

المغني

موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي الحنبلي

(الجزء الرابع والستون - كتاب الدعاوى والبيئات)

• كتاب الدعاوى والبيئات:

- 0 مسألة: في أن النكاح لا يستحلف فيه
 - فصل: فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة
 - فصل: فيما لو ادعت المرأة النكاح على زوجها
 - فصل: فيما لا يشترط فيه الولي والشهود
- 0 مسألة: فيمن ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما سنة
 - فصل: في أن أي السنتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها
 - فصل: فيمن كانت السنة لأحد المدعين دون الآخر
 - فصل: فيمن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها للداخل
 - فصل: فيما لو كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة وباقيها في يد آخر
 - فصل: فيما لو كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كلاهما أن الشاة التي في يد صاحبه له
 - فصل: فيما لو ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها سنة
 - فصل: فيما لو كان في يد رجل شاة فادعاه رجل أنها له منذ سنة
- 0 مسألة: حكم ما لو كانت الدابة في أيديهما فأقام كل منهما سنة أنها له
 - فصل: حكم ما لو شهدت أحدهما أنها له منذ سنة
 - فصل: في أنه لا ترحج إحدى السنتين بكثرة العدد
 - فصل: حكم ما لو كان في أيديهما دار فادعاهما أحدهما كلها
 - فصل: حكم ما لو كانت الدار في يد ثلاثة فادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها
 - فصل: حكم ما لو كانت الدار في يد ثلاثة فادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها بلا سنة
 - فصل: حكم ما لو كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثها بلا سنة
- 0 مسألة: فيمن تداعيا عينا في يد غيرهما ولا سنة لهما
 - فصل: فيمن لو أنكر السنة من العين في يده وكانت لأحدهما
 - فصل: فيمن تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لأحدهما
 - فصل: فيمن أقام كل واحد منهما بما ادعاه سنة
 - فصل: فيمن أخذ من رجلين ثوبين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا
 - فصل: فيمن تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي
 - فصل: فيمن تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لفلان وقال الآخر بل لفلان
 - فصل: فيمن كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان
 - فصل: في متى أمكن صدق السنتين
 - فصل: فيمن مات فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت
 - فصل: فيمن ادعى عبدا في يد آخر أنه اشتراه منه
 - فصل: فيمن ادعى زوجية امرأة
 - فصل: فيمن قال لعبده إن قتلت فأنت حر ثم مات
 - فصل: حكم ما لو ادعى أن سيده أعتقه في مرض موته
 - فصل: في شهادة الأحنسة في العتق
 - فصل: فيما لو شهد عدلان أحسان أنه وصى بعتق عبده وشهد عدلان وارثان أنه رجع
 - فصل: فيمن شهدت سنة عادلة أنه وصى بثلث ماله
 - فصل: في الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا؟
- 0 مسألة: فيمن في يده دار فادعاه رجل فأقر بها لغيره
 - فصل: فيمن طلب المدعي أن يكتب له القاضي محضرا بما جرى

- فصل: فيمن إذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخا له غائبًا
- فصل: فيمن اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة
- فصل: فيمن ادعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أخته
- فصل: فيمن كانت في يده دار فادعاهما آخر وأقام بينة
- فصل: فيمن كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى أنه مملوكه
- فصل: فيمن ادعى اثنتان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما
- فصل: فيمن كان في يده صغيرة فادعى نكاحها
- فصل: فيمن ادعى ملك عين وأقام به بينة وادعى آخر أنه باعها له
- فصل: فيمن ادعى ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده من سنين
- فصل: فيما لو شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان إلا أنه شهد أحدهما أنه قضاة
- 0 مسألة: فيمن مات وخلف ولدين مسلمًا وكافرًا فادعى المسلم أنه مات مسلمًا وقال الآخر بل مات كافرًا
- 0 مسألة: أقام المسلم بينة أنه أباه مات مسلمًا
- فصل: فيمن خلف ابنا مسلمًا وأخا كافرًا فاختلغا في دينه حال الموت
- فصل: فيما لو كانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته
- فصل: فيما لو أسلم أحد الابنين في شهر وأسلم الثاني في شهر آخر ثم اختلفا في موت أبيهما
- فصل: فيمن اختلفا في دار فادعى كل منهما أنه ورثها
- 0 مسألة: حكم ما لو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنها
- فصل: حكم ما لو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها
- فصل: فيمن ادعى أنه اكترى بيتا من دار لرجل بعشرة فادعى أنه اكترى الدار كلها بعشرة
- 0 مسألة: حكم ما لو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألقًا
- 0 مسألة: حكم ما لو دخل إلينا أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض
- فصل: فيما لو أقر مختلفي الدين بالنسب
- 0 مسألة: حكم ما لو اختلف الزوجان في متاع الست
- فصل: حكم ما لو كان في الدكان نجار وعطار فاختلغا فيما فيها
- فصل: حكم ما لو اختلف المكري والمكتري في شيء في الدار
- فصل: حكم ما لو كان الخياط في دار غيره فاختلغا في الإبرة والمقص
- فصل: حكم ما لو تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها
- فصل: فيما لو اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما
- فصل: حكم ما لو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر
- 0 مسألة: حكم ما لو كان له على أحد حق فمנعه منه وقدر له على مال
- فصل: حكم ما لو لإنسان على إنسان حقا وأقام به شاهدين
- فصل: حكم ما لو ادعى العبد أن سيده أعتقه

كتاب الدعاوى والبيّنات

الدعوى في اللغة: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكاً أو استحقاقاً، أو صفقة أو نحو ذلك وهي في الشرع: إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه، من يضاف إليه استحقاق شيء عليه وقال ابن عقيل: الدعوى الطلب قال الله تعالى: **{ولهم ما يدعون}** وقيل: المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقيل: المدعي من إذا ترك لم يسكت، والمدعى عليه من إذا ترك سكت وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه والأصل في الدعوى قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه) رواه مسلم وفي حديث: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) ولا تصح الدعوى إلا من جازئ التصرف

مسألة:

