المكاتبة ؛ لأنه يثبت له جهتا [عتق][(٥)] بجهة الاستيلاد آجلاً بغير بدل ، وعتق بجهة الكتابة عاجلاً بعوض ، فإن شاءت مضت في الكتابة ، وإن شاءت فسخت .

وإن ادعى ولد أمة مكاتبته[(٦)] لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتبة ؛ لأن للمولى حق ملك في أكساب المكاتبة ، وإنه كافٍ لصحة الدعوة ؛ لأن ما للمكاتبة في اكتسابها من الحق راجح على حق المولى ؛ لأن المولى في اكتسابه حق الملك ، وليس له حق التصرف ، وللمكاتب حق الملك والتصرف ، وإذا كان الرجحان لحق المكاتبة (كانت العبرة لحق)[(٧)] المكاتبة بخلاف ما لو ادعى ولد مكاتبة ، حيث تصح دعوته من غير أن تصدق المكاتبة ؛ لأن حق المولى إذا رجح على حق المكاتبة في نفسها وولدها ، فإن الثابت للمكاتبة في نفسها وولدها حق الملك ، والثابت للمولى في رقبتها ورقبة ولدها حقيقة الملك ؛ حتى ملك إعتاقها ، وإذا كان الرجحان في رقبتها ورقبة ولدها له كانت العبرة لجانب المولى ، فلا يشترط تصديق المكاتبة ، وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية .

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه تصح دعوة المولى ولد أمة المكاتب من غير تصديق المكاتبة ، وقاسه على دعوة الأب جارية ابنه فإنه يصح من غير تصديق الابن .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) في (م) : وغير .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٦) في (هـ) : مكاتبه .

(٧) ما بين قوسين مكانه في (هـ) : فيشترط تصديق .

ووجه ذلك : أن للمولى في اكتساب مكاتبه حق الملك وهذا الحق أقوى من حق الأب في مال الابن ، حتى أن المولى لو تزوج بجارية من اكتساب مكاتبه لا يجوز ، والأب إذا تزوج بجارية ابنه يجوز ، ثم الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه تصح دعوته من غير تصديق الابن ، فلأن تصح دعوة ولد مكاتبه من غير تصديق المكاتب أولى .

وجه ظاهر الرواية : وهو الفرق بين دعوة الأب ، وبين دعوة المولى ، أن صحة دعوة الأب ما كانت باعتبار حق الملك ، فإنه ليس للأب في مال الابن حق الملك عندنا ، ولهذا لو تزوج بجارية ابنه يجوز ، وإنما جاز باعتبار أن للأب ولاية تملك مال الابن عند الحاجة ، وقد مست الحاجة إلى التملك ههنا صيانة لمائه ، فيثبت التملك مقتضى الاستيلاد سابقاً عليه شرطاً لصحته ، فتبين [له][1] أنه استولد ملك نفسه ، فلا تتوقف صحة دعوته على تصديق العبد .

أما المولى فليس له تملك شيء من اكتساب المكاتب للحاجة لتصير الجارية ملكاً له مقتضى الاستيلاد ، فتبين أنه استولد ملك نفسه ، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ شيئاً من اكتسابه لحاجة المأكول والملبوس لا يقدر عليه ، فبقيت الجارية مملوكة للمكاتب ، كما كانت لو صحت دعوته إنما صحت باعتبار ماله فيها من حق الملك ؛ ولا وجه إليه أيضاً ؛ لأن حقه لا يظهر بمقابلة حق المكاتب ؛ لأن حق المكاتب أرجح[2] ، لأنه له حق الملك وحق التصرف ، وللمولى حق الملك لا غير ، فلا يظهر حقه إلا بتصديق المكاتب .

وفرق بين هذه المسألة وبين البائع : إذا ادعى ولد الجارية المبيعة ، وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، فإن دعوته تصح من غير تصديق أحد .

والفرق : أن دعوة البائع إنما صحت لحصول العلوق في ملكه حتى لو[3] توهم أن العلوق لم يكن في ملكه بأن جاءت لستة أشهر فصاعداً من وقت البيع لا تصح دعوته ،

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) في (هـ) و (ك) : راجح .

(٣) سقط من (ب) .

وعلى هذا التقدير يظهر أنها أم ولده ، وأنه باع أم الولد فلم يصح بيعه ، فبقيت على ملكه ، فكان مدعياً ولد جاريته ، فلم يحتج إلى تصديق أحد .

أما ههنا العلوق لم يكن في ملك المولى فتصح دعوته بناءً على ذلك ؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا اشترى المكاتب أمة[١] وحبلت في ملكه حتى لو كان العلوق في ملك المولى ، بأن كانت الجارية من كسب العبد قبل الكتابة ، كاتبه المولى على رقبته واكتسابه ، فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة ، فادعاه المولى صحت دعوته من غير تصديق أحد فثبت أنه لا يمكن تصحيح دعوته بناءً على كون العلوق في ملكه لو صحت دعوته إنما تصح باعتبار ما له فيها من حق الملك ، لكن حقه لا يظهر بدون تصديق المكاتب على ما مر ، فشرط تصديقه لهذا .

فإذا صدقه المكاتب يثبت النسب منه لأن الحق لهما لا يعدوهما ، فإذا تصادقا عليه فيما بينهما بهذا الطريق ؛ قلنا : إذا ادعى نسب هذا الولد أجنبي وصدق المكاتب الأجنبي على ذلك يثبت النسب من الأجنبي ، [و][٢] لأنه لما صدق المولى في ذلك فقد ثبت الوطء من المولى بتصادقهما ، وبعدما يثبت[٣] الوطء بتصادقهما تصح الدعوى من المولى ، ويثبت النسب منه ؛ لأنه صار مغروراً لما نبيّن بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وولد المغرور ثابت النسب منه ، وعن هذا قال أصحابنا : إذا كان الوطء ظاهراً من المولى جازت دعوته ، صدقه المكاتب في ذلك أو كذبه ، وكان الولد حراً بالقيمة ، ويغرم المولى قيمة الولد للمكاتب ، ويغرم عقرها للمكاتب أيضاً .

فرق بينه وبين الأب : إذا ادعى نسب ولد جارية ابنه ، فإنه لا يغرم قيمة الولد ويغرم العقر إلا رواية رواها ابن سماعة أن آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف أن الأب يضمن قيمة الولد ، ويضمن العقر كما في المكاتب بمعنى جامع وهو الغرور ، فإن الأب

---

(١) في (م) و (ب) : أمته .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) و (ك) : ثبت .

صار مغروراً في هذا الاستيلاد لاعتماده دليل الملك في المكاتب وهو ملك الرقبة ، وحكم الغرور ما ذكرنا أصله : إذا اشترى جارية واستولدها فاستحقت من يده .

ووجه الفرق على ظاهر الرواية : أنه ليس للأب في جارية الابن [ما يكفي][(١)] لثبات النسب من حقيقة الملك ، أو حق الملك أو دليل الملك أو دليل الحق ، إنما الثابت[(٢)] مجرد تأويل باعتبار ظاهر الإضافة ، وأنه يكفي لإسقاط الحد ، أما لا يكفي لثبات النسب ، فلا بد من إثبات الملك في الجارية ليثبت النسب ، ولا ملك بدون التملك [فيُثْبِت التملك][(٣)] مقتضى الاستيلاد سابقاً عليه شرطاً لصحته فتبين أنه وطء ملك نفسه ، والولد يعلق حر الأصل من غير قيمة ، ولا يلزم عقر الجارية ، فأما المولى فله في جارية المكاتب ما يكفي لثبات النسب وهو حق الملك ، وقد ظهر ذلك الحق بتصديق المكاتب ، فلا حاجة إلى إثبات التملك مقتضى الاستيلاد سابقاً عليه ، بل بقيت الجارية على ملك المكاتب ، وكان واطئاً ملك المكاتب معتمداً على وجود سبب الملك ، ظاناً أنها ملكه ، وحكم الغرور ما ذكرنا .

[ولا تصير الجارية أم ولد للمولى في الحال إلا رواية رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه فإنها تصير أم ولد .

والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرنا][(٤)] أن الأب يملك الجارية مقتضى الاستيلاد سابقاً عليه ، فتبين أنه استولد ملك نفسه فتصير أم ولد له ولا كذلك المولى ، فإنه لم يملك الجارية بل بقيت على ملك المكاتب ، فلهذا لا تصير أم ولد له للحال ، [وليس من ضرورة ثبات النسب ثبوت أمية[(٥)] الولد للحال][(٦)] .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) في (ب) : الثبات .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٥) أي أمومة .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

قال : وتعتبر قيمة الولد يوم الولادة ، فرق بينه وبين ولد الغرور ، فإن في ولد المغرور تعتبر القيمة يوم الخصومة .

والفرق : وهو أن في مسألتنا لما صدق المكاتب المولى في دعوة الاستيلاد ، فقد زعم أن الحرية تثبت من وقت العلوق لأن للمولى حق الملك في اكتساب المكاتب ، فظهر ذلك عند تصديق المكاتب ، وحق الملك كحقيقة الملك في دعوى[١] الاستيلاد ، فصار المولى متلفاً الولد على المكاتب من وقت العلوق ، ولكن لا يمكن اعتبار قيمته قبل الولادة إذ لا قيمة للولد قبل الولادة ، فتعتبر قيمته في أول أوقات الإمكان ، وذلك وقت الولادة ؛ لأنه أول وقت ظهر له قيمته ، فأما المستحق لم يصدق المشتري في الدعوة ، والولد علق رقيقاً في حق المستحق إلا أن الشرع أثبت للمشتري ولاية المنع بالقيمة ، وكان وقت المنع وقت [تقرير النسب ، ووقت المنع وقت][٢] الخصومة ، فاعتبرت قيمته يوم الخصومة .

وفرق بين مسألتنا هذه وبين مسألة الغرور من وجه آخر ، فإن هناك لو علم المشتري بحال البائع أنه غاصب لا يثبت الغرور لزوال سبب الغرور ، وهو نفاذ الشراء بزعمه ، وههنا لو علم المولى بحال الجارية أنها لا تحل له يثبت الغرور أيضاً لبقاء سبب الغرور ؛ وهو قيام الملك للمولى في رقبة المكاتب .

هذا الذي ذكرنا إذا جاءت الأمة بالولد لستة أشهر منذ اشتراها المكاتب حتى (كان)[٣] العلوق في ملك المكاتب ، [فأما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها المكاتب حتى لم يكن العلوق في ملك المكاتب][٤] فادعاه المولى لا تصح دعوته ، ولا يثبت النسب بدون تصديق المكاتب ، وإذا صدقه المكاتب حتى يثبت النسب كان عبداً على حاله .

---

(١) في (هـ) و (ب) : دعوة . وفي هامش (هـ) : « دعواه » نسخة .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) ما بين قوسين جاء مكانه في (ب) : لم يكن .

(٤) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

وكذلك إذا اشترى المكاتب غلاماً من السوق، وادعى المولى نسب هذا الغلام؛ لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب، وإذا صدقه وثبت النسب كان عبداً للمكاتب على حاله.

فرق بين هذا وبين الوجه الأول وهو ما إذا كان العلوق في ملك المكاتب، فإن العلوق في ملك المكاتب كافٍ لأجل ثبوت النسب من المولى؛ لأن العتق بالقرابة كالعتق بالإعتاق، ولو أعتق المولى عبداً من اكتساب مكاتبه لا يعتق، فكذا لا يعتق بالقرابة بهذا الطريق.

قلنا: المكاتب إذا اشترى ابن مولاه وهو معروف النسب منه أنه لا يعتق، ولكن حرية الولد باعتبار الغرور[1]، فإنه بنى الاستيلاد على سبب الحق في الجارية [وهو ملك الرقبة في المكاتب، وولد المغرور حر بالقيمة، أما إذا لم يكن العلوق في (ملك)[2] المكاتب، فالمولى لا يصير مغروراً لأنه بنى الاستيلاد على سبب الحق في الجارية][3]، فلهذا لم يعتق الولد.

قال محمد رحمه الله في « الزيادات »[4]: رجل اشترى عبداً وكاتبه ثم إن المكاتب كاتب أمة له، ثم ولدت المكاتبة ولداً، فادعاه مولى المكاتب.

فالمسألة على وجوه:

أما إن كانا صدقاه في ذلك يعني المكاتب والمكاتبة، أو كذباه في ذلك، أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر، وأما إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت أو لأكثر، فإن صدقاه في ذلك أو صدقه المكاتب يثبت النسب منه، وإن كذباه في ذلك أو كذبته المكاتبة لا يثبت النسب، فالعبرة في هذا الباب لتصديق المكاتبة؛ لا لتصديق المكاتب؛ بخلاف الفصل الأول، والعبرة هناك لتصديق المكاتب دون أمة المكاتب.

---

(١) في (ب): المغرور.

(٢) ما بين قوسين زيادة من (هـ) و (ك).

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ب).

(٤) المسألة في « الفتاوى الهندية» ٤: ١٣٧.

والفرق : أن ولد المكاتبة من كسبها ، وقد صارت هي أخص بنفسها ومكاسبها بل المولى أحق بها ، وكانت العبرة لتصديق المولى لهذا .

وإذا صدقته [المكاتبة وكذبه المكاتب][1] في ذلك يثبت النسب ؛ لأن مولى المكاتب لا يكون أدنى حالاً من الأجنبي .

ولو ادعى أجنبي نسب هذا الولد وصدقه المكاتب يثبت النسب منه[2] ، فههنا أولى ، ولأن المكاتبة قادرة على اكتساب سبب يثبت به النسب بأن تزوج نفسها منه ، فيثبت به النسب ، وهي قادرة على ذلك ، فيثبت به النسب ، ويجب العقر لها إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت كتابتها . وإن ولدت لأقل من ستة أشهر فالعقر للمكاتب بحصول العلوق في ملكه ، ثم هذا الولد يكون مكاتباً مع أمه ، ولا يكون حراً بخلاف ولد أمة المكاتب .

والفرق : أن حرية ولد أمة المكاتب إنما كانت لأجل[3] الغرور ولا غرور هنا ، وهذا لأن رقبة المكاتب وإن كانت مملوكة للمولى في الفصلين إلا أن ملك الرقبة إنما يكون سبباً لملك الكسب إذا كان الكسب محلاً للملك ، والأمة محل الملك ، فإذا صح النسب في محله ، وامتنع الحكم لمانع يثبت الغرور ، فأما المكاتبة فليست بمحل للملك ، فيبطل النسب ههنا لوقوعه في غير محله ، فلا يثبت الغرور ، ولو ثبت الغرور ههنا إلا أنه لا يمكن القول بحرية الولد ههنا ؛ بخلاف ولد أمة المكاتب .

بيانه : وهو أن حرية ولد المغرور تثبت[4] بالقيمة بإجماع الصحابة ﷺ وتعذر إيجاب القيمة ههنا ، لأنه لو وجبت إما أن تجب للمكاتب أو للمكاتبة لا وجه إلى الأول ، لأن المكاتب صار كالأجنبي عن اكتساب مكاتبته ، وولدها من كسبها ، ألا ترى أنه لو

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : منها .

(٣) في (ك) و (ب) : لأصل .

(٤) في (هـ) : ثبت .

قبل : هذا الولد فالقائل يغرم القيمة للمكاتبة لا للمكاتب ، ولا وجه إلى الثاني ، لأنه لو وجبت القيمة لها وجبت لأجل العتق ، فيجب لها ضمان العتق في أولادها ، والمكاتب لا يجب له ضمان العتق في أولاده لأن المكاتبة بعقد الكتابة تسعى لتحصيل مقصودها ، فكيف تستوجب القيمة لأجلها بخلاف ولد أمة المكاتب ؛ لأن هناك لو أوجبنا القيمة للمكاتب بعتق ولد أمته والمكاتب لا يسعى لتحصيل العتق لولد أمته .

فإن قيل : لا بل إيجاب القيمة للمكاتبة ممكن مع تحصيل مقصودها في حرية الولد ؛ ألا ترى أن المكاتبة إذا غرت رجلاً فزوجت نفسها منه ، على أنها حرة فولدت ولداً كان الولد حراً بالقيمة ، وكانت القيمة لها .

قلنا : ليس في حرية الولد تحصيل مقصودها ؛ إلا[1] أن تعتق وولدها على وجه تصير هي وولدها مولى لمولاها ، وهناك إذا وجبت القيمة وحكم بحرية الولد بحكم الحرية من الأصل من غير ولاء فلا يكون الولد مولى لمولاها ، فلا يكون فيه تحصيل مقصودها فيمكن إيجاب القيمة لها .

فإن قيل : هذا المعنى ليس بصحيح ، فإنا إذا أوجبنا القيمة في مسألتنا وحكمنا بحرية الولد حكمنا بحريته من الأصل من غير ولاء ، فلا يكون فيه تحصيل مقصودها أيضاً ، قلنا : لا بل هو صحيح ، لأن مولاها هنا المكاتب ، والمكاتب ليس من أهل الولاء ، فلم تكن هي قاصدة أن يكون ولدها مولى لمولاها ، بل تقصد عتق الولد لا غير ؛ وأنه حاصل فقد حصل مقصودها فيتعذر إيجاب القيمة بخلاف تلك المسألة ؛ لأن هناك مولى المكاتب من أهل الولاء ، فكانت قاصدة عتق ولدها على وجه تصير هي وولدها مولى لمولاها ، وهذا المقصود هناك مما لا يحصل ، أما هنا بخلافه .

وإذا ثبت أن الولد يكون مكاتباً مع الأم فالمسألة بعد ذلك على وجهين : إن أدت الأم بدل الكتابة عتقت وعتق الولد معها تبعاً لها .

---

(١) في (هـ) و (ك) و (ب) : لا .

وإن عجزت وردت إلى الرق أخذ المولى ابنها بالقيمة ؛ لأنها لما عجزت صارت أمة للمكاتب والمكاتب من أهل أن يستحق قيمة ولد أمته ، فتجب القيمة وتثبت الحرية على ما مرَّ ، غير أن ههنا لا يحتاج إلى تصديق المكاتب وأن يثبت[١] الحق له لوجود التصديق يوم الدعوة ممن إليه التصديق ويعتبر قيمة الولد ههنا يوم العجز ؛ لأن قيمة الولد إنما تجب بمنع الولد واستهلاكه ، وذلك بثبوت الحرية في الولد ووقت ثبوت الحرية في الولد وقت عجز المكاتبة ، فتعتبر قيمته يوم عجز المكاتبة .

لهذا قال : « ولو كذبته المكاتبة وصدقه المكاتب لا يثبت النسب » لما بينا أن العبرة في هذا الباب لتصديق المكاتبة ولم توجد ، ويكون الولد مكاتباً مع أمه إن أدت بدل الكتابة عتقا ، وإن عجزت وردت إلى الرق ثبت النسب من المولى ؛ لأنها لما عجزت وردت إلى الرق وصارت أمة للمكاتب ، وقد وجد التصديق من المكاتب وظهر أن ولاية التصديق والتكذيب له ؛ لانفساخ الكتابة[٢] من الأصل وإن كان الولد حراً بالقيمة ؛ لأنه لما انفسخت الكتابة من الأصل ظهر تأويل الملك للمولى في الجارية وقت العلوق ، وظهر أنه صار مغروراً ، غير أنه إن ولدته لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت بغير قيمة الولد يوم الولادة ، وإن جاءت به لستة أشهر منذ كوتبت بغير قيمة الولد يوم العجز .

والفرق : أن في الوجه الأول تيقنا أن العلوق كان في ملك المكاتب سابقاً على حق المكاتبة ، لأن حقها يثبت بالكتابة ، والعلوق كان قبل [الكتابة][٣] ، فعند ثبوت النسب يصير المولى مستهلكاً الولد على المكاتب من ذلك الوقت ، إلا أنه لا يمكن اعتبار قيمة الولد حال كونه مخفياً ، واعتبرناه في أول أوقات الإمكان وهو ما بعد الولادة .

فأما في الوجه الثاني حصل العلوق بعد ثبوت حق المكاتبة وبعدما صار المكاتب كالأجنبي عنها فلم يصر المولى مستهلكاً عليه وقت ثبوت حقه ، وهو وقت العجز، فاعتبرت قيمة يوم العجز لهذا .