قال أبو القاسم -رحمه الله-: [ومن ادعى زوجية امرأة، فأنكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما، ولم يحلف]

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة ويتخرج أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد لقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (ولكن اليمين على المدعى عليه) ولأنه حق لآدمي فيستحلف فيه، كالمال ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف في النكاح، فإن نكل ألزم النكاح وقال الشافعي: إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف، وثبت النكاح ولنا أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه، كالحد يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به ويمين المدعي، كالحدود وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين، أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ومع هذه الاحتمالات، لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ويمين المدعي إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم، وإثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود والنكاح في معناه، بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطاً في انعقاده، أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك إذا ثبت هذا، فإنه يفرق بينهما وبحال بينه وبينها ويخلي سبيلها وإن قلنا: إنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت لم يقض بالنكول، وتحبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف، وفي الآخر يخلي سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع، لتقر إن كان المدعى محقاً أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلاً.

فصل:

وإذا ادعى رجل نكاح امرأة، احتاج إلى ذكر شرائط النكاح فيقول: تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها إن كانت ممن يعتبر رضاها وهذا منصوص الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج إلى ذكر شرائطه لأنه نوع ملك فأشبهه ملك العبد، ألا ترى أنه لا

يحتاج أن يقول: وليست معتدة ولا مرتدة ولنا أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود، ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ومنهم من لا يشترطه، وقد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقم البينة بها وتفارق المال، فإن أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها، ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يحسن المدعي عدها ولا يعرفها والأموال مما يتساهل فيها ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقودهم، فافترقا في الدعوى وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والأصل عدمها ولا تختلف به الأغراض فإن كانت المرأة أمة والزوج حرا، فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول وخوف العنت لأنهما من شرائط صحة نكاحها، وأما إن ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين لأنه يثبت بالاستفاضة ولو اشترط ذكر الشروط، لاشتراطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط لأنه دعوى نكاح فأشبه دعوى العقد.

فصل:

وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها، وذكرت معه حقا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه لأنها تدعي حقا لها تضيفه إلى سببه، فتسمع دعواها كما لو ادعت ملكا أضافته إلى الشراء وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضي: تسمع دعواها أيضا لأنه سبب لحقوق لها، فتسمع دعواها فيه كالبيع وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لأن النكاح حق للزوج عليها، فلا تسمع دعواها حقا لغيرها فإن قلنا بالأول سئل الزوج فإن أنكر ولم تكن بينة، فالقول قوله من غير يمين لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره، أولى ويحتمل أن يستحلف لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين وإن قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها وأما إباحتها له فتنبني على باطن الأمر، فإن علم أنها زوجته حلت له لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق وإن علم أنها ليست امرأته إما لعدم العقد، أو لبينوتها منه لم تحل له وهل يمكن منها في الظاهر؟ يحتمل وجهين أحدهما يمكن منها لأن الحاكم قد حكم بالزوجية والثاني، لا يمكن منها لإقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه، كما لو تزوج امرأة ثم قال: هي أختي من الرضاة فإذا ثبت هذا فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج، فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل.

فصل:

فأما سائر العقود غير النكاح، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر إلى الكشف وذكر الشروط، في أصح الوجهين لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولي والشهود فلم تفتقر إلى الكشف كدعوى العين، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها لأنها مبيع فأشبهت الجارية وكذلك إذا كان المدعى عينا أو دينا، لم يحتج إلى ذكر السبب لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه، ويكفيه أن يقول: أستحق هذه العين التي في يده أو أستحق كذا وكذا في ذمته ويقول في البيع: إني اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم أو بعته منه بذلك ولا يحتاج أن يقول: وهي ملكه، أو وهي ملكي - ونحن جائز الأمر - وتفرقنا عن تراص وذكر أبو الخطاب في العقود وجها

آخر أنه يشترط ذكر شروطها قياسا على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين، ووجهها ثالثا أنه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لأنه عقد يستباح به الوطاء، فأشبهه النكاح وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والأول أولى لأنها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود، أشبه دعوى العين وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سألها الحاكم عنه، لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن إعادته ها هنا.

مسألة:

قال: [ومن ادعى دابة في يد رجل، فأنكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي ببينته، ولم يلتفت إلى بينة المدعى عليه لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمرنا بسماع بينة المدعي ويمين المدعى عليه وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له، أو قالت: ولدت في ملكه عليه] وجملة ذلك أن من ادعى شيئا في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة، فإن بينة المدعي تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحمد، فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا قول إسحاق وعنه، رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقالت: نتجت في ملكه، أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخا قدمت، وإلا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في التناج والنساج فيما لا يتكرر نسجه، فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته لأنها إذا شهدت بالسبب، فقد أفادت ما لا تفيد اليد وقد روي جابر بن عبد الله (أن النبي -صلى الله عليه وسلم- اختصم إليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له، أنتجها فقضى بها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- للذي هي في يده) وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة، أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي، وأبي عبيد وقال: هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال: لا تقبل بينة الداخل إذا لم تفد إلا ما أفادته يده، رواية واحدة واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنة المدعى عليه أقوى لأن الأصل معه وبمينته تقدم على يمين المدعي فإذا تعارضت البينتان، وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا، فإنه إنما قدمت بينته ليده ولنا قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) فجعل جنس البينة في جنة المدعي، فلا يبقى في جنة المدعى عليه بينة ولأن بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها، كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئا لم يكن وبينه المنكر إنما تثبت ظاهرا تدل اليد عليه، فلم تكن مفيدة ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليد، كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الأصل لم تكن لهما مزية عليهما.

فصل:

وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها وقال الشافعي، في أحد قوليه: يستحلف صاحب اليد لأن البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة ولنا، أن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو

تعارض خبران، خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم أن البيئة الراجعة تسقط، وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة.