---

(١) في (ك) : ثبت .

(٢) في (ك) : لاكتساب .

(٣) ما بين معكوفتين بياض في (م) وغير واضحة في (ب) .

توضيح الفرق أن في الوجه الأول لما كان العلوق سابقاً على حق المكاتبة كان العلوق في زمان المكاتبة غير محجور عن التصرف فيها ، فعند زوال حق المكاتبة بالعجز يمكن إسناد التصديق إلى وقت العلوق فيثبت النسب وتثبت الحرية من وقت العلوق فصار مستهلكاً الولد من ذلك الوقت .

أما في الوجه الثاني : لما كان العلوق [بعد ثبوت المكاتبة كان[١] العلوق][٢] في زمان[٣] المكاتبة محجوراً عن التصرف فيها ، فلا يمكن استناد التصديق إلى ذلك الوقت بل يبقى مقصوراً على وقت ثبوت حق المكاتبة ، وهو وقت العجز ، فاعتبر قيمته يوم العجز لهذا .

هذا إذا صدقه أحدهما دون الآخر ، وإن كذباه لا يثبت نسب الولد ؛ لأن في تكذيبهما تكذيب المكاتبة وزيادة ، وقد ذكرنا أن المكاتبة لو كذبته بانفرادها لا يثبت النسب ؛ لأنها لما عجزت صارا مملوكين للمكاتب ولا يثبت النسب [منه ، فههنا أولى ، ويكون الولد مع الأم مكاتبين للمكاتب إن أدت[٤] بدل الكتابة عتقاً ، وإن عجزت صارا مملوكين للمكاتب ، ولا يثبت النسب][٥] ، لأنها لما عجزت صارا مملوكين، فكان المولى مدعياً ولد أمة المكاتبة ، فلا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب ، ولم يوجد ههنا تصديق من المكاتب [أصلاً .

وأما إذا صدقاه جميعاً يثبت النسب من المولى ؛ لأن في تصديقهما إياه تصديق المكاتب][٦] وزيادة .

---

(١) في (م) : لأن .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (م) : بإزاء .

(٤) في (ب) : أردت .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ولو صدقته المكاتبة بانفرادها فقد ذكرنا أنه يثبت النسب منه فههنا أولى .

بعد هذا ينظر ؛ إن جاءت بالولد (لأقل من)[١] ستة أشهر منذ كاتبها المكاتب حتى كان العلوق في ملك المكاتب كان الولد حراً بالقيمة ؛ لأنهم تصادقوا على أن الولد علق حراً بحكم الغرور ، وتكون قيمة الولد للمكاتب لوجوبها بسبب كان قبل الكتابة الثالثة ، وتعتبر قيمته يوم الولادة لما قلنا قبل هذا .

وإن جاءت به لستة أشهر منذ كاتبها المكاتب ، فالولد مكاتب معها لما مر أنه لا يمكن إثبات الحرية في ولد مكاتبة المكاتبة ما دامت مكاتبة لم تعجز بعد ، فإن عجزت حينئذٍ يأخذ المولى الولد بالقيمة ، وتعتبر القيمة يوم العجز على ما مر .

عاد محمد [رحمه الله][٢] إلى الوجه الثاني : وهو ما إذا صدقه المكاتب وكذبته المكاتبة [فقال : إذا صدقه المكاتب وكذبته المكاتبة][٣] حتى لم يثبت النسب ، ولم يعجز المكاتب بعد ذلك ، ولكن أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق ، فإن كانت المكاتبة جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت [يثبت النسب من المولى ويكون حراً بالقيمة ، لأن المكاتب لما صدقه في الدعوة وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت][٤] فقد أقر أن العلوق حصل حال قيام ملك المكاتب ، وحال قيام حق الملك للمولى ، وهو إقرار بحرية الولد لمكان الغرور على ما بينا ؛ إلا أنه لم يعمل إقراره قبل الأداء ؛ لأنه مكاتب ، والمكاتب[٥] لا يملك تحرير ولد مكاتبه ، وبعدما أدى[٦] وعتق فهو مصر على ذلك الإقرار ، فيعمل إقراره لأن المولى الحر يملك إعتاق ولد مكاتبه ، فيملك الإقرار

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين تتكرر في (م) .

(٥) سقط من (ك) .

(٦) في (ك) : ادعى .

بحريته أيضاً ، فعتق الولد بإقراره ويثبت النسب من المولى ؛ لأن الولد لما عتق صار في يد المكاتب المعتق ، وقد صدق المكاتب المولى في الدعوة .

ومن ادعى صبياً حراً في يدي إنسان وصدقه صاحب اليد في ذلك يثبت النسب منه ويضمن المولى قيمة الولد ، ويكون ذلك للمكاتب لأنه أقر بإتلاف ملك المكاتب عليه وصدقه المكاتب وقد حصل على الإتلاف قبل ثبوت حق المكاتبة لما جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر [منذ كوتبت .

وهذا إذا كان الولد صغيراً لا يعبر عن نفسه ، فإن كان قد كبر ثم ادعى المولى نسبه وصدقه المولى المكاتب، فالولد حر لما قلنا ، ويرجع في حق النسب إلى قول الولد[1] ؛ لأن النسب تمحض نفعاً في حقه ، وقول (من يعبر عن نفسه معتبر فيما ينفعه .

وإن كانت جاءت)[2] بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ كوتبت لا يعتق الولد ، بل يكون مكاتباً مع أمه ، ولا يثبت نسبه من المولى أيضاً .

أما لا يعتق ؛ فلأن العتق في الوجه الأول وهو ما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر][3] إنما جاءت حكماً لإقرار المكاتب بعتق الولد ، والمكاتب ههنا لم يصر مقراً بعتق الولد لأنه يحتمل أن العلوق كان بعد الكتابة ، والعلوق إذا كان بعد الكتابة لا يثبت حكم الغرور لانعدام محله على ما مرَّ ، فلا يصير مقراً بعتق الولد مع الاحتمال، وإذا لم يعتق الولد لم يصر في يد المولى بقي في يد المكاتبة، فيعتبر تصديقها لثبوت النسب بخلاف الوجه الأول ، لأن هناك لما عتق الولد صار في يد المكاتب المعتق فيصير تصديقه ، وقد وجد فيثبت النسب ، أما ههنا بخلافه .

وإن عجزت المكاتبة بعد ذلك وردت في الرق كان الولد حراً بالقيمة ثابت النسب من المولى ؛ لأنها لما عجزت وردت إلى الرق انفسخت الكتابة من الأصل وصار العلوق في التقدير في أمة المكاتب وكان المولى مدعياً ولد أمة المكاتب ، وهي المسألة التي تقدم ذكرها .

---

(١) في (ب) : النسب .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

وإن لم تعجز ولكنها أدت بدل الكتابة عتقت وعتق الولد معها ، ولا يثبت نسب الولد من المولى ؛ لأن تصديق المكاتب لما لم يعمل قبل عتقها في حق ثبات نسب الولد من المولى فبعد عتقها أولى ، إلا أنه إذا كبر الابن وصدق المولى في ذلك فحينئذٍ يثبت نسبه من المولى بتصديقه ، ولا يلزم القيمة لأن الولد عتق بعتق الأم لا بدعوى المولى وبعدما عتق بعتق الأم لا تجب قيمته على من يثبت نسبه منه ، كمن ادعى نسب معتق إنسان وصدقه المعتق حتى يثبت نسبه منه لا يجب على المدعي قيمته كذا ههنا .

عاد محمد رحمه الله إلى أصل المسألة فقال : المكاتب إذا كاتب أمته ، ثم أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق ، ثم ولدت المكاتبة ولداً فادعاه المولى ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت العتق [ولأكثر من ستة أشهر منذ كوتبت فهذا ؛ وما لو ولدت قبل عتق المكاتب سواء ، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق][1] فادعاه أحدهما ؛ لا يثبت نسب الولد من المولى أصلاً ؛ لأنه استولدها وليس له فيها حق الملك ، ولا تأويل الملك ؛ إذ ليس للإنسان في مكاتبة معتقه حق الملك ولا تأويل الملك وكان هذا الولد حاصلاً من الزنا ، وبالزنا لا يثبت النسب .

وإن زعم المولى أنه تزوجها بعد عتق المكاتب [فولدت منه على فراشه ؛ فإن صدقاه جميعاً ، أوصدقته المكاتبة وكذبه المكاتب][2] يثبت النسب .

أما إذا صدقاه جميعاً فلأنهما يملكان إثبات الفراش عليها ، وكان تصديقها إياه بمنزلة اكتساب سبب الفراش[3] ، وهما يقدران عليه ، فثبت النسب .

وأما إذا صدقته المكاتبة ؛ فلأنها تملك إثبات الفراش على نفسها بأن تزوج نفسها ، [فثبت به النسب وإن كان فاسداً ، فصار تصديقهما بمنزلة اكتساب سبب الفراش ،

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) في (ب) : الرأس .

وهي قادرة عليه][1] ، [فيثبت][2] به النسب (ولا)[3] يعتق الولد لأنه استولد مكاتبة معتقة بحكم النكاح ، ومن استولد مكاتبة معتقة بحكم النكاح لا يعتق الولد ، بل يكون مكاتباً تبعاً للأم ، فإن أدت بدل الكتابة عتقت وعتق الولد معها ، وإن عجزت كانت أمة للمكاتب ، وولدها عبد للمكاتب لا يأخذه المولى بالقيمة ، كما لو كان النكاح ظاهراً وعجزت المكاتبة .

وإن كذبته المكاتبة وصدقه المكاتب لا يثبت النسب ؛ لأنه لا يملك [إثبات الفراش عليها أصلاً ، فلا يعتبر تصديقه ، وإن عجزت المكاتبة بعد ذلك وردت في الرق صارت أمة للمكاتب المعتق ، فينفذ إقراره عليها بلا نكاح لأنه يملك][4] إنشاء النكاح عليها ويثبت النسب ، ولكن لا يعتق الولد كما لو كان النكاح ظاهراً .

وإن زعم المولى أن هذا الولد ابنه بوطء كان منه قبل عتق المكاتب ، فإن صدقاه جميعاً يثبت النسب من المولى ويكون مكاتباً مع أمه لأنهم تصادقوا أن العلوق كان وللمكاتب مكاتب ، ومن ادعى ولد مكاتبة المكاتب[5] واتصل بها التصديق من المكاتبة يثبت النسب منه[6] ، وكان الولد مكاتباً مع أمه كذا ههنا .

فإن عجزت بعد ذلك وردت في الرق انفسخت الكتابة من الأصل ، وتبين أن الدعوى في ولد أمة المكاتب وقد اتصل بها التصديق من المكاتب .

وإن صدقته المكاتبة وكذبه المكاتب يثبت النسب ؛ لأن الحق في التصديق لها ، وقد وجد والولد[7] رقيق لما مر .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) . وقوله : « لأنه يملك » غير موجود في (ك) .

(٥) في (ب) : المكاتبة .

(٦) سقط من (ك) و (ب) .

(٧) في (م) و (ب) : ولد .

وإن عجزت وردت في الرق كان الولد مع أمه[١] مملوكين للمكاتب ؛ لأن المكاتب منكر كون العلوق سابقاً على عتقه فيكون منكراً كون المولى مغروراً ، وبعد العجز صار الملك له في الجارية والولد ، وكانت الجارية المكاتبة بتصديق المولى فيما ادعاه يريد إبطال ملك استحقه المكاتب في الولد ، وهي لا تملك ذلك ، وإن كذبته المكاتبة وصدقه المكاتب لا يثبت النسب لما مر ، فإن عجزت المكاتبة وردت في الرق أخذ المولى الولد بالقيمة ؛ لأن المكاتب مصدق في حق نفسه ، وبعد العجز جعلت الحق له ، فيعمل تصديقه فيأخذ المولى الولد بالقيمة ، ويعتبر قيمته يوم العجز لما مرَّ ، وكثير من جنس هذه المسائل ، ذكرها في كتاب المكاتب والله أعلم .

نوع آخر في دعوى أهل الإسلام وأهل الذمة والولد :

قال محمد رحمه الله[٢] : أمة بين مسلم وذمي جاءت بولد فادعياه ، فهو ابن المسلم ؛ لأن الدعوى عند اتصال العلوق بالملك بمنزلة البينة ، ألا ترى أنه لو انفرد أحدهما بالدعوة يثبت ما ادعاه ، كما لو أقام البينة .

ولو أقام البينة بأن كان الصبي في يد غيرهما ، كانت بينة المسلم أولى ؛ لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه ويثبت إسلام الولد ، وبينة الكافر تثبت النسب ببعض أحكامه فكذا[٣] ههنا .

فإن كان الذمي قد أسلم ثم جاءت الأمة بولد فادعياه ، فهو ابنهما يرثهما ويرثانه سواء كان العلوق بالجارية قبل إسلام الذمي أو بعده ؛ لأنهما استويا وقت الدعوة ، لأن كل واحد منهما بدعوته يثبت نسب الولد بجميع أحكامه ، وإسلام الولد ، والعبرة بحالة الدعوة ، لأن ثبات نسب الولد ولد الأمة من المولى بالدعوة ، فكانت العبرة لحالة الدعوة ، وقد استويا حالة الدعوة ، فيقضى بالولد بينهما .

---

(١) في (هـ) و (ك) و (ب) : أمها .

(٢) المسألة في «الفتاوى الهندية » ٤ : ١٢٣ نقلاً عن كتاب «المحيط ».

(٣) في (م) : كذا .

وإذا كانت الأمة بين مسلمين ارتد أحدهما - والعياذ بالله - ثم جاءت بولد فادعياه ، فهو ابن المسلم منهما ، علقت قبل ارتداد الآخر أو بعده ، لأن العبرة لحالة الدعوة ولا مساواة بينهما حالة الدعوة ؛ لأن بينة المسلم تثبت إسلام الولد حقيقة وحكماً ، وبينة المرتد تثبت إسلام الولد حكماً لا حقيقة ، لأن المرتد إن اعتبر مسلماً في حق بعض الأحكام ، فهو كافر على الحقيقة ، وإذا صار المسلم أولى بالولد صارت الجارية أم ولد له ، وضمن للمرتد قيمتها ؛ لأنه تملك عليه نصيبه ويتقاصان في العقر[١] ؛ لأن كل واحد منهما أقر بوطء جارية مشتركة .

وإذا كانت الجارية[٢] بين مسلم وذمي ، ارتد المسلم - والعياذ بالله - وجاءت الأمة بالولد فادعياه فهو ابن المرتد ، لأن المرتد قد يثبت إسلام الولد حكماً إن كان لا يثبته حقيقة ، والذمي لا يثبت إسلام الولد لا حقيقة ولا حكماً ، فصار المرتد أولى وضمن للذمي نصف قيمتها ، لأنه يملك نصيب الذمي ، وفي العقر يتقاصان لما ذكرنا .

وإذا كانت الأمة بين يهودي ونصراني ومجوسي جاءت بالولد فادعوه ، فهو ولد النصراني واليهودي يرثهما ويرثانه ؛ لأن دعواهما أكثر إثباتاً ، لأنهما يثبتان للولد بعض أحكام الإسلام من حل الذبيحة والمناكحة .

وإذا كانت الأمة بين مجوسي حر ، وبين مكاتب مسلم ، فجاءت بولد فادعياه ، فهو ابن المجوسي وإن كان ينبغي أن يكون ابنهما ؛ لأن في دعوة كل واحد منهما زيادة إثبات ليست في دعوة الآخر ، فالمجوسي يثبت النسب بجميع أحكامه ، إن كان لا يثبت إسلام الولد ، والمكاتب يثبت إسلام الولد إن كان لا يثبت النسب بجميع أحكامه .

والجواب : أن الزيادة في جانب [المجوسي في نفس ما وقع فيه الدعوى ؛ لأن الزيادة في جانب أحكام النسب ، والدعوى وقعت في النسب وأحكامه ، والزيادة في جانب][٣]

(١) في (ب) : العقد .

(٢) في (ك) : الأمة .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

المكاتب إسلام الولد ، وأنه ليس من أحكام النسب والترجيح ولا[١] يعتبر بالزيادة فيما وقع فيه الدعوى ، ثم عند الاستواء في ذلك يعتبر الترجيح بالزيادة في شيء آخر .

قال : وإذا كانت الأمة بين رجلين مسلمين علقت ، ثم إن أحدهما باع نصيبه من الآخر فولدت ولداً بعد البيع لأقل من ستة أشهر فادعياه ، فهو ابنهما فقد صحح دعوة المشتري مع دعوة البائع ، وفيما إذا كانت الجارية كلها لرجل باعها من إنسان فولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعياه ؛ كان دعوة البائع أولى .

والفرق : وهو أن في تلك المسألة إنما كانت دعوة البائع أولى ، لأن دعوته سابقة معنى ؛ لأنها دعوة استيلاد ، إذ العلوق في ملكه ؛ ودعوة المشتري دعوة تحرير ، إذ العلوق لم يكن في ملكه ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، ودعوة التحرير تقتصر على الحال ، وفي هذه المسألة استويا في [الدعوة ولم تسبق دعوة أحدهما على دعوة صاحبه ، لأن دعوة كل واحد منهما دعوة استيلاد ، فإذا استقرا في الدعوة استويا[٢] في][٣] النسب ، فإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ، ويثبت النسب منه وبطل البيع منه ، واسترد المشتري الثمن من البائع ، وغرم البائع نصف قيمتها ونصف عقرها والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) في (هـ) و (ك) : أو لا يعتبر .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

الفصل التاسع والعشرون
في الغرور

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : أمة أبقت إلى رجل وأخبرته أنها حرة ، وتزوجها على أنها حرة ، فولدت له أولاداً ، ثم جاء مولاها وأقام البينة على أنها أمته ؛ قضى القاضي له بالجارية وبالأولاد للمولى إلا أن يقيم الزوج البينة على أنها تزوجته أنها حرة .

أما القضاء بالجارية ؛ لأن الجارية عين ماله ، وأما القضاء بالأولاد ، فلأن الأولاد فرع الجارية وجزؤها فتكون مملوكة لصاحب الجارية إلا أن يظهر سبب حرية الجزء وذلك ههنا الغرور ، غير أن الغرور لا يثبت بمجرد دعوى الزوج بل يشترط إقامة البينة عليه ، فإذا أقام الزوج البينة على أنها تزوجته على أنها حرة ، فقد ثبت الغرور ، فلا يقضى بالأولاد للمولى بل يجعلهم أحراراً بالقيمة ؛ لأن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة ، وهذا لأن ولد المغرور علق حراً في حق المستولد ؛ لأنه لم يرضَ برق مائه ، وعلق رقيقاً في حق المستحق لأنه مستولد[1] من ذات مرقوق ، فجعله الشرع حراً بالقيمة نظراً من الجانبين ومراعاة للطرفين .

وطريقه : أن ولد المغرور علق رقيقاً في حق المستحق ، وصار الزوج لا يثبت فيه من الحرية حقاً للزوج مانعاً الولد عن المستحق ، ومنع الملك على المالك بعد الطلب سبب وجوب الضمان ، ولهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ؛ لأن وجوب الضمان على المستولد باعتبار منع المملوك عن المالك ، والمنع إنما يتحقق عند الخصومة ، فتعتبر القيمة يوم الخصومة لهذا ؛ وتكون قيمة الولد على المستولد ، ولا يكون على الولد ولا في ماله ؛ لأن سبب الضمان إنما وجد من المغرور لا[2] من الولد ؛ لأن سبب الضمان منع الولد

(١) في (هـ) و (ك) : متولد .

(٢) في (م) : ولا .

بالحرية ، وحرية الولد إنما تثبت من جهة المستولد ، وهو اشتراط الحرية عند العقد ، فلهذا كان الضمان على المستولد في ماله .

ومن مات من الأولاد قبل الخصومة لا يضمن المستولد شيئاً من قيمته ؛ لما ذكرنا أن ولد المغرور علق رقيقاً في حق المستحق [حراً في حق المستولد ، ولو علق رقيقاً في حق المستحق][(١)] والمستولد بأن كان المستولد[(٢)] غاصباً لا يضمن من مات من الأولاد قبل[(٣)] الخصومة ، والطلب إنما يضمن من مات منهم بعد الخصوم والطلب فههنا أولى .

ومن قتل منهم خطأ فقضي للأب بديته وقبضها فإنه يقضي عليه بقيمته ؛ لأنه سلم له بدل الولد لما قبض الدية ، وسلامة البدل[(٤)] كسلامة المبدل ، ويضمن قيمة الولد يوم القتل ، وكان ينبغي[(٥)] أن يضمن قيمته يوم الخصومة ؛ لأن المنع بعد الطلب إنما يتحقق يوم الخصومة ، [ومنع البدل كمنع المبدل][(٦)] .

والجواب أن يقول : إيجاب القيمة يوم الخصومة ويوم منع البدل متعذر ؛ لأنه لا قيمة للبدل يوم الخصومة ويوم منع البدل لأنه ميت ، والميت لا قيمة له ، فما اعتبرنا قيمته في آخر يوم يمكن تقويمه ، وإذا[(٧)] منع البدل ، وذلك يوم القتل ، بخلاف ما لو كان الولد قائماً لأن تقويمه ممكن يوم الخصومة ، ويوم المنع ثمة ، أما ههنا بخلافه .

وإذا كان لم يقبض شيئاً من دية الولد لا يقضي عليه بقيمة الولد ؛ لأنه لم يسلم له الولد لا بنفسه ولا بيد له ، فلم يصر هو مانعاً الولد لا بنفسه ولا بمنع بدله ، فلهذا لا يقضى عليه بقيمة الولد ، وإن قبض من الدية قدر قيمة الولد فإنه يقضي عليه بقيمة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : وقبل .

(٤) في (ب) : اليد .

(٥) في (ك) : بمنزلة .

(٦) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٧) في (هـ) : إذا .

الولد لأنه رقيق في حق المستحق حكماً واعتباراً ، وإنما يشترط لإيجاب الضمان على المستولد على المستحق أن يسلم له بدله رقيقاً ، وقد سلم له ذلك متى قبض قدر قيمته ، وإن مات المستولد وعليه ديون كان المستحق أسوة لغرمائه ؛ لأن قيمة الولد دين للمستحق على الميت كسائر الدين ، فيكون أسوة لسائر غرمائه .

قال : ولا يكون ولاء الولد لمولى الجارية ، وإن علق رقيقاً في حق مولى الجارية ؛ لأنه إنما اعتبر رقيقاً في حق المستحق ليمكن إيجاب الضمان على المستولد لأنه لو اعتبر حراً في حقه لا يمكن إيجاب الضمان على المستولد ، فإنما يظهر رقه في حق المستحق [في حكم الضمان لا غير ، والولاء ليس من إيجاب الضمان في شيء ، فلا يظهر رقه في حق هذا الحكم في حق المستحق][1] .

فالحاصل : أن ولد الغرور حر في حق غير المستحق في جميع الأحكام ، وفي حق المستحق رقيق في حق حكم الضمان حر في حق ما سواه من الأحكام ، وعن هذا قلنا : إن للمستحق أن يضمن المستولد قيمة الولد وإن كان المستحق ذا رحم محرم من الولد ، ولا يجعل حراً من جهة المستحق بالقرابة حتى لا يضمن[2] المستولد لهذا أنه إنما اعتبر رقيقاً في حق المستحق في حق حكم الضمان لا غير ، وأن يعتق عليه بحكم القرابة ليس من الضمان في شيء فيعتبر حراً في حق هذا الحكم فلا يعتق عليه بالقرابة .

قال : ولو لم يكن للزوج بينة على أنها تزوجته على أنها حرة وطلب يمين المستحق حلف على ذلك على العلم ؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يستحلف فيكون الاستحلاف على العلم ؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير .

قال محمد [3]: وإذا اشترى الرجل أمة شراءً فاسداً أو جائزاً أو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية فولدت له أولاداً ، ثم استحقها رجل فإنه يقضي للمستحق بالجارية وأولادها ؛

(١) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٤٧ نقلاً عن كتاب «المحيط ».

(٢) في (ب) : حتى يضمن .

(٣) في (ب) : حتى يضمن .

لأن الأولاد فرع ملكه ، فيكون له إلا إذا ثبت غرور المتولد ، ولا بد لذلك من البينة على الشراء أو الهبة أو أو الصدقة أو ما أشبه ذلك ، فإذا أقام المشتري بينة على ذلك يثبت غرور المستولد ؛ لأنه وطئها على حسبان أنها ملكه بناءً على دليله وهو الشراء أو الهبة ، وهذا هو حد الغرور ، وولد المغرور حرّ بالقيمة، فيقضي القاضي للمستحق بالجارية وبقيمة الولد ، ويقضي له بعقر الجارية أيضاً ، لأن المستولد وطئ ملك الغير وقد سقط الحد لمكان الشبهة فيجب العقر ، ولا يرجع المشتري على مملكها بالعقر بائعاً كان أو واهباً عندنا ، وهل يرجع بقيمة الولد ؟ ففي الشراء يرجع ، وفي فصل الهبة ونظائره لا يرجع .

وعلى هذا إذا نقض المستحق بناء أحدثه المشتري في الأرض المشتراة ، أو قلع الأشجار التي غرسها المشتري في الأرض المشتراة هل يرجع بقيمة ذلك على مملكه ؟ ففي الهبة وأشباهها لا يرجع ، وفي الشراء يرجع .

فالحاصل : أن مجرد الغرور ليس يصلح سبباً للضمان والرجوع ، ألا ترى أن من قال لغيره : اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، [فسلك وأخذ ماله لا ضمان على المخبر ، وقد حصل الغرور ، إنما الموجب للضمان والرجوع ضمان السلامة إما نصاً بأن قال لغيره : اسلك هذا الطريق فإنه آمن][1] ، فإن أُخِذَ مالك فأنا ضامن لذلك ، أو في عقد المعاوضة كما في الشراء وأشباهه من عقود المعاوضات ، وهذا لأن البائع بالبيع ضمن سلامة المبيع للمشتري ؛ لأن المشتري ضمن له سلامة الثمن فيكون هو ضامناً للمشتري سلامة المبيع ؛ لأن هذا عقد معاوضة ومقابلة .

ولأجل ذلك يثبت للمشتري حق الرد بالعيب[2] ، ويكون سلامة المبيع ضماناً[3] لسلامة الزوائد بطريق التبعية ، ولم يسلم الزوائد للمشتري لما ضمن قيمتها للمستحق ،

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) في (م) و (ب) : ضامناً .

فيرجع على البائع بذلك [بحكم الضمان][١] ، فأما الواهب ، فلم يضمن سلامة الموهوب للموهوب له ليصير ضامناً سلامة الزوائد بطريق التبعية ؛ لأن ضمان سلامة المبيع من البائع بمقابلة ضمان صاحبه سلامة البدل ، ولا بدل في عقود التبرع حتى يثبت ضمان سلامة المعقود عليه بمقابلته ، وإذا لم يثبت ضمان السلامة من الواهب [في ضمن العقد][٢] ولا لصاحبه ، ولم يقل : ضمنت لك سلامة الموهوب لو ثبت حق الرجوع للموهوب له ، يثبت بمجرد الغرور ، ومجرد الغرور لا يصلح لذلك .

وإن كان المشتري باع الأمة من رجل آخر وولدت للمشتري الثاني [أولاداً ثم استحقها رجل وأخذ الجارية ، وقيمة الأولاد من المشتري الثاني ورجع المشتري الثاني][٣] على بائعه وهو المشتري الأول بالثمن وبقيمة الأولاد رجع المشتري الأول على بائعه بالثمن بلا خلاف ، وهل يرجع عليه بقيمة الأولاد ؟ فعلى قول أبي حنيفة : لا يرجع ، وعلى قولهما : يرجع ، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب « البيوع » في فصل الاستحقاق .

قال : وإذا اشترى الرجلان[٤] جارية ، ثم إن أحدهما وهب نصيبه من شريكه ، وولدت له أولاداً ، واستحقها رجل وأخذها المستحق ، وقيمة الأولاد ، رجع المستولد بنصف الثمن ، وبنصف قيمة الأولاد على بائعه ولا يرجع على الواهب بشيء ؛ لأن المستولد صار مغروراً في النصف من جهة البائع فيرجع بنصف الثمن ، وبنصف قيمة الأولاد عليه اعتباراً للبعض بالكل ، وفي النصف صار مغروراً من جهة الواهب فلا يرجع عليه في ذلك النصف بشيء ، كما لو صار مغروراً في الكل من جهة[٥] ، ويرجع

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين تكرر في (ك) .

(٤) في (م) و (ب) : الرجل .

(٥) في (هـ) : جهته .

الواهب على بائعه بنصف الثمن ؛ لأن المبيع لم يسلم له ، ولا يرجع عليه بشيء من قيمة الأولاد ؛ لأن[١] الواهب لم يغرم شيئاً من قيمة الأولاد لأحد .

قال : وإذا اشترى الرجلان أمة من رجل وولدت ولداً أو ادعاه أحدهما وغرم نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ثم استحقها رجل قضى القاضي بها للمستحق وبقيمة الولد والعقر لأنه صار مغروراً ، والمغرور كما يتحقق بقيام الملك في الكل يتحقق بقيام الملك في النصف ؛ لأن قيام الملك في نصف الجارية يكفي لصحة الاستيلاد وإثبات حرية الأصل للولد ، ثم يرجع المستولد على بائعه بنصف الثمن وبنصف قيمة الولد ؛ [لأنه في نصف الجارية صار مغروراً من جهة ويرجع على شريكه ما أعطاه من نصف قيمة الجارية ونصف عقرها ؛ لأنه بالاستحقاق ظهر أن شريكه أخذ ذلك منه بغير حق ، ولا يرجع عليه بنصف قيمة الولد][٢] وإن صار شريكه بائعاً نصف الجارية منه ؛ لأن هذا البيع من الشريك من غير صنعه ، وبيع يثبت من غير صنع الإنسان لا يصير البائع به ضامناً سلامة الأولاد للمشتري ؛ لأن ضمان سلامة الأولاد كضمان الكفالة ، والكفالة لا تثبت في موضع من غير صنع من المالك[٣] ، أما البيع قد يثبت من غير صنع الملك ، فأثبتنا البيع ولم نثبت الكفالة لهذا ويرجع شريكه المستولد على بائعه بنصف الثمن ؛ لأنه لم يسلم له المشتري من جهة[٤] .

قال : وإذا أخبر الرجل غيره عن امرأة أنها حرة وتزوجها ذلك الغير على أنها حرة وولدت له ولداً ، ثم استحقها رجل وجعل القاضي الولد حراً بالقيمة بالطريق الذي مر ، فهذه المسألة على وجهين : إن زوجها المخبر على أنها حرة ؛ فالمستولد يرجع بقيمة الولد على المخبر لأنه ضمن له سلامة الولد في ضمن عقد المعاوضة .

---

(١) في (هـ) : لأن . وفي (م) و (ب) : كأن .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : الملك .

(٤) في (م) و (ب) : جهة .

وإن لم يكن المخبر زوجها[١] منه ولكن المرأة زوجت نفسها على أنها حرة فالمستولد يرجع عليه بقيمة الولد (بعد العتق)[٢] ، أما أصل الرجوع عليها ؛ لأنه صار مغروراً من جهتها ، وأما الرجوع عليها بعد العتق ؛ لأن ضمان الغرور قول والأمة محجور عليها ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول للحال وإنما يؤاخذ به بعد العتق .

قال [٣]: وإذا اشترى الرجل[٤] أمّ ولد لرجل أو مدبرة أو مكاتبة من أجنبي غير المولى فوقع عليها فجاءت بولد ، فإن على المستولد قيمة الولد والعقر لمولى المدبرة ولمولى أم الولد ، وعليه قيمة الولد والعقر لمكاتبه ، وهذا الجواب ظاهر في حق المدبرة ؛ لأن ولد المدبرة في حق المستحق يعتبر مدبراً حكماً ضرورة إمكان إيجاب الضمان له كما اعتبر ولد أمته قناً في حق المستحق ضرورة إمكان إيجاب الضمان له فيضمنه المغرور ؛ لأن المدبر يضمن بالمنع والغصب ، وضمان الغرور ضمان منع وغصب في حق المستحق لا ضمان إعتاق ، ولهذا وجب على المغرور قيمة الأولاد موسراً كان أو معسراً .

وفي حق أم الولد هذا الجواب ظاهر أيضاً على قولهما ؛ لأن ولد أم الولد [يعتبر ولد أم الولد في][٥] حق المستحق ، وولد أم الولد يضمن بالمنع والغصب ، فيضمن بالغرور أيضاً ، مشكل على قول أبي حنيفة ؛ لأن ولد أم الولد لا يضمن بالمنع والغصب عنده كأم الولد ، فكيف يضمن بالغرور ؟

وفي المكاتبة هذا الجواب يشكل على قولهم جميعاً ؛ لأن ولد المكاتبة في حق المكاتبة يعتبر مكاتباً بمثل حال الأم ، إلا أن المستولد قد حصل للمكاتبة ما مقصودها[٦] من عقد الكتابة في حق الولد ، فإن مقصود للمكاتبة من عقد الكتابة عتقها وعتق ولدها ،

---

(١) في (م) و (ب) : رفعها .

(٢) ما بين قوسين جاء مكانه في (ك) : للمعتق .

(٣) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٤٩ نقلاً عن كتاب « المحيط ».

(٤) سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) في (م) : قد حصل لمكاتبه ما مقصوده .

ولهذا قلنا : إن المولى إذا أعتق ولد المكاتبة لا يضمن للمكاتبة شيئاً عندهم جميعاً ، وكان يجب أن[١] يضمن المغرور للمكاتبة قيمة الولد ؛ لأنه حصل للمكاتبة ما هو مقصودها من عقد الكتابة .

والجواب : إيجاب ضمان الولد بالغرور ثابت بإجماع الصحابة [ﷺ][٢] ، فإنهم أجمعوا على أن ولد المغرور حر بالقيمة بلا تفصيل ، إلا أن[٣] إيجاب ضمان الولد في بعض المواضع حصل على[٤] موافقة القياس كما في ولد العبد والمدبرة لأن المستولد منع مالاً متقوماً عن المستحق فكان ضماناً بالنص وبالقياس ، وفي أم الولد الضمان على قول أبي حنيفة ، وفي المكاتب على قولهم ثابت بإجماع الصحابة ، بخلاف القياس من الوجه الذي قلنا ، وإثبات الحكم نصاً بخلاف القياس جائز .

وإن كانت المكاتبة هي الغارة بأن زوجت نفسها منه على أنها حرة ، فظهر أنها مكاتبة ، فإن المستولد يضمن للمكاتبة في قول أبي يوسف الآخر ، وكان أبو يوسف يقول أولاً : لا يضمن للمكاتبة شيئاً .

ووجه ذلك : أن المستولد لو ضمن للمكاتبة قيمة الولد لكان له أن يرجع على المكاتبة ثانياً ؛ لأنها هي الغارة ، فإيجاب الضمان لها لا يفيد ، ثم رجع عن هذا وقال : يضمن قيمة الأولاد لأن التضمين مفيد[٥] ؛ لأن المستولد يضمن لها للحال لأن ما يجب على المغرور من ضمان الأولاد يجب حالاً ، وما يجب على المكاتب من الضمان للمغرور يجب مؤجلاً ؛ لأنه ضمان لزمه المحجور بالقول ؛ لأن هذا الضمان يثبت بالنكاح والمكاتبة محجورة[٦] عن النكاح عند علمائنا الثلاثة ، وكل ضمان يلزم المحجور بالقول ، فإنه يتأخر إلى ما بعد العتق ، فيكون الضمان مفيداً .

---

(١) في (هـ) : أن لا .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) في (م) و (ب) : إلى .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) في (ك) : فيفسد .

(٦) في (م) و (ك) و (ب) : محجور .

قال : وإذا باع المكاتب أو العبد المأذون أمة في يدي رجل ، فوطئها المستولد ثم ولدت له ولداً ، ثم استحقها رجل وجعل القاضي الولد حراً بالقيمة ، فإن المشتري يرجع بقيمة الولد على البائع بالكفالة ، والمكاتب والعبد المأذون لا يؤاخذان[1] بضمان الكفالة للحال والعبد لا يؤاخذ بضمان الكفالة أصلاً ؛ لأن هذا الضمان إنما يثبت بسبب البيع ، فيكون في حكم ضمان البيع ، وكان كالمأذون إذا اشترى جارية ووطئها ، ثم استحقت فإنه يضمن العقر للحال ، وإن كان المأذون لا يؤاخذ بالمهر للحال ؛ لأنه يثبت بسبب الشراء ، وكان حكمه حكم الثمن كذا ههنا .

قال : وأهل الذمة والمسلمون سواء في الغرور ؛ لأن الذمة خَلَفٌ عن الإسلام في أحكام الدنيا وهذا من أحكام الدنيا فيكون الذمي والمسلم فيه سواء .

قال : وإذا ورث الرجل أمة من أبيه ، فوطئها فولدت منه ولداً ثم استحقها رجل ، فإنه يقضي له بالأمة وبقيمة الولد ؛ لأنه حصل مغروراً ؛ لأنه وطئها على حسبان أنها ملكه ، وظهر أنها لم تكن ملكه ، فإذا كان الأب قد اشتراها من رجل كان للأب أن يرجع بالثمن وبما ضمن من قيمة الولد على بائع أبيه .

فرق بين الوارث وبين الموصى له ؛ [فإن الموصي له إذا صار مغروراً وضمن قيمة الولد للمستحق ، فإنه لا يرجع على بائع الموصي بشيء لا بالثمن ولا بقيمة الولد .

والفرق : أن الرجوع بالثمن وبقيمة الولد إنما يكون للمشتري أو لنائب المشتري ، والموصى له][2] ليس بمشترٍ ولا نائب عن المشتري لأن الموصى له لا يقوم مقام الموصي في حقوقه كأنه هو ، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ، وإذا لم يكن مشترياً ولا نائباً عن المشتري حكماً لم يكن له أن يرجع على بائع الموصي بشيء ، وكان هو في الرجوع وأجنبي آخر عن المشتري سواء ، فأما الوارث إن لم يكن مشترياً فهو نائب عن المشتري ؛ لأن الوارث يقوم مقامه في الحقوق كأنه هو .

---

(١) في (م) و(ب) : يؤاخذ .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

ألا[١] ترى أنه يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب كالميت سواء[٢] ، وإذا كان [نائباً عن الميت في حقوقه حكماً كان له الرجوع بذلك على بائع ابنه ، كما لو كان نائباً][٣] عنه حقيقة بأن كان وكيلاً عنه .

قال : وإذا أقر المريض في مرضه الذي مات أن هذه الجارية لفلان وديعة عنده ، فوطئ الوارث الأمة بعد موت المورث [وقد علم بإقرار الموروث ، فولدت][٤] منه ثم استحقها رجل ، فإنه يقضي للمستحق بالجارية وبالولد ؛ لأن الوارث لم يصر مغروراً ههنا ؛ لأنه وطأ الجارية مع علمه أنها ملك المقر له ، فإن إقرار المريض بكونها عنده لفلان وفلان أجنبي منه صحيح ، ولو لم يقر بالجارية لفلان ، ولكن قال : هي لي أو لم يقل : هي لي وعليه دين محيط بماله ، فوطئها الوارث فولدت منه تباع الجارية في الدين ويضمن الوارث قيمة الولد والعقر للغرماء ، أما تباع الجارية ؛ لأنها لم تصر أم ولد للوارث ؛ لأن الثابت للوارث في ترك المورث إذا كان عليه دين مستغرق حق الملك لا حقيقة الملك وبحق الملك للمستولد في الجارية لا تصير الجارية أم ولد له .

ألا ترى أن المولى إذا ادعى ولد أمة المكاتب وصدقه المكاتب حتى صحت دعوته لا تصير الجارية أم ولد له ، بل بقيت قنة للمكاتب يبيعها ، وإذا لم تصر أم ولد صار الحال بعد الاستيلاد وقبله سواء . وقبل الاستيلاد تباع الجارية في الدين كذا ههنا .