فصل:

فإن كانت البيئة لأحدهما دون الآخر، نظرت فإن كانت البيئة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف، بغير خلاف في المذهب وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار منهم الزهري وأبو حنيفة ومالك، والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي، وابن أبي ليلى: يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لرجل: لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا ما قضيت لك حتى تحلف ولنا قول النبي -صلى الله عليه وسلم- للحضرمي: (بينتك، أو يمينه ليس لك إلا ذلك) وقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه) ولأن البيئة إحدى حجتى الدعوى، فيكتفى بها كاليمين قال أصحابنا: ولا فرق بين الحاضر والغائب والحي والميت، والصغير والكبير والمجنون والمكلف وقال الشافعي إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لتزول الشبهة وهذا حسن فإن قيام البيئة للمدعي بثبوت حقه، لا ينفي احتمال القضاء والإبراء بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته، فإن كان حاضرا مكلفا فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبيئة، وإن كان غائبا أو ممن لا قول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه، فتشترع اليمين لنفيه وإن لم تكن للمدعي بيئة وكانت للمنكر بيئة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لأننا قلنا بتقديمها مع التعارض، وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى وإن قلنا بتقديم بيئة المدعى عليه، فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لأنها أقوى من اليمين فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى وباحتمل أن تشترع اليمين أيضا لأن البيئة هنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف، فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف وذلك لا يغني عن اليمين فكذلك ما قام مقامه.

فصل:

وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه، وأنه أودعها للداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه، ولم يكن لواحد منهما بيئة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافا وإن كان لكل واحد منهما بيئة فبيئة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعي وقال القاضي: بيئة الداخل مقدمة، لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت أن المدعى صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه ولنا، قول النبي: -صلى الله عليه وسلم- (البيئة على المدعي) ولأن اليمين في حق المدعى عليه فتكون البيئة للمدعي كما لو لم يدع الإيداع، يحققه أن دعواه الإيداع زيادة في حجه وشهادة البيئة بها تقويه لها فلا يجوز أن تكون مبطللة لبيته وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها، وأقاما بينتين فهي للخارج ويقتضي قول القاضي أنها للداخل، والأولى ما ذكرناه.

فصل:

فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاهما كل واحد منهما كلها، ولا بيئة لواحد منهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وإن أقاما

بينتين وقلنا: تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه, وإن قلنا: تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين.

فصل:

فإن كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه له ولا بينة لهما, حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه, ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد منهما قال: هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي, وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج, فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل, أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده.

فصل:

وإذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة, فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا: بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لأن بينة زيد مقدمة عليها وإن قلنا: بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فإن كان حكم بها لزيد لأن عمرا لا بينة له, ردت إلى عمرو لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج, لم ينقض حكمه لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضا وردّها الحاكم لفسقها ثم عدلت, لم ينقض الحكم أيضا لأن الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان, لم ينقض لأن حكم الحاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال فإن جاء ثالث, فادعاها وأقام بها بينة فبينته وبينه زيد متعارضتان, ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته لأنها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتج إلى إعادتها, كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانّت عدالتها, فإنها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا ها هنا.

فصل:

وإذا كان في يد رجل شاة, فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين, وأقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لأن بينته تشهد له بالملك, وبينه الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما, بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى فإن شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان, تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه روايتان إحداهما, تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقى لقوله -صلى الله عليه وسلم-: (البينة على المدعي) ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد, فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد فأشبهت الصورة التي قبلها والثانية تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة, والشافعي لأنها تضمنت زيادة فإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ

سنتين، قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم: فيها قولان وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة، وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فإن اتفق تاريخ السنين، إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو بشراء أو غنيمة، أو إرث أو هبة من مالك أو قطيعة من الإمام، أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم؟ روايتان ذكرناهما وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر، قضى له بها لأن بينة الابتاع شهدت بأمر حادث خفي على البينة الأخرى فقدمت عليها، كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل.

مسألة:

قال: [ولو كانت الدابة في أيديهما فأقام أحدهما البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنها له، نتجت في ملكه سقطت البيتان وكانا كمن لا بينة لهما، وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به] وجملته أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه، وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافا لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعا عن اليمين فهي بينهما أيضا لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله وإن نكل أحدهما، وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد صاحبه إما بنكوله، وإما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه وإن كانت لأحدهما بينة دون الآخر حكم له بها لا نعلم في هذا خلافا وإن أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البيتان، وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى رضي الله عنه (أن رجلين اختصما إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في بيع، فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالبيع بينهما نصفين) رواه أبو داود ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين، خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج، فيستويان على كل واحد من القولين وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما، فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها وكانت العين له، كما لو كانت في يد غيرهما والأول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ فروي أنه يحلف، وهذا ذكره الخرقى لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا وتساويا، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل في نصفها، فيحكم له به ببينته ويحلف معها في أحد القولين والرواية الأخرى، أن العين تقسم بينهما من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهو أصح للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لأن كل بينة راجحة في نصف العين، على كل واحد من القولين وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر نتجت في ملكه، فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين إحداهما لا يرجح به وهو اختيار الخرقى لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن، فوجب تساويهما في الحكم والثانية تقدم بينة النتاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب، والأخرى خفي عليها ذلك

فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها، كتقدم بينة الجرح على التعديل وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما.

فصل:

فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما، وهو أحد قولى الشافعى وقال القاضي: قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخاً وهو قول أبى حنيفة والقول الثانى للشافعى لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى، فثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء فى ذلك الزمان وتعارضت البيئتان فى الملك فى الحال، فسقطتا وبقي ملك السابق تجب استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك، إلا من جهته ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر، أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقاً فإذا لم ترجح بهذا، فلا أقل من التساوى وقولهم: إنه يثبت الملك فى الزمن الماضى من غير معارضة قلنا: إنما يثبت تبعاً لثبوته فى الحال ولو انفرد بأن يدعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بينته، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ذكره القاضي وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبى يوسف ومحمد ولنا، أنه ليس فى إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو أطلقتا، أو استوى تاريخهما.