وأما يضمن المستولد قيمة الولد ؛ لأنه صار مغروراً ؛ لأن بين العلماء خلافاً ظاهراً في وقوع الملك للوارث في التركة المستغرقة بالدين وإن لم يقل بثبوت حقيقة الملك ، فقلنا : بثبوت حق الملك ولهذا ملك الوارث استخلاصها لنفسه بالأداء من موضع آخر .

ولو كان في التركة جارية فتزوجها الوارث لا يصح ، وهذا لأن سبب الملك قد تحقق للوارث ، وهو موت المورث عن مال إلا أنه لم يعمل عمله في حق إيجاب حقيقة

---

(١) في (م) : إلى .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

الملك للوارث لمانع وهو الدين ، فيثبت له حق الملك ، [وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولكن إن ولدت ولداً كان الولد حراً بالقيمة ، وعلى الوارث العقر .

أما كون الولد حراً بالقيمة لأنه يثبت له في الجارية حق الملك على ما ذكرنا ، وحق الملك][1] يكفي لتحقق الغرور ، ألا ترى أن المولى يصير مغروراً في جارية المكاتب ، وإنما يصير مغروراً لما فيها من حق الملك ؛ لأن المولى سبب الملك في أكتساب المكاتب ، وهو ملك رقبة المكاتب لكن لم يعمل عمله في إفادة حقيقة الملك ، وعمل في إفادة الحق ، فعلم أن حق الملك يكفي لتحقق الغرور .

وأما يغرم العقر ؛ لأن حق الملك لا يسقط العقر ، إنما يسقط الحد كما في أمة المكاتب ، ولو جاء رجل وأقام بينة أنها له ، قضيت له بالجارية وبالعقر وبقيمة الولد ، لأن الوارث مغرور .

هذا إذا كان على الميت دين مستغرق . ولو كان الدين على الميت غير مستغرق وباقي المسألة بحالها ، فالمستولد لا يضمن قيمة الولد ؛ لأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لا يمنع وقوع الملك للوارث في التركة ، فكان مستولداً أمة نفسه ، فلا يضمن قيمة الولد وإن تعلق بالجارية حق الغير ، كالراهن إذا استولد الجارية المرهونة ولكن يضمن قيمتها وعقرها لأن الجارية إن كانت ملكاً للوارث ، إلا أنه تعلق بها حق الغريم ، فإن الدين بعد الموت يتعلق بالتركة .

ويجوز أن يضمن المالك بتصرف يحدثه في ملكه إذا تعلق به حق الغير .

ألا ترى أن الراهن إذا عتق المرهونة أو وطئها ، فإنه يضمن القيمة والعقر ، وإن تصرف في ملكه لتعلق حق المرتهن ، كذا ههنا .

ثم إنما يضمن جميع قيمتها إذا كان الدَّيْن مثل قيمتها [أو أكثر ، فأما إذا كان الدين أقل من قيمتها][2] ، فإنه يضمن بقدر الدين ، لأن حق الغريم في قدر الدين ، هكذا ذكر في « الكتاب » .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

وطعنوا على محمد رحمه الله في المسألة فقالوا : لا[١] معنى لقول محمد : « يضمن جميع قيمتها » إذا كان الدين مثل قيمتها ، وينبغي أن يضمن بقدر ما يتعلق بها من الدين ، فإن بعض الدين يتعلق بها وبعضه يتعلق بغيرها ، وهذا بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً للتركة لا يعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولاً بالدين لأنه لو كان مشغولاً بالدين لكان لا يقع الملك للوارث في التركة كما لو كان الدين مستغرقاً][٢] .

والجواب : مع أن الدين[٣] أنه لا يكون مستغرقاً فكل جزء من أجزاء التركة[٤] يصير[٥] مشغولاً بالدين ، كأنه ليس معه غيره ، لأن احتمال هلاك البعض وتعين الباقي لقضاء الدين قائم ، وكان ينبغي أن لا يملك الوارث شيئاً من التركة ، كما لو كان الدين مستغرقاً وهو القياس ، لكن لم يعتبر هذا الشغل في حق وقوع الملك للوارث ضرورة ، فإن الإنسان قل ما يخلوا عن قليل الدين عليه ، فلوا اعتبرنا هذا الشغل مانعاً جريان الإرث أدى إلى أن لا يقع الملك في التركات إلا نادراً ، وفيه فساد عظيم ، فأما فيما عدا وقوع الملك للوارث لا ضرورة ، فيعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولاً بالدين ، كأنه ليس معه غيره ، ولو لم [يكن][٦] معها شيء آخر أليس أن الوارث يضمن جميع القيمة إذا استولدها ؟ كذا ههنا .

رجل اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم بكونها مغصوبة ، أو تزوج امرأة على أنها حرة وهو يعلم بكونها [أمة واستولدها ؛ فالولد رقيق يأخذه صاحب الجارية ، لأن المستولد لم يصر مغروراً ههنا حيث علم بحقيقة الحال .

---

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) في (هـ) : أن الدين مع .

(٤) في (ك) : الدين .

(٥) في (ب) : يكون .

(٦) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

ولو اشتراها وهو يعلم بكونها][1] ملك غيره ، فقال البائع : إن صاحبها وكلني ببيعها أو مات وأوصى إلي ، فباعها منه على ذلك ، فاستولدها ثم حضر المالك وأنكر الوكالة ؛ فله أن يأخذها وقيمة الولد ؛ لأن المشتري صار مغروراً ههنا ، لأنه وطئها على تقدير أنها ملكه ؛ لأن قول الواحد حجة في المعاملات وما أخبر به لو كان حقاً كانت الجارية مملوكة للمشتري ، ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن ، وبما غرم من قيمة الولد ؛ لأن البائع صار ملتزماً له سلامتها وسلامة أولادها بالطريق الذي ذكرنا فيما أخبر أنه سمع ببيع[2] ملكه .

ولو أن رجلاً وكل رجلاً أن يشتري له جارية فاشتراها ونقد الثمن من مال الموكل ، فاستولدها الموكل ثم استحقت أخذها المستحق وأخذ قيمة الولد وعقر الجارية من المستولد لا من الوكيل ؛ لأن الموكل من وجه كالمشتري من البائع باعتبار الملك ؛ لأن الوكيل نائب عنه في حق الملك . ومن وجه كالمشتري من الوكيل باعتبار الحقوق ، لأن الوكيل بالشراء في حق الحقوق كأنه اشترى لنفسه ثم باع من موكله ، وأي الأمرين ما اعتبرنا ، فإن المستحق يضمن المستولد ، ويرجع المستولد وهو الموكل بالثمن ، وقيمة الولد على البائع ، والوكيل هو الذي يلي الخصومة في ذلك مع البائع ، لأن الموكل كالمشتري بنفسه من البائع من وجه ، وكالمشتري من الوكيل من وجه ، فمن حيث إنه كالمشتري بنفسه من البائع يستحق الضمان في ذمة البائع ، لا في ذمة الوكيل ، ومن حيث إنه كالمشتري من الوكيل ، يكون الطالب بائعاً ذلك هو الوكيل توفيراً على الأمرين حفظهما بقدر الإمكان[3] .

فإن أنكر البائع البيع من المستولد ، أو قال : لم يشتر هذا مني ، فأقام المستولد بينة أن فلاناً اشترى هذه الجارية من هذا الرجل بأمري ، ونقد الثمن من مالي ، صار المشتري

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (ب) : يبيع .

(٣) في (هـ) و (ب) : المكن .

مغروراً من جهة البائع ، وكان له الرجوع [على البائع بالثمن ، وقيمة الولد والوكيل هو الذي يلي الخصومة في ذلك .

وإن شهد شهود المستولد على الشراء ، ولم يشهدوا على أن المستولد أمر المشتري بذلك ، وإنما شهدوا أن المشتري أقر أنه اشتراها لفلان بأمره ، فهذا على وجهين :

الأول : أن يشهد الشهود أن المشتري أقر قبل الشراء وفي حالة الشراء أنه يشتريها لفلان ، وفي هذا الوجه يصير المستولد مغروراً من جهة البائع ، وكان له الرجوع][1] بقيمة الولد على البائع[2] ؛ لأن الإقرار بالتوكيل حصل في حال يصح التوكيل ، فصح الإقرار به ، وإذا صح الإقرار به صارت الوكالة الثابتة بالإقرار كالثابت بالبينة ، ولو ثبت الوكالة بالبينة كان للمستولد أن يرجع بقيمة الولد كذا ههنا .

الوجه الثاني : أن يشهد الشهود أن المشتري أقر بعد الشراء أنه اشتراها لفلان ، وفي هذا الوجه لا يكون للمستولد الرجوع على البائع بالثمن وبقيمة الولد ، لأن إقرار المشتري بالوكالة في هذا الوجه لم يصح ؛ لأنه أقر بها في حال لا يصح التوكيل ، وإذا لم يصح الإقرار لم يثبت الأمر ، فلم يصر المستولد مشترياً من البائع بوجه من الوجوه ، فلا يصير مغروراً من جهة ، فلا يكون له حق الرجوع على البائع لا بالثمن ولا بقيمة الولد .

رجل استولد أمة واستحقها رجل فقال المستولد : اشتريتها من فلان بكذا وكذا ونقدته الثمن ، وصدقه فلان في ذلك ، وكذبهما المستحق فالقول قول المستحق ؛ لأن [سبب استحقاق عين الولد ظاهر للمستحق ، وهو][3] استحقاق الجارية ، فالمستولد مع البائع يريدان إبطال حقه عن عين الولد ، فلا يصدقان على ذلك ، ولكن يحلف

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) .

(٢) في (ب) : الولد .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

المستحق بالله ما يعلم أنه اشتراها من فلان ؛ لأنه لو أقر به كان الولد حراً بالقيمة ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول الذي هو إقرار .

ولو أن المستحق أقر بهذا الشراء وجحده البائع كان الولد حراً ، وعلى المستولد قيمة الولد ؛ لأن المستحق مع المستولد تصادقا على حرية الولد وعلى وجوب قيمته على المستولد وتصادقهما حجة في حقهما ، ولكن لا يرجع المستولد على البائع بالثمن ولا بقيمة الولد ، لأن تصادقهما لم يعمل في حق البائع ، فلم يثبت الشراء بتصادقهما في حق البائع ، فلا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بشيء .

ولو جحد المستولد والبائع البيع والشراء وأقر به المستحق ؛ كان الولد حراً بإقرار المستحق ، فلا يجب على الأب قيمة الولد ؛ [لأن المستحق أقر بحرية الولد][1] ، وأنه إقرار على نفسه ، وبإيجاب القيمة على المستولد ، وأنه إقرار على الغير ، فما كان على نفسه يصح ، وما كان على غيره لا يصح .

وإذا كان للرجل ألف درهم في يدي رجل مضاربة بالنصف ، فاشترى المضارب بها جارية تساوي ألفي درهم ، فوقع عليها المضارب فولدت ، ثم استحقها رجل كان الولد حراً بالقيمة ، فيأخذ المستحق عين الجارية ، ويأخذ عقرها وقيمة الولد من المضارب ؛ لأن المضارب وطئها على حسبان أن ربعها وذلك حصته من الربح ملكه وأنه يكفي لعلوق الولد حر الأصل ، فلم يصر راضياً برق مائه وكان مغروراً ، ثم يرجع المضارب على البائع بالثمن ، وذلك ألف ويكون على المضارب[2] كما كان ؛ لأنها مال في بدل المضاربة ، ويرجع أيضاً بربع قيمة الولد على البائع ؛ لأنه صار مغروراً من جهة البائع في ربع الجارية ؛ لأنه اشترى الربع منها لنفسه ، ويكون ذلك للمضارب خاصة ، ولا يكون على المضاربة ؛ لأنه عوض عما أدى بمقابلة الولد ، وما أدى بمقابلة الولد كان ماله ولم يكن مال مضاربة ، ولا يرجع المضارب بثلاثة أرباع قيمة الولد لا على البائع ؛ [ولا على رب المال .

---

(١) ما بين معكوفتين تكرر في (م) . وسقط من (ك) .

(٢) في (هـ) و (ك) : المضاربة .

أما لا يرجع بذلك على البائع][1] لأنه اشترى بثلاثة أرباع الجارية من البائع[2] لنفسه ، والمضارب اشترى من ربعها ، ولو كان كذلك لكان لا يرجع بذلك المضارب على البائع إلا بربع قيمة الولد كذا ههنا .

وأما لا يرجع بذلك على رب المال وإن اشترى ثلاثة أرباع الجارية من رب المال ؛ لأن هذا الشراء يثبت بينهما لا بصنع من رب المال ، وفي مثل هذا لا يصير البائع ضامناً سلامة الأولاد للمشتري على ما مر ، وإذا لم يكن للمضارب أن يرجع على رب المال شيء[3] من قيمة الولد ؛ لأنه لم يوجد منه شيء من قيمة الولد .

هذا إذا كان في قيمة الجارية فضل على رأس المال وإن لم يكن في قيمة الجارية فضل على رأس المال ، بأن كانت قيمة الجارية ألف درهم وباقي المسألة بحالها ، فإن المستحق يأخذ الجارية وولدها ؛ لأن المضارب لم يصر مغروراً ههنا ؛ لأنه وطىء الجارية مع علمه أنه لا ملك له فيها ؛ هذا إذا استولدها المضارب ، وأما إذا استولدها رب المال ، ثم استحقت الجارية كان الولد حراً بالقيمة ، سواء كان فيها فضل على رأس المال بأن كانت قيمتها ألفي درهم أو لم يكن بأن كانت قيمتها ألف درهم ؛ لأن المولى وطئها على أن جميعها ملكه إن لم يكن فيها فضل ، وعلى أن ثلاثة أرباعها ملكه إن كان فيها فضل فصار مغروراً ، ثم رجع على البائع بالثمن وبجميع قيمة الولد إن لم يكن فيها فضل ، والمضارب هو الذي يلي الخصومة في ذلك ؛ لأن المضارب صار مشترياً كل الجارية لرب المال إذا لم يكن فيها فضل وهذا وفضل الوكيل سواء .

ثم إذا رجع المضارب على البائع بالثمن وبقية الأولاد فقيمة الأولاد تكون للمولى خاصة ، والثمن يكون على المضاربة ، وإن كان فيها فضل فرب المال يرجع عليه بالثمن وبثلاثة أرباع قيمة الولد ؛ لأن المملوك له من جهة البائع هذا القدر ، وذلك قدر رأس

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (هـ) زيادة : المضاربة لا .

(٣) سقط من (ك) .

المال وحصة من الربح ، فأما الربع الآخر فقد اشتراه المضارب لنفسه ، وإنما صار رب المال مغروراً من جهة البائع في ثلاثة أرباع الجارية ، فيرجع عليه بقيمة ثلاثة أرباع الولد لهذا ، ويكون ذلك لرب المال خاصة .

رجلان اشتريا أمة من وصي يتيم واستولدها أحدهما ، ثم استحقت الجارية كان الولد حراً بالقيمة ويرجع المشتري على الوصي بنصف قيمة الولد ؛ لأنه صار مغروراً من جهة نصيب الجارية ؛ لأنه اشترى منه نصف الجارية ، ولا يرجع بنصف قيمة الباقي من الولد على شريكه وإن صار مشترياً النصف الباقي من شريكه ؛ لأن البيع بينهما حصل من غير صنع من الشريك ، ثم يرجع الوصي بذلك في مال اليتيم ؛ لأنه كان عاملاً لليتيم في هذا البيع .

وكذلك الجواب فيما إذا كان البائع أب الصغير ، فهو والوصي[١] في حكم الرجوع في مال الصغير على السواء .

وكذلك الجواب فيما إذا كان البائع وكيلاً أو مستضعفاً كان له الرجوع بما لحقه من العهدة على من وقع البيع [له][٢] .

وكذلك إذا كان البائع مضارباً ولم يكن في الجارية فضل ، رجع بجميع ما لزمه من قيمة الولد على رب المال ، [فأما إذا كان في الجارية فضل فإنما يرجع على رب المال من قيمة الولد بقدر رأس المال ، وحصته من الربح ؛ لأن بذلك القدر صار عاملاً لرب المال][٣] في بيع الجارية ، أما بقدر حصة المضارب[٤] من الربح ، فالمضارب عامل فيه لنفسه فلا يرجع بذلك على رب المال .

---

(١) في (م) : والولي .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٤) في (ك) : المضاربة .

قال : ولو كفل رجل للمشتري بما أدرك به من درك[١] لم يرجع على الكفيل بشيء من قيمة درك في الولد لا في الجارية ، وهو [لم][٢] يكفل به [حتى لو كفل به][٣] بأن قال : « كفلت لك ما أدركك في الولد والجارية » رجع عليه بذلك أيضاً .

قال : ولو أن أمة غرت[٤] من نفسها رجلاً أخبرت أنها أمة لهذا الرجل ، واشتراها منه على ذلك واستولدها ثم استحقت ، رجع المستولد بالثمن وقيمة الأولاد على البائع دون الأمة ؛ لأن رجوع المستولد بحكم [التزام][٥] ضمان السلامة في ضمن البيع ، والمباشر للبيع البائع دون الأمة ، الموجود من الأمة مجرد الإخبار ، وأنه لا يوجب الرجوع على ما مر .

قال : حرة ولدت ولدين في بطن واحد فكبرا واكتسبا مالاً ، ثم مات أحدهما وترك ابناً ، ثم جاء رجل وادعى أنه زوج المرأة وأنهما ابناه ، وأقرت المرأة بذلك وجحد الابن الباقي وابن الابن ، فإن الرجل والمرأة يصدقان على أنفسهما دون غيرهما ، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما ويدخل في نصيب المرأة من الميراث .

فإن أقر الابن الباقي بدعوة الرجل يثبت نسبه بإقراره ، ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الميت ، لأنهما توأمان ، فيثبت نسبهما ، ولكن لا يرث هذا مع ابن الميت شيئاً ، لأن الابن الباقي غير مستحق بشيء من ميراث الميت ، فتصديقه في حكم الميراث وتكذيبه سواء ، والميراث ينفصل عن النسب في الجملة .

ألا ترى عند الرق واختلاف الدين النسب ثابت والميراث غير ثابت ، وألا ترى أحد الأخوين إذا أقر بأخ فالشركة في الميراث ثابت ، والنسب[٦] غير ثابت .

---

(١) جاء في « القاموس » وشرحه « تاج العروس » في مادة (درك) : الدَّرَك بفتحتين ، وتسكن الراء لغة فيه : التبعة ، يقال : ما لحقك من درك فعلي خلاصه .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ب) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٦) سقط من (ك) .

وإذا كان أحد الحكمين منفصلاً عن الآخر في الجملة لم يكن من ضرورة ثبوت النسب بإقراره استحقاق الإرث .

وإن أقر ابن [ابن][(١)] الميت بدعوى الرجل وقد احتلم ، يثبت نسب أبيه من الرجل المدعي ، لأنه في التصديق قائم مقام أبيه ، وثبوت نسب أبيه يقتضي ثبوت نسب الابن الحي ضرورة ، ويرث الرجل مع ابن الميت ؛ لأن الحق في الميراث لابن [ابن][(٢)] الميت ، وقد أقر له ببعض ما أصابه من ميراث ابنه، فيؤمر بتسليمه إليه .

ولو أن أمة ولدت ولدين[(٣)] في بطن واحد ، فاشترى رجل أحدهما وأعتقه ، ثم مات المعتق فورثه مولاه ، ثم اشترى رجل آخر الابن الباقي مع أمه فادعى أنه ابنه يثبت النسب منه ، وإن كان كبيراً لم يقر بذلك ؛ لأنه عبده فلا يحتاج إلى تصديقه في إثبات النسب منه ، ويثبت نسب الميت منه أيضاً ، ولا يكون له الميراث الذي أخذه[(٤)] المولى ، أورد هذا أيضاً دليلاً لعذر[(٥)] أنه ليس من ضرورة النسب استحقاق الإرث .

في « نوادر ابن سماعة » عن أبي يوسف : في رجل ورث جارية ابنه ، ولم يكن يعرف حالها عند الأب ولم يكن يعرف أنه اشتراها ، فاستولدها الابن ثم استحقها رجل ، فإنه يأخذها أويأخذ ولدها معها كذا ههنا ، وقد مر قبل هذا بخلاف هذا .

وكذلك قال في رجل عنده أمة لا يعرف حالها عنده باعها من رجل ، ثم ذلك الرجل باعها من رجل آخر ، ثم اشتراها الأول وأولدها ثم استحقها رجل ، أخذها المستحق وولدها من قبل أنه ليس بمغرور ، إنما خرج الأصل عنه .

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) في (ب) : أمتين . وسقط من (ك) .

(٤) في (ب) : أحرمه .

(٥) في (م) و (ب) : لعدم .

وفي « المنتقى » : رجل أمر رجلاً بأن يشتري له جارية ، فاشترى له جارية ، ثم إن الآخر وهب الجارية للمشتري ، فولدت ولداً ثم استحقت أخذها المستحق وعقرها وقيمة ولدها ، ولا يرجع الواطىء على البائع بشيء ؛ لأنه اشتراها لغيره .

وفي « نوادر ابن سماعة » عن محمد : رجل اشترى أمة ولدت منه ولداً ، فجاء رجل ، وأقام بينة أن هذه الأمة له ولفلان ، وقضى القاضي لهذا الرجل بنصف الأمة وبنصف عُقْرَها ، وبنصف قيمة ولدها ، ثم جاء شريكه وقد ماتت الأمة ، فإنه يأخذ من الذي كانت الأمة في يده نصف قيمة[1] الأمة ولا عقر له إذا أخذ نصف القيمة ، ثم يأخذ المهر والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(١) تكرر في (م) .

[الفصل][1] الثلاثون
في المتفرقات

ادعى رجل أرضاً في يدي رجل بهذه العبارة : إن هذه الأرض كانت في يدي ، وإن صاحب اليد أحدث يده عليها وأخذها مني . وأنكر ذو اليد إحداث اليد ، فأقام المدعي بينة على إحداث يده عليها ، وأخذها منه ، فقصر القاضي يده عن الأرض وسلمها إلى هذا المدعي ، ثم إن كان الذي كان الأرض في يده ادعى أن هذه الأرض ملكه وحقّه ، وفي يد هذا الذي أخذه الآن بغير حق وأقام على ذلك بينة ؛ فالقاضي يقضي بالأرض له ، ويعيدها إلى يده ملكاً بهذه البينة . هكذا حكى فتوى بعض مشايخ سمرقند ، وهذا لأن القاضي لو لم يقضِ [له][2] (إنما لم يقضِ)[3] ؛ لأنه صار مقضياً عليه[4] بالملك في الأرض ، إنما صار مقضياً عليه بإحداث اليد ، وههنا الحاجة إلى القضاء له بالملك ، وهو ما صار مقضياً عليه بالملك .

سئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - : عن رجل ادعى أرضاً في يدي رجل أنها ملكه ، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق ، فقال المدعى عليه : هي ليست بملكي ، إنما هي وقف علي كذا وأنا متوليها ، فطلب القاضي من المدعى عليه بينة على ما قال ، فلم يمكنه إقامة البينة على ما قال ، فأمر القاضي المدعى عليه بتسليم الأرض إلى المدعي ليكون في يده ، إلى أن يقيم البينة على ما قال .

قال : كل ذلك خطأ ، ليس ينبغي للقاضي أن يطلب البينة [من المدعى عليه على مقالته ، ولا أن يأمر المدعى عليه بتسليم الأرض إلى المدعي ، وإنما (على)[5] المدعي

---

(١) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (ب) . وفي (ك) زيادة : إنما لم يقض له .

(٣) ما بين قوسين شطب عليه في (هـ) .

(٤) في (م) و (هـ) زيادة : إلا أنه ما صار مقضيًا عليه .

(٥) ما بين قوسين زيادة من (ك) و (هـ) .

أقامة البينة][1] على دعواه الملك على المدعى عليه ، [وبينته على ذلك على المدعى عليه][2] مقبولة ، لأنه متولٍ بزعمه ، والمتولي خصم لمن يدعي الملك لنفسه في الوقف .

وفي « فتاوى أبي الليث » - رحمه الله[3] - قال هشام : سألت محمداً عن رجل في يده دار ادعاها رجل وقدم صاحب اليد إلى القاضي ، فأقر صاحب اليد أنه اشترى هذه الدار من هذا المدعي وادعى أنّ له بينة ، هل يؤمر صاحب اليد بتسليم الدار إلى المدعي بحكم هذا الإقرار ؟

قال : أما في القياس فنعم ، ولكني أدع الدار في يده استحساناً ، وآخذ منه كفيلاً أو أؤجله إلى ثلاثة أيام ، فإن أحضر بينة وإلا قضيت عليه .

وفيه أيضاً[4] قال خلف بن أيوب[5] : سألت شداداً[6] عمن مات وترك مائتي درهم ، فأقام رجل البينة بمائة درهم على الميت ، [وقضى القاضي له بها ، ثم جاء رجل

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥١ نقلاً عن كتاب «المحيط » دون عزو لـ « فتاوى أبي الليث ».

(٤) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥١ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٥) الإمام المحدث الفقيه، مفتي المشرق، أبو سعيد خلف بن أيوب العامري البلخي الزاهد ، عالم أهل بلخ . من أصحاب محمد وزفر ، وتفقه على أبي يوسف أيضاً ، وأخذ الزهد عن إبراهيم بن أدهم ، وصحبه مدة وروى عن أسد بن عمرو البجلي ، وسمع الحديث من إسرائيل بن يونس . وروى عنه أحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين ، وأيوب بن الحسن الفقيه الزاهد الحنفي .
مات سنة ٢١٥ على الأصح وقيل غير ذلك . وقيل عاش ٦٩ سنة .
« سير أعلام النبلاء » ٩: ٥٤١ ، « الجواهر المضية » ٢: ١٧٠ ، « الطبقات السنية » ٣: ٢٠٩ ، « تاج التراجم » ص ١٦٦ .

(٦) أبو عثمان شداد بن حكيم البلخي يروى عن زفر بن الهذيل ، وروى عنه البلخيون ، وقال ابن حبان : أحب مجانبة حديثه لتعصبه في الإرجاء وبغضه من انتحل السنن أو طلبها ، وكان مرجئا ، مستقيم الحديث إذا روى عن الثقات ، وكان شداد إذا اشترى جارية تزوجها ، ويقول : لعلها حرة ، ومات آخر سنة ٢١٠.
« الجواهر المضية » ٢: ٢٤٧ ، « لسان الميزان » ٤: ٢٣٧ ، « تاج التراجم » ص ١٧١ ، « الطبقات السنية » ٤: ٦٧ ، « الفوائد البهية » ص ٨٣ .

آخر وادعى مائة درهم على الميت][1] ، وأنكرت الورثة ذلك ، ولا بينة للمدعي ، فأقر الذي قضي له بالمائة لهذا المدعي الذي أنكرت الورثة ، ما حكم هذه المسألة ؟

قال : المائة التي أخذها المقضي له تكون بينهما نصفين ؛ لأن المقضي له أقر أنه غريم مثله ، وأن دينهما سواء وإقراره حجة في حقه ، قال خلف : وبه آخذ والمسألة مسطورة في الكتب .

في « فتاوى أبي الليث » أيضاً [2]: رجل في يديه نصف دار ؛ جاء رجل وادعى أنه وقف هذه الدار وكانت له يوم وقفها ، وشهد الشهود بوقفيته جميعاً ، قبلت شهادتهم ؛ لأنه ادعى وقفيته جميعاً ، والشهود شهدوا على موافقة دعواه ، أكثر ما فيه أن في يد المدعى عليه نصفها ، ولكن هذا النصف دخل في الدعوى ودخل في الشهادة أيضاً فتقبل الشهادة عليه ، وهو نظير دار في يدي رجلين ، ادعى رجل على أحدهما ملكية جميع هذه له ، وشهد له الشهود بذلك تقبل شهادتهما على ما في يد هذا المدعى عليه ، وطريقه ما قلنا .

وفيه أيضاً : رجل زوج ابنه امرأة وسمى لها منزلاً ، وباعها منه[3] بيعاً صحيحاً ، ثم إن هذا الرجل مات ، وادعى ورثته أن أباهم باع هذا المنزل من فلان قبل أن يسميه لها ، فإنهم[4] لا يصدقون على ذلك والمنزل[5] لها ، وعلى فلان أن ما يقم البينة على شرائه[6] بتاريخ قبل تاريخ شراء المرأة ، [ولا تقبل شهادة الورثة في ذلك ، لأنهم بشهادتهم يريدون إبراء أنفسهم عن عهدة شراء المرأة][7] ، فإن المرأة لو وجدت بالمنزل عيباً ردته عليهم وخاصمتهم ، فكانوا متهمين في هذه الشهادة .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥٥ معزوة لـ« فتاوى أبي الليث » نقلاً عن « الذخيرة » للمؤلف رحمهم الله جميعاً .

(٣) في هامش (هـ) : « منها » نسخة .

(٤) في (ك) و (ب) : لأنهم .

(٥) في (ك) : الميراث .

(٦) في (ك) : ميراثه .

(٧) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

في « فتاوى الفضلي » : ادعت مهرها على ورثة زوجها ، وأنكر الوارث ذلك ، فالقاضي يسأل عن مقدار مهر مثلها ، ويذكر ذلك المقدار للورثة ، ويقول : إن كان مهرها كذا ، فإن قالوا : لا ، فالقاضي لا يصدقهم على ذلك ويقضي عليه بذلك المقدار ؛ لأن ذلك القدر ثابت بحكم الظاهر ، ويحلفهم على الزيادة ، قال : وهو نظير ما لو أقر رجل بغصب مال ، فالقاضي يقول : هو درهم ؟ فإن قال : نعم ، فالقاضي يصدقه ، ويقضي عليه بذلك ويحلفه على الزيادة كذا ههنا .

شاهدان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، وشهد أحدهما أنه قضاها ، وقال المدعي : لم يقضها ، فالشهادة على القرض جائزة ، ويقضي القاضي على المدعى عليه بالقرض ، كذا ذكر في « الجامع الصغير »[١] . وذكر الطحاوي عن أصحابنا رحمهم الله تعالى : أنه لا يقضي بالقرض ؛ لأن الذي شهد بالقضاء لم يشهد بمال واجب في الحال . وجه ما ذكر في « الجامع الصغير » : أن القضاء لا يتصور إلا بعد سابقة الوجوب ، فهما اتفقا على القرض والوجوب ، فيثبت ذلك باتفاقهما عليه ، ثم تفرد أحدهما بالقضاء فلم يثبت القضاء . انتهى[٢] .

سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي : عمن يدعي على رجل مالاً ، وشهد له شاهدان بالمال وبقضائه ، والمدعى عليه لا يدعي القضاء ، (قال : يقضي القاضي)[٣] على المدعى عليه بالمال ، وعلى قياس ما ذكره الطحاوي : ينبغي أن لا يقضي ؛ لأنهما ما شهدا بمال واجب في الحال .

وفي « مجموع النوازل » : رجل ادعى عبداً في يدي رجل أنه له ، ولم يقم البينة حتى باعه صاحب اليد من رجل بيعاً صحيحاً بمحضر من الشهود ، ولم يسلم العبد إلى المشتري حتى أقام المدعي البينة على المدعى عليه ، وقضى القاضي له بالعبد ، وأخذ العبد ، ثم إن المشتري من المدعى عليه أقام البينة أن العبد عبده اشتراه من المدعى عليه ، وقبضه

---

(١) « الجامع الصغير » للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ص ٣٢١ .

(٢) قوله : « انتهى » غير موجود في (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) ما بين قوسين جاء في (م) : قضى القاضي . وسقطت كلمة : « يقضي » من (ب) . وفي (ك) : القاضي يقضي .

في يد هذا بغير حق ، فالقاضي يسمع دعواه ، ويقبل بينته ، ويقضي له بالعبد ، فلو أن المشتري باع هذا العبد من المدعى عليه أو وهبه منه جاز ، وهذا هو الحيلة لدفع العبد إلى المدعى عليه . هكذا ذكر المسألة في « مجموع النوازل » .

وما ذكر أن المشتري من المدعى عليه إذا أقام البينة أن العبد عبده اشتراه من المدعى عليه يقبل بينته ، ويقضي بالعبد له خطأ لا وجه إلى تصحيحه ؛ لأن المشتري يدعي تلقي الملك من جهة المدعي ، والمدعى عليه صار مقضياً عليه بالملك المطلق ، والقضاء بالملك المطلق على إنسان قضاء عليه ، [وعلى من تلقى الملك من جهته ، والإنسان متى صار مقضياً عليه][(١)] في حادثة كيف يصير مقضياً له في عين تلك الحادثة ؟ فقبول البينة من المشتري في هذه الصورة خطأ ، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الباب الثاني من دعوى « الجامع »[(٢)] .

ادعى مالين أحدهما معلوم والآخر مجهول ، والشهود شهدوا بالمالين جميعاً ، لا شك أنه لا تقبل الشهادة على المجهول ، وهل تقبل على المال المعلوم ؟ اختلف المشايخ فيه .

الشهادة إذا قامت على الإثبات وفيها نفي ، نحو أن يقول في باب النكاح : هذا غلام نتج عنده ، هذه الدابة نتجت عنده ، ولم يزل ملكاً له ، هل يقبل ؟ فيه اختلاف المشايخ ، والأصح أنها تقبل .

استحق دابة من يدي رجل ، وقال المستحق في دعواه : غابت الدابة مني منذ سنة ، فقبل أن يقضي القاضي بالدابة للمستحق أخبر المستحق بائعه عن القصة ، فأقام البائع بينة أن الدابة ملكه منذ عشرين سنة قضى بالدابة للمستحق ؛ لأن المستحق ما ذكر تاريخ الملك في الدابة ، إنما ذكر تاريخ غيبة الدابة ، بقي دعواه الملك من غير تاريخ ، والبائع[(٣)]

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) لم أجد المسألة فيما بين يدي من « الجامع الكبير » .

(٣) في (ك) : والتاريخ .

ذكر تاريخ الملك ، ودعواه دعوى المشتري ؛ [لأن المشتري][1] تلقى الملك من جهته[2] ، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشرين سنة ، غير أن التاريخ لا عبرة له حالة الانفراد عند أبي حنيفة ، فسقط اعتبار ذكر تاريخ غيره ، وتبقى الدعوى في الملك المطلق ، فيقضي بالدابة للمستحق لهذا .

وكذلك إذا قال المستحق في دعواه : غابت الدابة مني منذ سنة ، وقال المدعى عليه : إنها كانت في يده منذ عشر سنين أو ما أشبه ذلك ، وأقام البينة قضي بالدابة [للمستحق ، لأنهما ما ذكرا تاريخ الملك في الدابة][3] ، فكان دعواهما في الدابة دعوى مطلق [الملك][4] ، فيقضى [بها][5] للمستحق بهذا .

وفي « نوادر ابن سماعة » عن محمد[6] : رجل مات وترك ابنين ودارين ، فادعى رجل أحد الدارين أنه غصبها أبوهما وحلفهما على ذلك ، فحلف أحدهما ونكل الآخر عن اليمين ، قال : أقضي للمدعي بنصف الدار حصة الذي نكل عن اليمين ، [ويبيع المدعي حصة الناكل عن اليمين][7] من الدار الأخرى ، فيأخذ من ذلك نصف قيمة الدار التي ادعاها من قِبَل ، لأن نكوله إقرار أن أباه غصب الدار ، وأن على أبيه ديناً في عتقه ولا ميراث له من الأخرى حتى يؤدي ما أقر به من غصب أبيه .

ولو لم يدع المدعي غصباً ، وادعى أن الدار له لم يكن له على الناكل ضمان النصف الآخر .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) و (ب) : جهة .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (هـ) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (ك) و (ب) .

(٦) المسألة في« الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥٢ نقلاً عن كتاب « المحيط » .

(٧) ما بين معكوفتين تكرر في (ب) وسقط من (ك) .

وفي كتاب « الرقيات »[١] : أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن في رجل ادعى عبداً في يدي رجل ، وأقام بينّة أن هذا العبد كان لفلان بن فلان سمى رجلاً غائباً ، وأن فلاناً أقر أنّه لهذا المدعي ، والذي في يديه العبد ينكر دعواه ويدعي رقبة العبد ، والمدعي يقول : صدق الشهود قد أقر فلان لي بالعبد ، ولكني ملكته من جهة بهبة أو صدقة أو شراء منه ، قال محمد - رحمه الله - : لا يستحق بهذا شيئاً حتى يقيم البينة على هبة أو قبض أو شراءٍ بثمن معلوم ، فإذا أقام البينة على ذلك نقد القاضي الثمن وقضى له بالعبد ، وكذلك إن قال المدعي : صدق الشهود ، ولم يزد على ذلك ، ولم يدع هبة ولا شراء .

ولو كان المقر حاضراً والعبد في يده فقال المدعي : قد كان هذا العبد لهذا الذي في يديه ، وقد أقر لي به فقال الذي في يديه : صدق لم يستحق المقر له بذلك شيئاً حتى يقر له بهبة وقبض أو ما أشبه ذلك .

ادعى [محدوداً][٢] في يدي رجل وقال : إنها خمس ديرات أرض [وبين حدودها ، فإذا في يدي المدعى عليه محدود بهذه الحدود ، إلا أنه أربع ديرات أرض ؛ لا تبطل الدعوى لجواز أن هذا المحدود وقت الدعوى كان خمس ديرات أرض على الوجه الذي قاله ؛ إلا أن المدعى عليه بعد ذلك هدم المبنيات[٣] ، فصارت أربع ديرات أرض .

وبمثله لو ادعى محدوداً[٤] في يدي رجل ، وقال : إنها خمس ديرات أرض][٥] خالية عن الأشجار ، فإذا في يد المدعى عليه خمس ديرات أرض فيها الأشجار ، أو على المسنيات[٦] الأشجار ، ولكن هي بهذه الحدود لا تسمع الدعوى .

---

(١) مسائل رواها ابن سماعة عن محمد بن الحسن الشيباني في الرقة .
قلت : وهي من غير ظاهر الرواية . « كشف الظنون » ١: ٩١١ .
والمسألة في «الفتاوى الهندية» ٤ : ١٥٤ نقلاً عن كتاب «المحيط».

(٢) ما بين معكوفتين بياض في (م) .

(٣) في (ب) : المسنات . وفي (ك) : المسنات .

(٤) ما بين معكوفتين بياض في (م) أي أرضاً محدودة .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) في (ب) : المسينات . وفي (ك) : المسنات ، والمسنيات : جمع مُسَنَّاة : سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر ، به مفاتح للماء تفتح على قدر الحاجة . « المعجم الوسيط » ١: ٤٨٢ .

ولو كان قال : فيها الأشجار [فإذا هي خمس ، وأن الأشجار فيها][1] ؛ تسمع الدعوى لجواز أنه كان في هذا المحدود أشجار وقت الدعوى ، إلا أن المدعى عليه قلع الأشجار ثم إن المدعى عليه غرس الأشجار وكبرت الأشجار .

وتفرع[2] عن هاتين المسألتين كثير من المسائل :

عين في يدي رجل جاء رجل واستحق هذا العين [من يدي صاحب اليد ، وأراد صاحب اليد أن يرجع على بائعه بالثمن ، ثم إن صاحب اليد قال لابن البائع : قد كنت اشتريت منك هذه العين][3] بكذا ، وأرجع عليك بذلك الثمن ، يسمع دعواه الثاني ، ويرجع عليهما بالثمنين جميعاً لجواز أنه اشترى من البائع ، ثم جاء ابن البائع وادعى العين لنفسه ، فاشترى منه ثانياً ، فعند الاستحقاق يرجع بالثمنين جميعاً ، وإن كان الصحيح أحد الشراءين إلا أن الرجوع بالثمن عند الاستحقاق يعتمد صورة الشراء ودفع الثمن ، لا صحة الشراء لا محالة .