فصل:

ولا ترجح إحدى البيئتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ويتخرج أن ترجح بذلك، مأخوذاً من قول الخرقى: ويتبع الأعمى أوثقهما فى نفسه وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لأنها خبر، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى وقال الأوزاعى: يقسم على عدد الشهود، فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً لأن الشهادة سبب الاستحقاق، فيوزع الحق عليها ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة، كالدية وتخالف الخبر فإنه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد، فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات، لا تقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكربن وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال لأن كل واحدة من البيئتين حجة فى المال فإذا اجتمعتا تعارضتا، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان أحدهما، يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين والثانى يقدم الشاهدان، لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر، وهذا الوجه أصح إن شاء الله وللشافعى قولان كالوجهين.

فصل:

وإذا كان في أيديهما دار، فادعاهما أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بينة لهما فهي بينهما نصفين نص عليه أحمد وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا نعلم في هذا خلافا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه ولنا أن يد مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف، لمدعي الكل والنصف الآخر ينبنى على الخلاف في أي البينتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي، فتكون الدار كلها لمدعي الكل وهو قول أبي حنيفة وصاحبه فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل، لا منازع له فيه ويقرعه بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة، حلف وكان له وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا، وصارا كمن لا بينة لهما وإن قلنا: تستعمل البيتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني، يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

فصل:

فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها، وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم، وليس ها هنا اختلاف ولا تجاحد فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة أو عارية معي، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضى له به لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

فصل:

فإن ادعى أحدهم جميعها، وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم تكن لواحد منهم بينة، قسمت بينهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كانت لأحدهم بينة نظرت فإن كانت لمدعي الجميع، فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه، والباقي بين الآخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس، ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه فإن كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين، لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة، فإن قلنا: تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثا لأن يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا: تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لأنها داخلية ولمدعي النصف السدس لأن بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لأن له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه، فإن أحدا لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة عنهما وقيل: بل لمدعي الثلث السدس لأن بينة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقطتا، وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة، أو لم تكن وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لأنه ليس منهم من يدعيه، ويقرعه بينهم في النصف الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف، حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه، فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازع مدعي الكل ومدعي النصف، والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فإن قلنا:

تسقط البيئات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول أبي عبيد، وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول: إذا تعارضت البيئات قسمت العين بين المتداعين فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ولمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث، ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهما لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهما ونصف السدس ثلاثة، والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما ولصاحب النصف سبعة، ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة، وحماة وأبي حنيفة وهو قول للشافعي وقال أبو ثور: يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وبروى هذا عن مالك وهو قول للشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق: تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض، لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان، فتصح من أحد عشر سهما وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أوس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ادعى أحدهم جميعه، وادعى آخر ثلثيه وادعى آخر نصفه؟ فأجاب فيهم بشعر يقول:

نظرت أبا يعقوب في الحسب ** التي طرت فأقامت منهم كل قاعد

فللمدعي الثلثين ثلث وللذي ** استلأط جميع المال عند التحاشد

من المال نصف غير ما سينويه ** وحصته من نصف ذا المال زائد

وللمدعي نصفاً من المال ربه ** ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسألة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر وذلك أنه أخذ مخرج الكسور، وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلثاها أربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة، لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر.



فصل:

فإن كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها، والثاني ثلثها والثالث نصفها والرابع ثلثها، ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لأنها في يده والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة، قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لأننا إن قلنا: تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه وإن قلنا: تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عينا في يد غيرهما فأنكرهما، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها، ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعي الكل لأن أحداً لا ينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لمدعي الثلثين أخذه، وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي، وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد، والشافعي إذ كان بالعراق إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا: لمدعي الكل الثلث، ويقرع بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلثين، ثم يقرع بين الأربعة في الثلث الباقي، ويكون الإقرع في ثلاثة مواضع وعلى الرواية الأخرى الثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين، ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهماً، لصاحب الكل ثلثها

اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلاث السدس الزائد عن الثلث سهمان، وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهما وهي خمسة أتساع الدار ولمدعي الثلثين ثمانية أسهم، تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع، ولمدعي الثلث ثلاثة نصف السدس وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر، لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين.

مسألة:

قال: [ولو كانت الدابة في يد غيرهما، واعترف أنه لا يملكها وأنها لأحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه]

وجملته أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما، ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه، بغير خلاف نعلمه وإن اعترف أنه لا يملكها وقال: لا أعرف صاحبها أو قال: هي لأحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة (أن رجلين تداعيا عينا، لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي -صلى الله عليه وسلم- أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها) رواه أبو داود، ولأنهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي، كما لو أعتق عبدا لا مال له غيرهم في مرض موته وأما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها، بغير خلاف نعلمه وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب إحداهما، تسقط البيتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر القرعة، ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن وروي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي وذلك لما روى ابن المسيب (أن رجلين اختصما إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في أمر، وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي -صلى الله عليه وسلم- بينهما) رواه الشافعي في "مسنده" ولأن البيتين حجتان تعارضتا، من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين والرواية الثانية، تستعمل البيتان وفي كيفية استعمالهما روايتان إحداهما تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة، وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة، وقول للشافعي لما روى أبو موسى (أن رجلين اختصما إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في بغير وأقام كل واحد منهما البينة أنه له فقضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- به بينهما نصفين) ولأنهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته والرواية الثانية، تقدم إحداهما بالقرعة وهو قول الشافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لأنه اشتبه الأمر، فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته ولنا الخبران، وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح، أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما إذا ثبت هذا فإننا إذا قلنا: إن البيتين تسقطان أقرع بينهما، فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها، كما لو لم تكن لهما بينة وإن قلنا: يعمل بالبيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة، أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لأن البينة تغني عن اليمين وقال أبو الخطاب: عليه اليمين مع البينة ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر، سنذكره -إن شاء الله تعالى-.