وفي « مجموع النوازل » : امرأتان ولدت كل واحدة منهما ابناً في ليلة مظلمة ، ثم ادعتا ابناً واحداً بعينه ، وقال كل واحدة : هذا هو الابن الذي ولدته ، فإن الولد الذي ادعياه ابنهما ، والولد الآخر من بيت المال هكذا ذكر ، وإنه مشكل عندنا ، فقد ذكر في كتاب « الدعوى » من «الأصل» ، وفي كتاب اللقيط : أن المرأتان إذا ادعتا نسب ولد وأقامت كل واحدة رجلين ، أو رجل وامرأتين فعلى قول أبي يوسف ومحمد : لا يثبت نسبه من واحدة منهما ، وعلى قول أبي حنيفة يثبت نسبه منهما . وإذا أقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة ذكر في رواية أبي سليمان أنه لا يقضى لواحدة منهما بهذه الحجة عند أبي حنيفة ، وذكر في رواية أبي حفص أنه يقضى بالولد بينهما ، ولو لم يكن لواحدة

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٢) في (م) و (ك) و (ب) : « ويعرف » وكذا في متن (هـ) وصححت في الهامش .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

منهما حجة لا يقضى بنسب الولد بينهما بلا خلاف ، وقد أثبت النسب منهما ههنا بمجرد الدعوى ، فما ذكر في « مجموع النوازل » يخالف[١] الرواية .

قال في « مجموع النوازل » : ولو كان أحد الولدين ذكراً والآخر أنثى وادعت كل واحدة منهما الابن ، ونفت الابنة ، يوزن لبنهما ، فيجعل الابن للتي لبنها أثقل .

وفي « نوادر أبي سليمان » عن أبي يوسف : في رجل ادعى عبداً في يدي رجل وقال : بعتني هذا العبد بألف درهم ونقدتك الثمن ، وجحد البائع البيع وقبض الثمن ، فشهد شاهدان على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن ، وقالا : لا يعرف العبد ، ولكن البائع قال لنا : اسم عبدي زيد ، فشهد شاهدان آخران هذا العبد زيد وشهدا على إقرار البائع أنه زيد ، أو أقر البائع أن هذا العبد زيد ، [فإن البيع لا يتم بهذه الشهادة ويحلف البائع][٢] فإن حلف يرد الثمن .

ولو شهد شاهدا البيع أن البائع أقر أن عبده زيداً المولد ، أو نسبوه إلى صناعة أو حلية أو ما أشبه ذلك من أمر معروف يعرف به ، فوافق ذلك العبد ، فهذا والأول سواء في القياس ، لكن استحسن في هذا أن يجيزه ، وكذلك الأمة ، وكذلك كتاب القاضي في هذا بالشهادة على الإقرار .

ولو شهدا على إقراره بالعبد بعينه ، وسميا[٣] ووصفا وقالا : أراناه يومئذٍ ، وسمي لنا ولكن لا نعرفه اليوم بعينه ، فهذا باطل من قبل أنهما شهدا على معروف ، ثم جهلا على شهادتهما .

وفي كتاب البيوع من « المنتقى »[٤]: رجل في يده دار ادعاها رجل أنها داره اشتراها من [يد الذي في يديه بألف درهم ، وادعى الذي في يديه أنها داره اشتراها من][٥]

---

(١) في (م) و (ب) : مخالف .

(٢) ما بين معكوفتين تكرر في (ك) .

(٣) في (هـ) : وبينها .

(٤) المسألة في «الفتاوى الهندية» ٤ : ١٥٤ نقلاً عن «الذخيرة» للمؤلف رحمه الله .

(٥) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

المدعي بألف درهم ، ولا بينة لهما ، فإن الدار للذي في يديه الدار ، فإن أنكر تلك المقالة وشهد على إقرارهما بذلك شهود ، كل واحد منهما يدعي الدار لنفسه ، وينكر تلك المقالة التي شهدت الشهود عليها ، فإن الدار للمتكلم الأول وهو الخارج ؛ لأن الخارج لما ادعى الشراء من صاحب اليد فقد أقر أن الدار كانت لصاحب اليد ، ولم يثبت شراؤه من صاحب اليد ، وصاحب اليد لما ادعى الشراء بعد ذلك من الخارج فقد أقر أن الدار كانت للخارج ، ولم يثبت شراؤه من الخارج ، وبطل إقرار الخارج لصاحب اليد حكماً ؛ لإقرار صاحب اليد للخارج [بعد ذلك][1] .

وفي « نوادر هشام » قال : سألت[2] محمداً عن غلام في يدي رجل ادعاه رجلان أقام أحدهما بينة أنه اشتراه منه بألف درهم منذ سنة ، وأقام آخر بينة أنه اشتراه منه بمائة دينار منذ خمسة أشهر ، وصاحب اليد يقول : بعته من صاحب المائة ، وقضى القاضي بالغلام لصاحب الألف لما أن وقته أول وسلم الغلام إليه ، فوجد بالغلام عيباً ، ورده على المقضي عليه بقضاء القاضي فجاء صاحب المائة وقال : أنا آخذ الغلام لأنك أقررت أنك بعته مني بمائة دينار ، وصاحب اليد يأبى ويقول : إن القاضي فسخ العقد بيني وبينك ، لا يكون فسخاً وله أن يأخذ بإقرار البائع أنه باعه منه ، ولم يبعه من ذلك .

وإن قال البائع لصاحب المائة : خذ الغلام وأبى هو فللبائع أن يلزمه .

وإن قال صاحب المائة حين قضى القاضي بالغلام لصاحب الألف وقام من مجلس القاضي : فسخت البيع بيننا ، لم يكن فسخاً إلا أن يقول البائع : أجيبك إلى ذلك ويفسخ القاضي العقد بينهما .

وفي « المنتقى » : رجل ادعى على رجل أني قد بعتك هذا الطيلسان[3] [الذي عليك بكذا . وأنكر الذي عليه ذلك الطيلسان ، وقال المدعى عليه : هذا الطيلسان][4] لي ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) سقط من (ك) .

(٣) ضرب من الأوشحة يلبس على الكتف ، أو يحيط بالبدن ، خال عن التفصيل والخياطة . « المعجم الوسيط » ٢ : ٥٨٨ .

(٤) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وأنا كنت أودعتك فرددتها علي ، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، ويرد الطيلسان على الذي ادعى البيع ؛ لأن الذي في يديه الطيلسان أقر أن الطيلسان كان في يد مدعي البيع .

قال : ويبدأ في اليمين[١] بالمدعى عليه ، وعلل فقال : لأنهما لو أقاما البينة كانت البينة بينة الآخر .

رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها داره ، اشتراها من صاحب اليد قبل هذا التاريخ بشهر ، وأنكر المدعى عليه دعواه ، فأقام المدعي بينة على دعواه ، فقال المدعى عليه : الدار كانت لي إلا أني كنت بعتها قبل هذا من امرأتي بتاريخ ثلاثة أشهر ؛ وصدق امرأة المدعي[٢] المدعى عليه في ذلك ، وقال : قد كنت اشتريت هذه الدار من هذا المدعى عليه قبل هذا بثلاثة أشهر ، وأقامت بينة على دعواها على المدعي ، وكان ذلك قبل القضاء بالدار للمدعي ، فالقاضي لا يقبل بينتها .

ولو أقامت المرأة بذلك على زوجها قبلت بينتها ، وقضي بالدار لها ، وإن أقر الزوج لها بذلك ؛ لأن إقرار الزوج لها ببيع الدار منها بعدما أقام المدعي البينة على دعواه لم يصح ؛ إذ لو صح بطل ما أقام المدعي من البينة وأنه لا يجوز ، وإذا لم يصح إقرار المدعى عليه بذلك صار وجوده والعدم بمنزلة ، وصار مسألتنا أن المدعي ادعى الشراء من صاحب اليد بتاريخ شهر ، وامرأة صاحب اليد ادعت الشراء منه بتاريخ ثلاثة ، فيقضى بالدار بتاريخها .

المحبوس بالدين إذا أقام بينة أنه معسر ، وأقام رب الدين بينة أنه موسر[٣] ، فالقاضي يقبل بينة رب الدين ، وإن لم يبينوا مقدار ملكه حتى يخلده في السجن ببينة[٤] رب الدين .

---

(١) في (ك) : الثمن .

(٢) في (هـ) : المدعى عليه . وفي (ك) : « صدق امرأة المدعى عليه في ذلك » .

(٣) في (م) و (هـ) : موسراً .

(٤) سقط من (ك) .

وفيه إشكال ؛ لأن تخليده في السجن لا يستحق إلا باليسار ، واليسار لا يثبت إلا بالملك ، وتعذر القضاء بالملك لجهالة قدره ، ألا ترى إلى ما ذكر في كتاب الشفعة أن المشتري أنكر جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي في يديه بجنب الدار المشتراة ، وأقام الشفيع بينة أن له نصيباً في هذه الدار ، ولم يبينوا مقدار النصيب فالقاضي لا يقضي بهذه الشهادة .

وطريقه : أن حق الشفعة إنما يثبت لمدعيها إذا ثبت له الملك في الدار التي يدعي الشفعة بها ، والقضاء بالملك له بهذه الشهادة غير ممكنة لمكان الجهالة ، فههنا يجب أن يكون كذلك .

والجواب وهو الفرق بين المسألتين : أن في مسألة المحبوس القضاء بالملك له غير ممكن لجحوده لا لجهالته ، بل الملك لنفسه ، ألا ترى أن الشهود إن بينوا مقدار الملك له ، فالقاضي لا يقضي له بالملك ، مع أن المشهود به معلوم لجحوده الملك لنفسه ، وإذا تعذر القضاء بالملك لجحوده لم يشترط القضاء باليسار إمكان القضاء له بالملك ، فأما في مسألة الشفعة ؛ القضاء بالملك للشفيع ممكن؛ لأنه يدعي الملك لنفسه ، وإذا أمكن القضاء له بالملك كان إمكان القضاء بالملك شرطاً لثبوت الشفعة ؛ لأن الشفعة لا تستحق إلا بالملك ، وليس إذا سقط شرط من شرائط صحة القضاء في موضع العجز يدل على أنه يسقط في موضع آخر من غير العجز .

وإذا أقام المدعي بينة على أن قاضي بلد كذا فلان قضى له على هذا الرجل بألف درهم ، وأقام المدعى عليه بينة أن ذلك القاضي قضى له بالبراءة عن هذه الألف ، فالقاضي يقضي بالبينة التي قامت على البراءة ، ولا يقضي ببينة المدعي ؛ لأن المدعى عليه لما ادعى البراءة صار مقراً ، فوقع الاستغناء عن قبول بينة المدعي على الدين [لإقرار المدعى عليه بالدين ، فصار كأن المدعي لم يقم البينة على الدين][1] ، ثم إن المدعى عليه أثبت براءته بالبينة ، فيقبل بينته ، ويقضي له بالبراءة لهذا .

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

وفي « نوادر بشر »[١] عن أبي يوسف : رجل ادعى على رجل أنه تصدق بهذه الدار عليه وقبضها ، أو اشتراها منه بألف درهم ، وقبضها أو وهبها منه على عوض ألف وقبضها ، وأنكر صاحب اليد ذلك ، فأقام المدعي بينة أن صاحب اليد أقر بهذه الدار لهذا المدعي ، قال : أقبل ذلك وأجعلها للمدعي ، فبعد ذلك إن ادعى صاحب الدار الثمن أو العوض[٢] الذي أقر له به أمرته بدفعه إليه ، وإن لم يدع ذلك فلا حق له فيه .

وإذا قال المدعى عليه : هذه الضيعة ليست في يدي ، وأراد المدعي أن يحلفه على اليد ، له ذلك حتى يصير مقراً باليد ، ثم إذا صار مقراً باليد يحلفه القاضي بالله ما هي ملك هذا المدعي ، حتى يصير مقراً له بالملك ، وإذا صار مقراً له بالملك يأمره[٣] بترك[٤] التعرض .

إذا كان بعض التركة في يد الغاصب ، فالغريم لا يكون خصماً للغاصب في ذلك ، حتى لو أراد الغريم الدعوى على الغاصب في ذلك لا تسمع دعواه في أول وصايا « الجامع » ، ولكن حق الدعوى للوارث إن كان ، وإن لم يكن فللوصي ، فإن كان للميت وارث وامتنع عن الخصومة مع الغاصب ، فالقاضي ينصب وصياً ليخاصم مع الغاصب نظراً للغريم الدعوى في عتق الأمة ، وفي الطلقات الثلاث ، وفي الطلاق البائن ليس بشرط لصحة القضاء المسألة معروفة ، قالوا : وكذلك في الطلاق الرجعي الدعوى لا تكون شرطاً لصحته أيضاً ، لأن حكمه حرمة الفرج بعد انقضاء العدة ، وأنه حق لله تعالى .

جارية في يدي رجل جاء رجلان وادعى كل واحد منهما أن الجارية ملكه ، باعها من ذي اليد بألف درهم على أنه بالخيار ، وأقام على ذلك بينة ، فإن [أمضيا العقد كان لكل واحد منهما على ذي اليد جميع الثمن ، وإن لم يمضيا فالجارية بينهما][٥] ، وإن أمضى أحدهما دون الآخر كان له نصف الثمن .

---

(١) المسألة في « الفتاوى الهندية » ٤ : ١٥٤ نقلاً عن « الذخيرة » للمؤلف رحمه الله .

(٢) في (م) : القرض .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) في (م) : بما مر ترك . وفي (ب) : يأمر .

(٥) المسألة في «الفتاوى الهندية» ٤ : ١٣٩ نقلاً عن كتاب «المحيط».

وفي « نوادر ابن سماعة » عن محمد : [في] رجل باع أمة له وبها حبل ، فقال البائع : ليس هذا الحمل مني بل هو من عبدي ، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر ، فادعاه البائع جازت دعوته وردت الجارية والولد إليه ؛ لأن هذا حق الولد .

هشام عن محمد : في رجل اشترى مملوكاً وباعه من آخر ، وباعه الآخر من آخر أيضاً ، ثم اشتراه الأول ، وادعى أنه ابنه ، فهو ابنه وتبطل البيوع كلها ، وإن كان هو لم يشترِه وادعاه فدعوته باطلة . رجل أعتق جارية ولها ولد ، ثم ادعى ولدها بعدما أعتقها قال : يلزمه وعليها العدة .

رجل قال في مرضه : هذا الغلام ابني من إحدى هاتين الجاريتين ثم مات ، قال محمد رحمه الله : يعتق الغلام من جميع المال ؛ لأن نسبه قد ثبت ، وتسعى كل جارية في نصف قيمتها ، ويعتق نصفها من الثلث .

ابن سماعة في « نوادره »[(١)]: رجل أعتق جارية وتزوجت زوجاً وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها ، فادعاه الزوج والسيد قال : أيهما صدقته فهو ابنه ، قال : لأن علمي قد أحاط أن الولد كان قبل التزوج ، فإن صدقه الزوج وادعى نكاحاً فاسداً أو وطأ شبهة لزمه ذلك ، وكذلك السيد ليس له دعوة بدون تصديقها ؛ لأنه لا عدة له عليها .

محمد عن أبي حنيفة : إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج ، فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء واستدخلته فرجها في حدثان ذلك ، [فعلقت الجارية][(٢)] وولدت ولداً ، فإن الولد ولد الرجل ، وتصير الجارية أم ولد له .

ابن سماعة عن محمد[(٣)]: في رجل وطء جارية مشتركة بين ابنه وبين أجنبي فولدت ، قال : عليه[(٤)] نصف قيمة الأم للابن ، وعليه للآخر نصف قيمتها ، ونصف عُقْرِها ،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٣) المسألة في «الفتاوى الهندية» ٤ : ١٢٣ نقلاً عن كتاب «المحيط» .

(٤) في (م) و (ب) : فولدت عليه قال .

لأنه تملك نصيب الابن سابقاً على الاستيلاد ؛ [وشرطاً لصحته وتملك نصيب الأجنبي بعد الاستيلاد][1] حكماً لصحته ، فالاستيلاد في نصيب الابن صادف ملك الأب فلا يوجب العقر ، وفي نصيب الآخر صادف ملك الغير فيلزمه العقر .

ذكر في « المنتقى » : في عبد ادعى لقيطاً أنه ابنه من امرأته هذه وهي أمة[2] ، يثبت نسبه من العبد ، ويكون حراً ولا يكون ابن امرأته ، وقال في نصراني مات وترك ابناً فأسلم الابن بعد موته ، ثم جاء نصراني وأقام بينة من النصارى أنه ابن الميت قضيت ببينته ، ولم أعطه شيئاً مما في يد الابن المسلم ، وإن ظهر للميت بعد ذلك مال ؛ كان ذلك المال للابن المسلم ؛ وإن مات الابن المسلم ورث أخاه منه إن كان قد أسلم قبل موته ، لأن نسبه قد ثبت ، وعن محمد أن القاضي لا يقضي بنسب الابن النصراني في هذه الصورة ، ولا يقبل بينته أصلاً .

ولو ترك النصراني ابنين فأسلم أحدهما بعد موته ، فجاء نصراني وأقام بينة من النصارى أنه ابن الميت ، قال أبو يوسف : أقبل بينته على النسب ، وأجعله شريك الابن النصراني ، ولا يشارك الابن المسلم في نصيبه ، وقال محمد : أثبت نسبه ، وإذا أثبت نصيبه أشركته فيما في أيديهما .

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله : في امرأة مع رجل لها منه أولاد ، وهي معه في منزله يطأها وتلد له سنين ، ثم أنكرت أن تكون امرأته قال : إذا أقرت أن هذا الولد ولده منها فهي امرأته ، وإن لم يكن بينهما [ولد][3] وإنما كان معه على هذا الحال ، فالقول قولها .

بشر عن أبي يوسف في عشرة ادعوا نكاح امرأة ، قال : إن كان دخل بها أحدهم فهي امرأته ، وإن ادعت هي واحداً منهم ، فهو زوجها ، فإن كان واحد منهم دخل بها

(١) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

(٢) في (هـ) : أمه .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) .

ولم تدع هي واحداً منهم ، ولا يدري الذي دخل بها ، فلها على كل واحد منهم نصف مهرها ، وإن ماتوا كان لها عشر مهر[١] على كل واحد منهم ، ولها عشر ميراث امرأة من كل واحد ، وإن ماتت هي كان على كل واحد منهم عشر منهم ولهم ميراث زوج بينهم إذا تصادقوا أنهم لا يعلمون .

هشام عن محمد : امرأة مدركة زوجها أبوها من رجل فمات زوجها ، فجاءت تدعي الميراث قال : إن قالت : كنت أمرت أبي بالتزويج يثبت النكاح وورثت ، وإن قالت : لم آمره ، ولكن حين بلغني[٢] تزويجه إياي أجزت ، فعليها البينة .

وكذلك هذا فيمن باع عبد غيره ومات العبد في يد المشتري ثم ادعى البائع الأمر أو الإجازة .

وفي « المنتقى » : رجل توفي فادعى رجلان ميراثه يدعي كل واحد منهما أن الميت مولاه أعتقه لا وارث له غيره ، وأقام البينة على ما ادعى ولم يوقتوا للعتق وقتاً ، فصاحب الوقت الأول أولى .

وإذا كان الصبي في يدي رجل أقام رجل بينة أنه ابنه ولد من أمته هذه منذ [أكثر من ستة أشهر ، وأقام الذي في يديه بينة أنه ابنه ولد من أمته هذه منذ][٣] سنة والصبي مشكل السن ، فالبينة بينة الذي في يديه ، وهذا مخالف للعتق ؛ لأن الولادة لا تكون إلا مرة[٤] ، وقد يجوز أن يعتق الإنسان عبده ثم يغصبه منه غاصب ويكون عند الغاصب فيعتقه بعد ذلك ، فيعاين كل فريق عتقاً فيمكن القضاء لأول الوقتين .

ادعى عيناً في يدي رجل ، فقال المدعى عليه : اشتريته من هذا المدعي ينزع الدار من يده حتى يقيم البينة على الشراء وهذا قياس ، وفي الاستحسان: يترك العين في يده

(١) في (م) : مهرها .

(٢) في (م) : بلغة .

(٣) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٤) في (ب) : حرة .

ثلاثة أيام ، ويؤخذ منه كفيل حتى يقيم البينة على الشراء ، هكذا ذكر في « الفتاوى »[١] ، وبالقياس[٢] كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني .

وعلى هذا : المديون إذا ادعى الإيفاء يؤمر بالقضاء ، ثم بإثبات الإيفاء .

رجل ادعى نصف دار في يدي رجل ، فأقر المدعى عليه أنه لم يدفعه إليه وغاب ، فجاء رجل وادعى نصف الدار لنفسه ، فالمقر له لا يكون خصماً له لأنه ليس في يده شيء .

ولو غاب المقر له والمقر حاضر فهو خصم لهذا المدعي الثاني .

ولو أن رجلاً ادعى نصف دار في يد[٣] رجل وقضى له بما ادعى بالبينة ولهذا المدعي أخوان[٤] ، كل واحد منهما يدعي بعد ذلك أن له نصف الدار ، إن قبض الأول ما ادعى قضى بالدار بين إخوته نصفان ؛ لأن القضاء في هذه الصورة على الأول ، وإن لم يقبض الأول ما ادعى قضي بالدار بينهما أثلاثاً .

ادعى عيناً في يدي رجل أنه ملكي لما أنه كان ملكاً لأبي رهنه منك بكذا ، ودفعه إليك ثم مات أبي وتركه ميراثاً لي لا وارث له غيري ، فأنكر الذي في يديه العين ملكه ورهن أبيه منه[٥] ، فجاء المدعي بشهود شهدوا أن هذا العين ملكه وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق قبلت شهادتهم ؛ لأن المرتهن إذا أنكر الرهن فالمرهون يكون في يده بغير حق .

وإذا ادعى جارية في يد إنسان أنها ملكه وفي يد هذا بغير حق ، فدعواه صحيحة وإن لم يقل [في دعواه إنها كانت في ملكي يوم أخذ صاحب اليد مني .

---

(١) لعل المراد « فتاوى أبي الليث السمرقندي » لتردد نقل المؤلف عنها ، والله أعلم .

(٢) في (ك) : وفي القياس .

(٣) في (ك) : يدي .

(٤) في (م) و (ب) : آخران .

(٥) سقط من (ك) .

وإذا ادعى أنه غصب مني هذه الجارية ؛ فدعواه صحيحة وإن لم يقل][1] ملكي .

ولو أقام البينة على أن صاحب اليد غصبها منه ، فالقاضي يأمر صاحب اليد بالرد عليه أما لا يقضي له بالملك إذا قال في دعوى البنوة : هذا ابني ولم يقل ولد على فراشي ، فهذا دعوى صحيحة ، وإذا أقام البينة سمعت بينته وقضى ببنوته .

وإذا قال : هذا الولد ليس مني ، [ثم قال : هو مني][2] صح قوله الثاني ، وحكم بثبوت النسب منه ، وإذا ادعى أنه ابن عم فلان فلا بد فيه من ذكر الجد .

وإذا ادعى أنه أخ فلان لا يشترط فيه ذكر الجد ، هكذا حكي عن القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي .

وفي « نوادر ابن سماعة » عن أبي يوسف : في ولد الملاعنة : إذا ادعاه رجل أنه ولده[3] لا يثبت نسبه منه ، قال : لأنه ولد على فراش الزوج .

وفي « المنتقى » : وإذا شهد الشهود لرجل أن زيداً أقر أن هذا المدعي أخوه أو أخته أو ابن أخيه أو ابن أخته أو مولاه ، فهذا ليس بشيء حتى يبينوا ، وهذا بخلاف ما لو شهدوا أنه أقر أنه ابن خاله أو ابن عمه ؛ لأن الغالب في هذا النسب ويورث منه .

وفي « نوادر ابن سماعة » عن محمد رحمهما الله : صبي[4] في يدي رجل لا يعرف نسبه ادعى رجل آخر أنه ابنه ، [قال :][5] إن صدقه الذي الصبي[6] في يده يثبت نسبه منه ، ولو كذبه لا يثبت نسبه منه ، والمراد من المسألة : الصغير[7] الذي لا يعبر عن نفسه

---

(١) ما بين معكوفتين سقط من (ب) .

(٢) ما بين معكوفتين سقط من (ك) .

(٣) سقط من (ك) .

(٤) سقط من (ك) .

(٥) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ك) و (ب) .

(٦) في (ب) : الصبي الذي .

(٧) في (ب) : الصغرى .

لأنه إذا كان يعبر عن نفسه كانت العبرة بتصديقه وتكذيبه لا لتصديق من في يده وتكذيبه ، والله تعالى أعلم بالصواب[١] . وإليه المرجع [والمآب][٢] ، [ولا حول ولا قوة إلا بالله العظيم][٣] .

❊ ❊ ❊

(١) سقط من (ك) .

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) و (ب) .

(٣) ما بين معكوفتين زيادة من (هـ) .

الفهارس[1]

(١) لم أذكر من الفهارس إلا ما وجد في الرسالة ، وأغضيت عما لم يوجد .

١ - فهرس الأحاديث

أعتقها ولدها ٦١٣
أن رسول الله قضى رجلين اختصما في ناقة ٢١٤
أنت ومالك لأبيك ..... ٥٩٨ ، ٧٥٥
لا وصية لوارث ٧٥٢
من باع ولداً وله مال ٧٥٥
من عال يتيماً فله قبض هباته ٧١٣
الولاء للمعتق ٥٨٧
اليمين على من أنكر ٦

❊ ❊ ❊

٢ - فهرس الآثار

سأل شريح عمر عن أمة بين رجلين ٧٠٤
قضاء علي في أمة بين رجلين ٧٠٥

❊ ❊ ❊

٣ - فهرس الأعلام

ابن رستم : إبراهيم بن رستم
ابن شجاع ٢١١
ابن أبي ليلى ٢٥٦
ابن أبي مالك : الحسن ٥٢
ابن سماعة : محمد بن سماعة ٦٣ ، ١٠٤ ، ١٤٧ ، ١٦٩ ، ١٩٢ ، ١٩٦ ، ٢١١ ، ٢٢٣ ، ٢٢٩ ، ٢٨٤ ، ٣٠١ ، ٣١٨ ، ٣٣٦ ، ٣٤٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٤ ، ٤٣٣ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٥١٢ ، ٥٢٥ ، ٥٤٦ ، ٥٥٢ ، ٦٠٠ ، ٦٥٩ ، ٦٦٠ ، ٦٧١ ، ٦٧٩ ، ٧٦٤ ، ٧٩٦ ، ٧٩٧ ، ٨٠٣ ، ٨٠٤ ، ٨١١ ، ٨١٢ ، ٨١٥
أبو أحمد العياضي ٧٤٠
أبو بكر الأعمش ٢٤
أبو بكر الفقيه ١٩ ، ٢٣٣
أبو بكر البلخي ٣٧٧ ، ٦٥٢
أبو بكر العياضي ١٦٧
أبو حفص الكبير ٢٤٧ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٩٣ ، ٦٦٧ ، ٨٠٥
أبو حنيفة ١٤ ، ٢٠ ، ٢٦ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٨ ، ٤٩ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٧٠ ، ٧٧ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٧ ، ٨٩ ، ٩٢ ، ٩٤ ، ١٠٥ ، ١١٤ ، ١٣٤ ، ١٤٧ ، ١٦٩ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٨١ ،

١٨٢ ، ١٩٦ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ،
٢١٠ ، ٢٢٩ ، ٢٣٣ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ،
٢٥٣ ، ٢٥٥ ، ٢٧٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ،
٢٩٥ ، ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٣٢ ، ٣٤٢ ،
٣٤٨ ، ٣٦٢ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ،
٣٩٥ ، ٣٩٨ ، ٤٠١ ، ٤٥٨ ، ٤٦٧ ، ٤٨٢ ، ٥٠٥ ،
٥١١ ، ٥٣١ ، ٥٣٤ ، ٥٤١ ، ٥٥٩ ، ٥٦٥ ، ٥٧٢ ،
٥٧٥ ، ٥٨٩ ، ٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٥٩٦ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ،
٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٣٥ ، ٦٤٤ ، ٦٤٥ ،
٦٦٧ ، ٦٦٨ ، ٦٦٩ ، ٦٧٢ ، ٦٨١ ، ٦٨٢ ، ٦٨٣ ،
٦٨٤ ، ٦٩٥ ، ٦٩٩ ، ٧٠٧ ، ٧٠٨ ، ٧١٠ ، ٧١٣ ،
٧١٥ ، ٧١٩ ، ٧٢٠ ، ٧٢١ ، ٧٢٦ ، ٧٢٩ ، ٧٣٢ ،
٧٣٥ ، ٧٣٩ ، ٧٤٠ ، ٧٤١ ، ٧٤٣ ، ٧٤٥ ، ٧٤٧ ،
٧٥١ ، ٧٥٢ ، ٧٥٣ ، ٧٨٢ ، ٧٨٥ ، ٨٠٣ ، ٨٠٥ ،
٨١١

أبو خازم القاضي ١٢٩ ، ٤٥٥ ، ٦٣٤

أبو سعيد البردعي ٤٥٥

أبو سليمان الجوزجاني ٢٤٧ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٩٣ ، ٦٦٧ ، ٦٦٨ ، ٨٠٥ ،
٨٠٦

أبو طاهر الدباس ٤٥٥

أبو عاصم العامري ٦٠ ، ٣٦٨ ، ٤٦٧

أبو عصمة سعد بن معاذ ٦٨٢

أبو الفضل الحاكم ٤٢٨

أبو القاسم الصفار ٣٤٠

أبو الليث السمرقندي ٢١٤ ، ٢٣٢ ، ٢٩٥
أبو محمد الكوفي ١١
أبو نصر الصفار ٤٦٢ ، ٤٦٨
أبو الهيثم عتبة بن خيثمة ١٩٣ ، ٤٥٥ ، ٤٦٢ ، ٤٨٥ ، ٦٣٤
أبو يوسف القاضي ١٤ ، ٢٦ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٧٧ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٧ ، ٨٩ ، ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٨ ، ١٠٤ ، ١٠٥ ، ١٣٢ ، ١٤٧ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧٦ ، ١٨٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٢٢٩ ، ٢٣١ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٧ ، ٢٣٩ ، ٢٥٣ ، ٢٥٥ ، ٢٥٩ ، ٢٦٢ ، ٢٨٠ ، ٢٨٥ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣١٨ ، ٣٣٦ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٤ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٤٠٨ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤٢٠ ، ٤٢٣ ، ٤٣٣ ، ٤٥٨ ، ٤٦٧ ، ٤٨٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣١ ، ٥٤١ ، ٥٥٩ ، ٥٦٤ ، ٥٦٥ ، ٥٦٨ ، ٥٧٥ ، ٥٨١ ، ٥٨٢ ، ٥٨٤ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٤ ، ٦١٨ ، ٦٢١ ، ٦٣٠ ، ٦٣١ ، ٦٣٣ ، ٦٣٤ ، ٦٤١ ، ٦٤٥ ، ٦٥١ ، ٦٥٩ ، ٦٦٧ ، ٦٦٩ ، ٦٧٩ ، ٦٨٠ ، ٦٨٣ ، ٦٩٥ ، ٧٠٨ ، ٧١٤ ، ٧١٥ ، ٧٢٩ ، ٧٣٥ ، ٧٤٠ ، ٧٤١ ، ٧٤٨ ، ٧٤٩ ، ٧٦٣ ، ٧٦٤ ، ٧٨٥ ، ٧٩٦ ، ٨٠٥ ، ٨٠٦ ، ٨١٠ ، ٨١٢ ، ٨١٥

إبراهيم بن رستم ٤٥ ، ٣٤٢ ، ٣٨٧ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٥١٧ ، ٥٦٥ ، ٦٧١
أحمد الطواويسي ٣٥٦ ، ٣٥٧
إسماعيل بن حماد ٦٨٢
البزدوي : علي البزدوي
بشر بن الوليد الكندي ٥١ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ١٠٤ ، ١٨٢ ، ٢٠٨ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٥٩ ، ٢٨٨ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٧ ، ٣٩٦ ، ٥٦٤ ، ٦٠٠ ، ٧٤٨ ، ٨١٢
جابر رضي الله عنه ٢٤١
الحاكم الشهيد ٢٨٨
الحسن بن زياد اللؤلؤي ٥١
الحَلْوَاني : شمس الأئمة الحلواني
الخصاف ٢٦ ، ٣٤ ، ٤٠ ، ٢١٨ ، ٣٠٩ ، ٣٧٢ ، ٣٨٧ ، ٤٢٤ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥
خلف بن أيوب ٧٩٩
خواهر زاده ٢٨ ، ٦٤ ، ٢٧٧ ، ٣٣٩ ، ٣٥٦ ، ٥٠٨ ، ٥٨٩ ، ٦٩٠
زفر بن الهذيل ٥٦٨ ، ٦٠٨
السرخسي ٦٤ ، ٦٥ ، ٩٨ ، ٢٢٣ ، ٢٥٨ ، ٢٨٦ ، ٣٧٣ ، ٥٨٩ ، ٦٨٤ ، ٧٣٨
السغدي ١٤٥ ، ٢٦٨ ، ٥٠٦ ، ٥١٧
الشافعي ١١٢ ، ٥٦٧
شداد بن حكيم ٧٩٩
شريح بن الحارث ٧٠٤

شمس الأئمة الحلواني ٢٢ ، ٢٤ ، ٣٥ ، ٢٥٧ ، ٢٧٧ ، ٥٠٥ ، ٥٦٧ ، ٦١٩ ، ٦٦٢ ، ٦٦٧ ، ٨٠٦ ، ٦٩٠

شيخ الإسلام (دون تحديد) ٨٢ ، ٩٥ ، ٢٤٨ ، ٢٥٧ ، ٢٦٨ ، ٢٧٥

الصدر الشهيد ٣٨ ، ٤٢

الطحاوي ٦٤ ، ٢٨٦ ، ٨٠١

ظهير الدين المرغيناني ٢٨ ، ١٢٢ ، ٢١٨ ، ٤٩٨ ، ٥٠٢ ، ٥٣٣ ، ٥٥٤ ، ٨١٤

عبد الله المرشدي ٢٨٦

عبد الكريم الجرجاني ٦٨٢

عطاء بن حمزة السغدي ٤٩٧ ، ٥٠١

علي رضي الله عنه ٧٠٥ ، ٧٠٩

علي بن عبد الوهاب ٥٢٠

علي البزدوي ٢٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٦٥٠

علي السغدي : السغدي

عمر رضي الله عنه ٧٠٤ ، ٧٠٩

عمر بن عثمان ٢٥٠

عمرو بن أبي عمرو ١٦٨

عيسى بن أبان ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٧٧ ، ٣٤٤ ، ٤٣٢

عيسى بن النصر ٣٤١

الفضلي ٣٩ ، ٣١١ ، ٨٠١

قاضي خان ٧٣٤ ، ٧٣٨

القدوري ٢٢٥ ، ٢٤٥ ، ٢٥٨ ، ٢٨٩

الكرخي ٢٧٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٨ ، ٣٠٠ ، ٤٢٠

محمد بن حامد ١٩٢ ، ٤٦٢

محمد بن الحسن الشيباني ٦، ٩، ١٠، ١١، ٢٢، ٢٤، ٢٦، ٢٩، ٣٠، ٣١،
٣٢، ٤١، ٤٣، ٤٥، ٤٧، ٤٩، ٥٠، ٥٢، ٥٣،
٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، ٧٢،
٧٥، ٧٦، ٧٨، ٧٩، ٨٢، ٨٣، ٨٤، ٨٥، ٨٧،
٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٤، ٩٧، ٩٨، ١٠٤،
١١٥، ١٢٦، ١٣٠، ١٣٦، ١٤٧، ١٥٠، ١٥٨،
١٦٥، ١٦٦، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧٥، ١٧٦،
١٨١، ١٨٢، ١٨٥، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٥، ١٩٦،
٢٠٤، ٢٠٦، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٩، ٢٢١،
٢٢٣، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٧، ٢٣٩، ٢٤١، ٢٤٥،
٢٤٦، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥١، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥،
٢٥٧، ٢٥٨، ٢٦٠، ٢٦٢، ٢٦٤، ٢٦٧، ٢٧٦،
٢٨٠، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٥،
٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢،
٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٣، ٣١٥، ٣١٨، ٣٢٩، ٣٣٠،
٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤،
٣٤٦، ٣٤٩، ٣٥٤، ٣٥٧، ٣٦٢، ٣٦٧، ٣٧٢،
٣٧٣، ٣٧٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩٢،
٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٧، ٣٩٨، ٤٠١، ٤٠٨،
٤١٣، ٤١٤، ٤٢٠، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥،
٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٤١، ٤٤٨،
٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٨، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٥،
٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٧، ٤٨٢، ٤٨٥،
٤٩١، ٤٩٥، ٤٩٧، ٥٠١، ٥٠٥، ٥١١، ٥١٢،

٥١٧ ، ٥٢١ ، ٥٢٤ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٤٠ ،
٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، ٥٥٠ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ،
٥٥٩ ، ٥٦٥ ، ٥٦٨ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٨١ ، ٥٨٢ ،
٥٨٤ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٩ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٤ ،
٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦٠٨ ، ٦١٨ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ، ٦٢٣ ،
٦٢٧ ، ٦٣٠ ، ٦٣٣ ، ٦٣٤ ، ٦٤١ ، ٦٤٥ ، ٦٤٧ ،
٦٥١ ، ٦٥٣ ، ٦٥٦ ، ٦٦٠ ، ٦٦١ ، ٦٦٤ ، ٦٦٥ ،
٦٦٦ ، ٦٦٧ ، ٦٦٩ ، ٦٧١ ، ٦٧٥ ، ٦٨١ ، ٦٨٣ ،
٦٨٥ ، ٦٨٦ ، ٦٩٢ ، ٦٩٥ ، ٦٩٩ ، ٧٠٦ ، ٧٠٧ ،
٧٠٨ ، ٧١٠ ، ٧١٣ ، ٧١٦ ، ٧٢١ ، ٧٢٦ ، ٧٢٩ ،
٧٣٠ ، ٧٣٢ ، ٧٣٥ ، ٧٣٦ ، ٧٣٧ ، ٧٤٠ ، ٧٤١ ،
٧٤٣ ، ٧٤٧ ، ٧٥٠ ، ٧٥٥ ، ٧٥٨ ، ٧٦٦ ، ٧٧١ ،
٧٧٣ ، ٧٧٥ ، ٧٧٨ ، ٧٨٠ ، ٧٨٩ ، ٧٩٧ ، ٧٩٩ ،
٨٠٢ ، ٨٠٣ ، ٨٠٤ ، ٨٠٥ ، ٨٠٧ ، ٨١١ ، ٨١٣ ،
٨١٥

محمد بن عمر ٨١١

محمود الأوزجندي ١٤ ، ٣٥ ، ١٢٣ ، ٢٢٧ ، ٣٢٧ ، ٤٩٧ ، ٤٩٨ ،
٤٩٩ ، ٥١٠ ، ٦٥٩ ، ٨٠١ ، ٨١٥

معلى بن منصور الرازي ١٧٠ ، ٢٠٨ ، ٢٢٩ ، ٣٣٧ ، ٥٦٥

الناطفي ٢٣٥ ، ٣٢٥ ، ٥١٩ ، ٧١٥

نجم الدين النسفي ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٤٩٦ ، ٥٠٢ ، ٥١٦ ، ٥١٩ ، ٧٩٨

هشام بن عبيد الله الرازي ٦٣ ، ٧٦ ، ١٨١ ، ٢١٠ ، ٢٣٣ ، ٢٦٧ ، ٢٨٠ ،
٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٣٠١ ، ٣٠٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٥ ، ٣٩٢ ،

٣٩٤ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٤٢٧ ، ٥٢١ ، ٥٢٤ ، ٧٩٩ ،
٨٠٧ ، ٨١١ ، ٨١٣

❊ ❊ ❊

٤ - فهرس الأماكن

بُخارى ٤٣٢
بغداد ٣٥٤
تركستان ٤٩٧
الرقة ١٦٩
الري ٣٥٤
سمرقند ..... ٣٢٢، ٤٩٧، ٧٩٨
عرفة ١٦٨
الكوفة ٢٤٥
منى ١٦٩
مكة ٢٤٥

❊ ❊ ❊

٥ - فهرس الكتب

الأجناس للناطفي ٣٢٥، ٣٣١، ٥١٩
أحكام الأوقاف للخصاف ٢٦
أدب القاضي للخصاف ٣٤، ٤٠، ٢١٨، ٣٠٩، ٤٢٤، ٤٨٧، ٥٠٤
الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني ٣٥، ٤٢، ٤٧، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٦٢، ٦٤، ٢٢١، ٢٤١، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٩، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٤، ٢٥٨، ٢٦٠، ٢٦٤، ٢٩٧، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٦، ٣٢٠، ٣٤٨، ٣٥٣، ٥٦٣، ٥٨٩، ٦٠٨، ٦٤٧، ٦٥٠، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٧٩، ٦٨٠، ٧٥٥، ٧٥٨، ٧٧٨، ٨٠٥
الأقضية للمرغيناني ٣٧، ٦٤، ٦٥، ١٠٥، ٢١٧، ٢١٩، ٢٢٤، ٢٥٢، ٣١١، ٣١٤، ٣١٥، ٣٣٨، ٣٤٨، ٣٨٦، ٣٨٧، ٥٢٩
الأمالي (غير معزو) ٦٥١
الأمالي لأبي يوسف ٢٨٥، ٢٨٧، ٧٤٨
الأمالي لمحمد بن الحسن ٤٩
الإملاء (غير معزو) ١٣٢، ٣١٥، ٣٤٤
الجامع لمحمد بن الحسن الشيباني ٤٥، ٥٧، ٥٨، ٧٧، ٨٢، ٨٥، ٨٩، ٩٠، ٩٢، ١١٧، ١١٨، ١٢٤، ١٤٦، ١٨٥، ١٩٥، ٢٠٦، ٢٢٥، ٢٢٦، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٥٧، ٣٧٢، ٣٧٤، ٣٩٨، ٤٠٢، ٤١٠، ٤١٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٣، ٤٦٨، ٤٧٠، ٤٨٥، ٤٨٩، ٥٠٨،

٥٠٩ ، ٥١١ ، ٥٢١ ، ٥٣٢ ، ٥٤٢ ، ٥٥٠ ، ٦٤٧ ،
٦٥٠ ، ٦٥٤ ، ٧٢١ ، ٨١٠
الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني ١٣٣ ، ٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٣٢٤ ، ٨٠١ ، ٨٠٢
الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ١١١ ، ١٥٠ ، ٤٩١ ، ٤٠٨ ، ٦٢٣
الحيل للخصاف ٣٧٢
الرقيات لابن سماعة ١٦٩ ، ٣٨٩ ، ٨٠٤
الزيادات لمحمد بن الحسن الشيباني ٤١ ، ٦٧ ، ١١٥ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣٤ ، ١٣٦ ،
١٤٦ ، ٣٠٩ ، ٣٢٨ ، ٣٣٠ ، ٣٣١ ، ٣٥٧ ، ٥٢١ ،
٥٣١ ، ٧١٦ ، ٧٦٦
السير للسرخسي ٢٢٢
السير الكبير للشيباني ٣٧٣ ، ٤٩٥
شرح الجامع (غير معروف المؤلف) ٢٢٧
شرح الجامع لأبي نصر الصفار ٤٦٨
شرح الجامع لخواهر زاده ٦٩٠
شرح الجامع الكبير لشمس الأئمة الحلواني ٦٦٧
شرح الجامع لشيخ الإسلام ٥٢١
شرح الجامع الصغير للمؤلف ١٢٤ ، ٣٢٤
شرح مختصر الكرخي للقدوري (القدوري) ٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٤٥ ،
٢٥٨
العلل ٤٦٩ ، ٤٧٠
عيون المسائل لأبي الليث السمرقندي ٢٣٥ ، ٢٣٦
الفتاوى (غير منسوبة) ٥١٠ ، ٦٥٩ ، ٨١٤
فتاوى أبي الليث السمرقندي ١٩ ، ٢١٤ ، ٢٣٢ ، ٣٣١ ، ٧٩٩ ، ٨٠٠
فتاوى أهل سمرقند ١٧٣

فتاوى الفضلي ٣٩ ، ٣١١ ، ٤٩٨ ، ٨٠١
فتاوى النسفي ١٦ ، ٤٨٩ ، ٥١٦
فوائد شمس الإسلام محمود الأوزجندي ٥١٠
القدوري : شرح مختصر الكرخي للقدوري
الكتاب لمحمد بن الحسن الشيباني ١١ ، ٢٤ ، ٦١ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٨ ، ١١٩ ، ١٣٤ ، ١٣٨ ، ١٤١ ، ١٦٥ ، ٢٠١ ، ٢١٧ ، ٢٢١ ، ٢٣٧ ، ٢٣٩ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٨ ، ٣٠٠ ، ٣٥٩ ، ٣٦٢ ، ٣٦٧ ، ٣٩١ ، ٤٠٨ ، ٤١٩ ، ٤٥٣ ، ٤٥٨ ، ٤٦٥ ، ٦٠٥ ، ٦٣٤ ، ٦٥٦ ، ٦٩٤ ، ٧٢٦ ، ٧٣٧ ، ٧٤٠ ، ٧٨٨
المبسوط للسرخسي ٥٠٨ ، ٦٨٤
المجرد للحسن بن زياد اللؤلؤي ٥١
مجموع النوازل للكشي ١٤٥ ، ٣٢٣ ، ٣٣٣ ، ٣٤٩ ، ٤٩٠ ، ٤٩٧ ، ٥٠١ ، ٨٠١ ، ٨٠٢ ، ٨٠٥ ، ٨٠٦
مختصر الزيادات للحاكم ٢٨٨
مختصر الطحاوي ٧٣٧
مختصر الكرخي ٢٧٤ ، ٢٨٨
المنتقى للحاكم الشهيد ٤٢ ، ٤٦ ، ٤٩ ، ٥٤ ، ٦٢ ، ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٤ ، ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٦٧ ، ١٨٢ ، ٢٠٨ ، ٢١٢ ، ٢١٧ ، ٢٣٠ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٧١ ، ٢٨٩ ، ٢٩٦ ، ٣١٥ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٤١ ، ٣٨٧ ، ٤٢٧ ، ٥٢١ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٦٥ ، ٥٦٨ ، ٦٥٧ ، ٦٥٨ ، ٦٥٩ ، ٦٧١ ، ٧٤٨ ، ٧٩٧ ، ٨٠٦ ، ٨٠٧ ، ٨١٢ ، ٨١٣ ، ٨١٥

النوادر ٥٤ ، ٢٣٩
نوادر ابن رستم إبراهيم ٤٥ ، ٣٤٢ ، ٣٩٥ ، ٥١٧
نوادر ابن سماعة ١٠٤ ، ١٤٧ ، ١٩٦ ، ٢١١ ، ٢٢٣ ، ٢٢٩ ، ٣٠١ ، ٣١٨ ، ٣٤٧ ، ٣٩٤ ، ٤٣٣ ، ٥١٢ ، ٦٥٩ ، ٦٦٠ ، ٦٧٩ ، ٧٩٦ ، ٧٩٧ ، ٨٠٣ ، ٨١١ ، ٨١٥
نوادر ابن شجاع ٢١١
نوادر أبي سليمان ٨٠٦
نوادر بشر بن الوليد ١٨٢ ، ٢٠٨ ، ٢٣٤ ، ٣٤٢ ، ٥٦٤ ، ٨١٠
نوادر عيسى بن أبان ٣٤٤ ، ٤٣٢
نوادر المعلى ١٧٠ ، ٢٠٨ ، ٢٢٩
نوادر هشام الرازي ٧٦ ، ١٨١ ، ٢١٠ ، ٢٣٣ ، ٣٠١ ، ٣٠٨ ، ٣١٨ ، ٣٤٥ ، ٣٣٩ ، ٨٠٧
النوازل ٢٨٨
الواقعات للصدر الشهيد ٣٨ ، ٤٢
واقعات الناطفي ٢٣٥

❊ ❊ ❊

٦ - فهرس المصادر والمراجع

- آثار البلاد وأخبار العباد . للقزويني . دار صادر بيروت ١٣٩٩ .
- أحكام الأوقاف . للخصاف . ضبط وتصحيح محمد عبد السلام شاهين . الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ . دار الكتب العلمية . بيروت .
- أخبار أبي حنيفة وأصحابه . للصيمري . طبع دار الكتاب العربي بيروت عن طبعة المعارف الشر قية بحيدر آباد الدّكن .
- الأعلام . للزركلي . الطبعة العاشرة ١٩٩٢م . دار العلم للملايين بيروت .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق . لابن نجيم الحنفي . دار كريم إيج كراتشي باكستان .
- بدائع الصنائع . للكاساني . تحقيق محمد محمد تامر . ١٤٢٦هـ . دار الحديث .
- البداية والنهاية . لابن كثير . الطبعة الرابعة ١٤٠١ . مكتبة المعارف بيروت .
- تاج التراجم . لابن قطلوبغا . تحقيق محمد خير رمضان يوسف . الطبعة الأولى ١٤١٣ . دار القلم دمشق .
- تاريخ الإسلام . للذهبي . تحقيق بشار معروف . الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ . دار الغرب الإسلامي بيروت .
- تاريخ الإسلام السياسي والديني والاجتماعي . الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ . دار الكتاب العربي بيروت .
- التاريخ الإسلامي . لمحمود شاكر . الطبعة الخامسة ١٤١١هـ . المكتب الإسلامي بيروت .
- تاريخ الخلفاء . للسيوطي . الطبعة الأولى ١٣٥١هـ . إدارة الطباعة المنيرية القاهرة .
- الجامع الصغير . للإمام محمد بن الحسن الشيباني . إدارة القرآن والعلوم الإسلامية . كراتشي باكستان .

- جامع العلوم والحكم . لابن رجب الحنبلي . تحقيق شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس . الطبعة الثانية ١٤١٢هـ . مؤسسة الرسالة بيروت .
- الجامع الكبير . للإمام محمد بن الحسن الشيباني . بعناية أبو الوفاء الأفغاني . تصوير دار إحياء التراث العربي بيروت . الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ .
- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود . للمنهاجي السيوطي .تحقيق محمد حامد الفقي . تصوير ناشر مجهول .
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية . للقرشي . تحقيق د. عبد الفتاح الحلو . الطبعة الثانية ١٤١٣هـ . دار هجر القاهرة .
- حاشية ابن عابدين وتكملتها . تحقيق عبد المجيد طعمة حلبي . الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ دار المعرفة بيروت .
- دائرة المعارف الإسلامية . دار الشعب القاهرة .
- السعاية في كشف ما في شرح الوقاية . للكنوي . فيصل أكاديمي . كراتشي . باكستان .
- سنن ابن ماجه . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء الكتب العربية مصر . ١٣٧٣هـ .
- سنن أبي داود . تحقيق محمد عوامة . الطبعة الأولى ١٤١٩هـ . دار القبلة جدة .
- سنن الدار قطني . تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض . الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ دار المعرفة بيروت .
- السنن الكبرى . للبيهقي . دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد الدكن . تصوير أمين دمج بيروت دون تاريخ .
- شرح أدب القاضي . للخصاف . للصدر الشهيد . تحقيق محي هلال السرحان . مطبعة الإرشاد بغداد ١٣٩٨هـ .
- شرح شرح نخبة الفكر . للملا علي القاري . تحقيق محمد وهيثم تميم . شركة الأرقم . لبنان دون تاريخ .
- صحيح البخاري مع فتح الباري . طبعة المطبعة السلفية بالقاهرة .

- صحيح مسلم . ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . تصوير دار إحياء التراث العربي بيروت دون تاريخ .
- الطبقات السنية في تراجم الحنفية . للتميمي . تحقيق عبد الفتاح الحلو . الطبعة الأولى ١٤١٠هـ . دار الرفاعي الرياض .
- العبر في خبر من عبر . للذهبي . الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ دار الكتب العلمية بيروت .
- العناية شرح الهداية . للبابرتي . مطبوع مع فتح القدير للكمال ابن الهمام . كريم إيج كراتشي باكستان .
- الفتاوى الهندية . دار كريم إيج كراتشي باكستان .
- فتح القدير للعاجز الفقير . للكمال ابن الهمام . كريم إيج كراتشي باكستان .
- الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط . قسم الفقه وأصوله . مجمع آل البيت . الأردن ١٤٢٠ – ١٤٢٦هـ .
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية . للكنوي . دار الكتاب الإسلامي . القاهرة .
- القاموس الفقهي . للدكتور سعدي أبو جيب . الطبعة الثانية ١٤٠٨ . دار الفكر دمشق .
- قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية . د. محمد عمارة . الطبعة الأولى ١٤١٣هـ . دار الشروق .
- الكامل . لابن الأثير . دار صادر بيروت ١٣٨٦هـ .
- كشاف القناع . لمنصور بن يوسف بن إدريس البهوتي . طبعة عالم الكتب ١٤٠٣ .
- كشف الأسرار عن أصول البزدوي . لعبد العزيز البخاري . تصوير دار الكتاب العربي بيروت لبنان سنة ١٣٩٤هـ .
- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون . لحاجي خليفة . تصوير دار الفكر بيروت ١٤١٤هـ .
- اللباب في تهذيب الأنساب . لابن الأثير . ١٤٠٠هـ . دار صادر بيروت .
- اللباب في شرح الكتاب . لعبد الغني الغنيمي الميداني . تصوير دار الكتاب العربي عن طبعة مصرية قديمة .

- المبسوط . للسرخسي . تحقيق سمير مصطفى دباب . الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ . دار إحياء التراث العربي بيروت .
- مرآة الجنان . لليافعي . الطبعة الثانية ١٣٩٠هـ . مؤسسة الأعلمي بيروت .
- مجمع الضمانات . لغانم بن محمد البغدادي . دار الكتاب الإسلامي .
- المحيط البرهاني . عناية نعيم أشرف نور أحمد . الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ . إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان .
- مسند الإمام أحمد . تصوير المكتب الإسلامي بيروت عن المطبعة الميمنية .
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير . للفيومي . تحقيق عبد العظيم الشناوي . ١٩٧٧م . دار المعارف مصر .
- المصنف . لعبد الرزاق الصنعاني . تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي . الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ . المكتب الإسلامي بيروت .
- معجم الأنساب والأسرات الحاكمة . للمستشرق زامبا ورو . تصوير دار الرائد العربي بيروت ١٤٠٠هـ . ترجمة الدكتور محمد حسن وآخرين .
- معجم البلدان . لياقوت الحموي . الطبعة الأولى ١٤١٠هـ . دار الكتب العلمية بيروت .
- المعجم الذهبي . فارسي – عربي . د. محمد التونجي . الطبعة الثانية ١٩٨٠م . دار العلم للملايين .
- معجم المؤلفين . لعمر رضا كحَّالة . تصوير دار إحياء التراث العربي بيروت .
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية . الدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم . دون تاريخ . دار الفضيلة مصر .
- المعجم الوسيط . تأليف لجنة من اللغويين في مجمع القاهرة اللغوي . تصوير بيروت دون تاريخ ولا ناشر .

- معرفة السنن والآثار . للبيهقي . تحقيق عبد المعطي قلعجي . الطبعة الأولى ١٤١١هـ . دار قتيبة وغيره .
- المغرب في ترتيب المعرب . للمطرزي . طبعة دار الكتاب العربي .
- مغني المحتاج . لمحمد الخطيب الشربيني . تحقيق : صدقي محمد جميل عطار . طبعة دار الفكر بيروت ١٤١٥ .
- المغني . لابن قدامة المقدسي . تحقيق عبد الله التركي .الطبعة الأولى ١٤١٥ . مؤسسة هجر .
- المغول في التاريخ . الصياد فؤاد عبد المعطي . دار القلم القاهرة .
- مفتاح السعادة ومصباح السيادة . لطاش كبري زاده . دار الكتب العلمية بيروت .
- مقدمة ابن خلدون . طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٧هـ .
- الموسوعة الفقهية. لمجموعة من العلماء ، إصدار وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت .
- نظر الدعوى وإدارة العدالة . للدكتور محمد ظهرى محمود . الطبعة الأولى ١٤٢٦. دار الفكر العربي القاهرة .
- الهداية شرح بداية المبتدي . للمرغيناني . مع حاشية اللكنوي . بعناية نعيم أشرف . الطبعة الأولى ١٤١٧هـ . إدار القرآن والعلوم الإسلامية باكستان .
- هدية العارفين لأسماء المؤلفين . لإسماعيل باشا البغدادي . تصوير دار الفكر بيروت ١٤١٤هـ .
- الوافي بالوفيات . للصفدي . تصوير دار إحياء الكتب العربية بيروت .

❊ ❊ ❊

٧ - فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١
كتاب الدعوى	٣
الفصل الأول : في معرفة المدعي والمدعى عليه	٦
الفصل الثاني : في بيان صحة الدعاوي وما يسمع منها وما لا يسمع	١٣
الفصل الثالث : في دعوى الملك المطلق في الأعيان	٤٧
الفصل الرابع : في دعوى الملك في الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة وما أشبه ذلك	٦٢
الفصل الخامس : في دعوى البيع والشراء	١٠٧
الفصل السادس : في الاستحقاق وما هو في معنى الاستحقاق	١٢١
الفصل السابع : في تكافؤ الدعوى والبينات عليها	١٦٧
الفصل الثامن : في مقاسمة المدعى بطريق المنازعة أو العول	١٧٥
الفصل التاسع : في دعوى الميراث	١٨٤
الفصل العاشر : في دعوى الرجل النكاح على المرأة وفي دعوى المرأة النكاح في الرجل الآخر	٢١٠
الفصل الحادي عشر : في الرجلين يدعيان بالأيدي	٢١٤
الفصل الثاني عشر : في دعوى النتاج	٢٤١
الفصل الثالث عشر : في ما هو في معنى النتاج	٢٦٤
الفصل الرابع عشر : في دعوى الحائط	٢٨١
الفصل الخامس عشر : في دعوة الطرق ومسيل الماء الجاري والناووقات	٢٩٢

الموضوع الصفحة

الفصل السادس عشر : في القضاء لأحد الخارجين عند ظهور العدالة لشهود ، ثم ظهور العدالة لشهود الخارج الآخر أو إقامة الخارج الآخر شهوداً بعد ذلك ٣٠٣

الفصل السابع عشر : في دعوى الدَّين ٣٠٨

الفصل الثامن عشر : في إقرار المدعي ببعض ما قضاه المدعى عليه أو نفي ذلك عن نفسه ، وفي دعوى المدعى عليه لنفسه بعض ما قضى به عليه ٣١٣

الفصل التاسع عشر : فيما يقع به التناقض في الدعوى وما لا يقع ٣٢٠

الفصل العشرون : فيما يبطل قول المدعي من قوله أو فعله ٣٤٠

الفصل الحادي والعشرون : فيما يكون جواباً من المدعى عليه وما لا يكون ، وما يكون إقراراً منه وما لا يكون ٣٥٠

الفصل الثاني والعشرون : في بيان من يصلح خصماً ومن لا يصلح ٣٥٤

الفصل الثالث والعشرون : في بيان ما يندفع به دعوى المدعي وما لا يندفع ٤٢٢

الفصل الرابع والعشرون : في دعوى الوصية وجحود الوارث وإقراره بالوصية لغيره ، وفي دعوى الدين وجحود الوارث ذلك وإقراره بالوصية لرجل آخر ٥٣٢

الفصل الخامس والعشرون : في دعوى الرجلين عبداً في يد آخر ، ودعوة كل واحد منهما الإيداع من صاحب اليد وإقرار صاحب اليد لأحدهما ، وفي دعوى الرجل عيناً في يدي رجل وإقرار صاحب اليد بالعين له ، ثم دعوى صاحب اليد الإيداع من جهة غيره ٥٤٢

الفصل السادس والعشرون : في دعوى الوكالة والكفالة والحوالة ٥٥٣

الفصل السابع والعشرون : في دعوة العتق ٥٥٦

الفصل الثامن والعشرون : في دعوى النسب ٥٥٨

الموضوع	الصفحة

الفصل التاسع والعشرون : في الغرور ٧٧٨
الفصل الثلاثون : في المتفرقات ٧٩٨
الفهارس ٨١٧

❊ ❊ ❊