فصل:

فإن أنكرها من العين في يده وكانت لأحدهما بينة، حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فإن قلنا: تستعمل البيتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما، على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك وإن قلنا: تسقط البيتان، حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة وإن أقر بها بعد ذلك لهما، أو لأحدهما قبل إقراره وإن أقر بها في الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد لأن من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده وإن أقر لهما جميعا، فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك.

فصل:

وإن تداعيا عينا في يد غيرهما فقال: هي لأحدهما لا أعرفه عينا أو قال: لا أعرف صاحبها، أهو أحدهما أو غيركما أو قال: أودعنيها أحدهما أو: رجل لا أعرفه عينا فادعى كل واحد منهما أنك تعلم إني صاحبها أو إني الذي أودعته أو طلبت يمينه، لزمه أن يحلف له لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ومن لزمه الحق مع الإقرار، لزمته اليمين مع الإنكار ويحلف على ما ادعاه من نفى العلم وإن صدقاه فلا يمين عليه وإن صدقه أحدهما، حلف للآخر وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار المقر له صاحب اليد فإن قال غير المقر له: احلف لي أن العين ليست ملكي، أو إني لست الذي أودعته لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها وإن اعترف بها لهما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه، وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به.

فصل:

وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان قال أحدهما: آجرتكها وقال الآخر: هي داري أعرتكها أو قال: هي داري ورثتها من أبي أو قال: هي داري ولم يذكر شيئا آخر، فأنكرهما صاحب اليد وقال: هي داري فالقول قوله مع يمينه وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة، تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب، فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهي للمغصوب منه، ولا تعارض بينهما لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره، وإقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه ولا يغرم للمقر له شيئا لأنه ما حال بينه وبينها وإنما حالت البينة بينهما ولو أقر بها لأحدهما، أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولا ولزمه غرامتها للآخر لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول.

فصل:

نقل ابن منصور، عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا فادعى أحدهما ثوبا من هذين الثوبين يعني وادعاه الآخر، يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عينا في يد غيرهما.

فصل:

إذا تداعيا عينا، فقال كل واحد منهما: هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما، فإن أنكرهما زيد حلف وكانت العين له وإن أقر بها لأحدهما، سلمها إليه وحلف للآخر وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وإن قال: لا أعلم لمن هي منكما أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما، سلمت إليه ثم إن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة، نظرنا فإن كانت البيتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدعى أحدهما أنه اشتراها في المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر، وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للأول لأنه ثبت أنه باعها للأول فزال ملكه عنها، فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه وبطال برد الثمن وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد، أو مطلقتين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع، فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف في بينة الداخل والخارج، فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج وإن كانت في يد البائع، وقلنا: تسقط البيتان رجوع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما، وكانت له وإن أقر لأحدهما سلمت إليه، وحلف للآخر وإن أقر لهما فهي بينهما، ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينة وإن قلنا: لا تسقط البيتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه، وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله فمن قال: يقرع بينهما أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر شيئا سوى هذا ومن قال: تقسم بينهما قسمت وهذا ذكره أبو الخطاب وقد نص عليه أحمد، في رواية الكوسج في رجل أقام البينة أنه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة أنه اشتراها بمائتين، فكل واحد منهما يستحق النصف من السلعة بنصف الثمن فيكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما، أو على أن البائع أقر لهما جميعا وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لأن الصفقة تبعضت عليه فإن اختارا الإمساك، رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ، توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه وهذا قول الشافعي في كل مبيع.

فصل:

فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة، وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه، وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فهذه تشبه التي قبلها في المعنى فإن كانت في يد أحد المشتريين، انبنى ذلك على الروائتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في أيديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين، فأنكرهما وادعاهما لنفسه فإن قلنا: تسقط البيتان حلف وكانت له وإن أقر بها لأحدهما، صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له وإن قلنا: تقدم إحداهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه وإن قلنا: تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد، أو كان المشتري مقرا بقبضه فلا خيار لواحد

منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من المكيل والموزون، ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والإمضاء فإن اختار أحدهما الفسخ، لم يتوفر المبيع على الآخر لأن البائع اثنان بخلاف التي قبلها.

فصل:

ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان، كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه، على ما مضى من التفصيل فيه وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو إحداهما، تعارضتا وإن قدم تاريخ إحداهما فهل ترجح بذلك؟ على وجهين فأما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما، لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولا ويغرم قيمتها للآخر.

فصل:

فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف وأقام بذلك بينة، واتفق تاريخهما مثل أن يقول كل واحد منهما: اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد، فهما متعارضتان فإن قلنا: تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه فإن أنكرهما حلف لهما، وبرئ وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وإن أقر لهما معا، فعليه لكل واحد منهما الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه وإن قال: اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلفه على الباقي وإن قلنا: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة، وجب له الثمن ويحلف للآخر ويبرأ وإن قلنا: يقسم قسم الثمن بينهما، ويحلف لكل واحد منهما على الباقي وإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمنان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر، فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما فإن قيل: فلم قلتم إنه إذا كان البائع واحدا والمشتري اثنان، فأقام أحدهما بينة أنه اشتراها في المحرم وأقام الآخر بينة أنه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلا؟ قلنا: لأنه إذا ثبت الملك للأول، لم يبطله بأن يبيعه الثاني ثانيا وفي مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لأنه لا يجوز أن يشتري ثانيا ملك نفسه، ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافترقا فإن قيل: فإذا كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، احتمل أن يكون تاريخهما واحدا فيتعارضان والأصل براءة ذمة المشهود عليه، فلا تشغل بالشك قلنا: إنه متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك، وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لأنها لو بطلت به، لم يثبت بها حق أصلا لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة، أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت إلى هذا الوهم، كذا ها هنا.

فصل:

إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثا سواه، وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثا سواه فلا تعارض بينهما، وثبت نسب الغلامين منه ويكون الإرث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى.

فصل:

وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه، ولا بينة لهما فأنكرهما حلف لهما، والعبد له وإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه، ثبت وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى، وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع لأن بيع الحر لا يصح وإن سبق البيع، لم يصح العتق لأنه أعتق عبد غيره فإن قيل: يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه قلنا: قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين، أو إحداهما مطلقة تعارضتا لأنه لا ترجيح لإحداهما على الأخرى فإن كان في يد المشتري انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وإن قدمنا بينة الخارج، قدم العتق لأنه خارج وإن كان في يد البائع وقلنا: إن البينتين تسقطان بالتعارض صاراً كمن لا بينة لهما، ويرجع إلى السيد فإن أنكرهما حلف لهما، وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه، لم يلزمه شيء فلا فائدة في إحلافه ويحلف البائع للمشتري وإن أقر للمشتري ثبت الملك، ولم يحلف العبد لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في إحلافه وإن قلنا: يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه لأن ملكه قد زال فإن قلنا ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما، فمن خرجت قرعته قدمناه قال أبو بكر هذا قياس قول أبي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة، في أحد الوجهين وإن قلنا: يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق إلى جميعه إن كان البائع موسراً لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً، وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما.

فصل:

إذا ادعى رجل زوجية امرأة، فأقرت بذلك، قبل إقرارها، لأنها أقرت على نفسها وهي غير متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح، لم تمنع منه. وإن ادعاهما اثنان، فأقرت لأحدهما، لم يقبل منها؛ لأن الآخر يدعي ملك نصفها، وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها، فصار إقرارها بحق غيرها؛ ولأنها متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين، لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر. فإن قيل: فلو تداعيا عينا في يد ثالث، فأقر لأحدهما، قبل. قلنا: لا يثبت الملك بإقراره في العين، وإنما يجعله كصاحب اليد، فيحلف، والنكاح لا يستحق باليمين، فلم ينفع الإقرار به هاهنا، فإن كان لأحد المتداعيين بينة، حكم له بها؛ لأن البينة حجة في النكاح وغيره. وإن أقاما بينتين، تعارضتا، وسقطتا، وحيل بينهما وبينها، ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة؛ لما ذكرنا، ولا بكونها في بيته ويده؛ لأن اليد لا تثبت على حرة، ولا سبيل إلى القسمة هاهنا، ولا إلى القرعة؛ لأنه لا بد مع القرعة من اليمين، ولا مدخل لها في النكاح.

فصل:

إذا قال السيد لعبده: إن قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة، فالقول قولهم مع أيماهم لأن الأصل عدم القتل فإن أقام بينة بدعواه عتق، وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة، وهي القتل والثاني

تتعارضان لأن إحداهما تشهد بصد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق وإن قال: إن مت في رمضان، فعبدى سالم حر وإن مت في شوال فعبدى غانم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يعتق بموته فيه وأنكرهما الورثة، فالقول قولهم مع أيمانهم وإن أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه أحدها، تقدم بينة سالم لأن معها زيادة علم فإنها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى وهو موته في رمضان والثاني، يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لأنهما سقطا فصارا، كمن لا بينة لهما والثالث يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة، وإن قال: إن برئت من مرضي هذا فسالم حر وإن مت منه، فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما بموجب عتقه، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لأنه لا يخلو من أن يكون براً أو لم يبرأ، فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو أعتق أحدهما، فأشكل علينا ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا: يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى، وثبتت زيادة تنفيها الأخرى ولا يصح هذا القول لأن للتعارض أثره في إسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلاً لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطتا، وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال: إن كان هذا الطائر غراباً، فسالم حر وإن لم يكن غراباً فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين أحدهما أن يقرع بينهما، كما في مسألة الطائر لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة في رواية والثاني تقدم بينة سالم لأنها شهدت بزيادة، وهي البرء وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا، إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة.

فصل:

وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفي ما شهدت به الأخرى، ولا تكذب إحداهما الأخرى فيثبت إعتاقه لهما ثم ينظر، فإن كانت البيتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يجيز الورثة، لأن المريض إذا تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول، وإن اتفق تاريخهما أو أطلقا أو إحداهما، فهما سواء لأنه لا مزيه لإحداهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر، إلا أن يجيز الورثة لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معا فيقرع بينهما كما فعل النبي -صلى الله عليه وسلم- في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته، ولم يكن له مال غيرهم أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا، فيخرج بالقرعة كما في مسألة الطائر وقيل: يعتق من كل واحد نصفه وهو قول للشافعي لأنه أقرب إلى التعديل بينهما فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق، ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق، ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت به بيتان والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما وقولهم: إن في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر قلنا: وفي القسمة إرقاق نصف الحر يقينا وتحرير نصف الرقيق يقينا، وهو أعظم ضرراً وإن كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذي خرجت قرعته الثلث، عتق ورق الآخر وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق، وعتق من الآخر تمام الثلث وإن كان لأحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينة فاسقة، عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر وإن كان لكل واحد منهما بينة عادلة

إلا أن إحداهما تشهد أنه أعتق سالما في مرضه، والأخرى تشهد بأنه وصى بعثق غانم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة لأن التبرع يقدم على الوصية وإن كان سالم أقل من الثلث، عتق من غانم تمام الثلث وإن شهدت إحداهما أنه وصى بعثق سالم وشهدت الأخرى أنه وصى بعثق غانم فهما سواء، ويقرر بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر وقال أبو بكر وابن أبي موسى: يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ها هنا، فيجب أن تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثنتين بمال والأول قياس المذهب لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت، وقد ثبت في الإعتاق في مرض الموت أنه يقرر بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت ولأن المعنى المقتضى لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات، فيثبت فأما إن صرح فقال: إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أو كان في لفظه ما يقتضيه، أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه.

فصل:

وإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما، فشهدا أنه أعتق سالما في مرض موته وشهد أجنبيان أنه أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله، ولم يطعن الابنان في شهادتهما وكانت البيتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين، سواء لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدین فإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين وقالوا: ما أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله إنما أعتق سالما لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية لأنها بينة عادلة مثبته، والأخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة في شهادتهما، في أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ويرق إذا تأخر تاريخه، أو خرجت القرعة لغيره وأما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه للحرية وهذا قول القاضي وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعثق سالم، وهو ثلث الباقي لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والأول أصح لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت، وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان، لفسقهما لأن شهادة الفاسق كعدمها فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت ببينة عادلة وقد أقر الابنان بعثق غانم، فينظر فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله، كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لأن الابنين لو كانا عدلين، لم يعتق منه شيء فإذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي: يعتق نصفه في الأحوال كلها لأنه استحق العتق بإقرار الورثة، مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدین فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح فإنه لو أعتق العبدین، لأعتقنا أحدهما بالقرعة لأنه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة، فمع فسوقها أولى وإن كذبت الورثة الأجنبية فقالت: ما أعتق غانما، إنما أعتق سالما عتق العبدان وقيل: يعتق من سالم ثلثاه والأول أولى.

فصل:

فإن شهد عدلان أجنيان أنه وصى بعق غانم، وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعق سالم ووصى بعق غانم، وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما، وبطلت وصية سالم لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررا فإن قيل: فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم قلنا: وهما يسقطان ولاء سالم وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث، وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل ما لو شهدا بعق غانم من غير معارض ثبت عتقه، ولهما ولاؤه ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما، مع ثبوت سبب الإرث لهما وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه، فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم، فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده وذكر القاضي وأصحاب الشافعي، أنه إنما يعتق ثلثاه لأنه لما عتق سالم بشهادة الأجنيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة، فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة ولنا أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة، وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت، لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه وقد ذكر القاضي، فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة بإعتاق غانم في مرضه وأنه لم يعتق سالما، أن غانما يعتق كله وهذا مثله فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتها في الرجوع، كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي، على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان، سواء كانت قيمتها سواء أو مختلفة فيعتقان إن لم يخرجوا من الثلث وإن خرجا من الثلث أقرع بينهما، فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء.

فصل:

ولو شهدت بينة عادلة، أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمر وثلث ماله وشهدت بينة ثالثة، أنه رجع عن الوصية لعمر ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البيتان من الورثة، أو لم تكن لأنه لا تهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئا لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهي إحدى الوصيتين فعلى هذا، تثبت الوصية لعمر وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمر ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي: لا تصح الشهادة وهذا مذهب الشافعي لأنهما لم يعينا المشهود عليه، يصير كما لو قال: نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفا أو أن لأحد هذين على هذا ألفا يكون الثلث بين الجميع أثلاثا وقال أبو بكر: قياس قول أبي عبد الله أنه لا يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين، ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته، وهذا قول ابن أبي موسى وإذا صح الرجوع عن إحدهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول أو تصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته.

فصل:

وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله، وشهد واحد أنه وصى لعمرى بثلث ماله انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا؟ فيه وجهان أحدهما يعارضهما فيحلف عمرو مع شاهده، ويقسم الثلث بينهما لأن الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين والثاني، لا يعارضهما لأن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث، وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرى بثلثه فلا تعارض بينهما، ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرى والفرق بين المسألتين، أن في الأولى تقابلت البيتان فقدما أقواهما، وفي الثانية لم يتقابلا وإنما يثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين، لأن المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

مسألة:

قال: [ولو كان في يده دار فادعاه رجل فأقر بها لغيره، فإن كان المقر له بها حاضرا جعل الخصم فيها وإن كان غائبا، وكانت للمدعى بينة حكم بها للمدعى بينة وكان الغائب على خصومته متى حضر]

وجملته أن الإنسان إذا ادعى دارا في يد غيره، فقال الذي هي في يده: ليست لي إنما هي لفلان وكان المقر له بها حاضرا سئل عن ذلك فإن صدقه، صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لأن من هي في يده اعترف أن يده نائية عن يده وإقرار الإنسان بما في يده إقرار صحيح، فيصير خصما للمدعى فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها، وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه وإن قال المدعى: أحلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده أنه لا يعلم أنها لي فعليه اليمين لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه، لزمه الغرم كما لو قال: هذه العين لزيد ثم قال: هي لعمرى فإنها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرى ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار، فإن رد المقر له الإقرار وقال: ليست لي وإنما هي للمدعى حكم له بها وإن لم يقل: هي للمدعى، ولكن قال: ليست لي فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة، ففيه وجهان أحدهما تدفع إلى المدعى لأنه يدعيها ولا منازع له فيها، ولأن من هي في يده لو ادعاه ثم نكل قضينا بها، للمدعى فمع عدم ادعائه لها أولى والثاني لا تدفع إليه لأنه لم يثبت لها مستحق لأن المدعى لا يد له ولا بينة، وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الإمام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي والأول أولى لما ذكرنا من دليله ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ووجه ثالث أن المدعى يحلف أنها له وتسلم إليه ويخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه وإن قال المقر له: هي لثالث انتقلت الخصومة إليه، وصار بمنزلة صاحب اليد لأنه أقر له بها من اليد له حكما وأما إن أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له: ليس هذا بجواب فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك فإن أصر، قضى عليه بالنكول وإن أقر بها لغائب أو لغير مكلف معين كالصبي والمجنون، صارت الدعوى عليه فإن لم تكن للمدعى بينة لم يقض له بها لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى، ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة معه فإن قال المدعى: أحلفوا لي المدعى عليه أحلفناه لما تقدم وإن أقر بها للمدعى لم تسلم إليه لأنه اعترف أنها لغيره، ويلزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره وإن كان مع المدعى بينة سمعها الحاكم وقضى بها، وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدر في بينة المدعى، وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى وإن أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل أو الخارج فإن قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك، فهل تسمع بينته يقضى بها؟ على وجهين وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم، ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وإنما سمعها الحاكم لما فيها

من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر، وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لي وبتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل، وأن للمودع المخاصمة في الوديعة إذا غصبت ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي إذا لم تعارضها بينة أخرى فإن ادعى من هي في يده، أنها معه بإجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين أحدهما أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك للمؤجر، بهذه البينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها والثاني أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل، وكون الحاضر له فيها حق فإنه يقضى بها وجهها واحدا ومتى عاد المقر بها لغيره فادعائها لنفسه، لم تسمع دعواه لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب، على ما ذكرنا

▲ فصل:

وإذا طلب المدعي أن يكتب له محضرا بما جرى لزمته إجابته فيكتب له: محضرا حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الإمام فلان بن فلان الفلاني، أو خليفة القاضي فلان بن فلان الفلاني إن كان نائبا فلان بن فلان الفلاني وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني فادعى دارا في يديه - ويعينها، ويذكر حدودها وصفتها - فاعترف بها المدعي عليه لفلان بن فلان الفلاني وهو حينئذ غائب عن بلد القاضي فأقام المدعي بينة، وهي فلان بن فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني فشهدا عنده للمدعي بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما، أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما فقضى بها على الغائب، جعل كل ذي حجة على حجة فإن كان الغائب قد قدم، ولم يأت بحجة زاد: وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعي عن دعواه وإن أقام عند حضوره بينة زاد: وأقام بينة وكانت بينة المدعي مقدمة على بينته لأنها بينة خارج.

▲ فصل:

وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخا له غائبا ولا وارث له سواهما، وترك دارا في يد هذا الرجل فانكر صاحب اليد وأقام المدعي بينة بما ادعاه، ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعي، وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكره له وكذلك إن كان المدعي مما ينقل ويحول وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه، لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعي عليه لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو في يده كما لو ادعى أحد الشريكين دارا مشتركة بينه وبين أجنبي، فإنه يسلم إلى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا ها هنا ولنا أنها تركة ميت ثبتت بينة، فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيرا أو مجنونا، ولأن فيما قاله ضررا لأنه قد يتعذر على الغائب إقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبا أو تزول عنهما عدالتهما، ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه، كالمنقول ويفارق الشريك الأجنبي إجمالا وتفصيلا أما الإجمال فإن المنقول ينتزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبي، وأما التفصيل فإن البينة ثبت بها الحق للميت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، ولأن الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي فأما إن كان دينا في ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب؟ فيه وجهان أحدهما، يقبض كما يقبض العين والثاني لا يقبضه لأنه إذا كان في ذمة من هو عليه، كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الأمين لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه والأول أولى لأنه في الذمة أيضا يعرض للتلف بالفليس والموت، وعزل الحاكم وتعذر البينة إذا ثبت هذا فإننا إن دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين، لم نطالبه بضمين لأننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم قال أصحابنا: سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا

ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر، حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به وهذا قول الشافعي فعلى هذا تكون الدار موقوفة، ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان ' يطوفها ويأمر مناديا ينادي: إن فلانا مات، فإن كان له وارث فليأت فإذا غلب على ظنه أنه لو كان وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه وهل يطلب منه ضمينا؟ يحتمل وجهين وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة، ولكن لم يقلوا: ولا نعلم له وارثا سواء فإن كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا وعلى هذا التخريج يعطى اليقين فإن كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة، وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئا، وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات، ولا تعطى العصبة شيئا فإن كان الوارث أبا لم يعط شيئا لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلا، والمرأة ربع الثمن عائلا والزوج الربع عائلا لأنه اليقين فإن المسألة قد تعول مع وجود الزوج، مثل أن يخلف أبوين وابنين وزوجا فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكمل لذوي الفروض فروضهم.

▲ فصل:

وإذا اختلف في دار في يد أحدهما، فأقام المدعي بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة، ويقضى بها؟ على وجهين أحدهما تسمع ويحكم بها لأنها تثبت الملك في الماضي وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله والثاني لا تسمع قال القاضي: هو الصحيح لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال، فلا تسمع بينة على ما لم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديها فقالا: نشهد أنها كانت ملكه أمس، فقبضها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك، سمعت وقضى بها لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البينة، وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق وإن أقر المدعى عليه أنها كانت ملكا للمدعي أمس، أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به، في الصحيح لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى البينة يفارق البينة من وجهين أحدهما أنه أقوى من البينة، لكونه شهادة من الإنسان على نفسه وبزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا يسمع في المجهول، ويقضى به بخلاف البينة والثاني أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه، والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والإقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة أنها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان وإن أقر المدعى عليه بذلك، فالصحيح أنها تسمع ويقضى به بما ذكرنا.

▲ فصل:

وإن ادعى أمة أنها له وأقام بينة، فشهدت أنها ابنة أمته أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها ثمرة شجرته، لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها وإن قالت البينة: ولدتها في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بها لأنها شهدت أنها نماء ملكه ونماء ملكه ملكه، ما لم يرد سبب ينقله عنه فإن قيل فقد قلتم: لا تقبل شهادته بالملك السابق الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا: الفرق بينهما على تقدير التسليم، أن النماء تابع للملك في الأصل فأثبت ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجرى مجرى ما لو قال: ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك، فإن ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال يكون له النماء فيما مضى ولأن البينة هنا شهدت بسبب الملك، وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك، ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت: أقرضه ألفا أو باعه ثبت الملك وإن لم يذكره، فمع ذكره أولى

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته وأن هذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يصفه إلى ملكه لأن الغزل عين القطن، وإنما تغيرت صفته والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت والطير هو أجزاء البيضة استحال، فكان البينة قالت: هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فإنهما غير الأم والشجرة ولو شهد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولوا: باضها في ملكه لأن البيضة غير الطير، وإنما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا.

▲ فصل:

وإذا كانت في يد زيد دار فادعاها عمرو، وأقام بينة أنه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه أو أن خالدًا وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد أن خالدًا باعه إياها، أو وهبها له وهو يملكها أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد أو يشهد أنه باعها أو وهبها له، وسلمها إليه وإنما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لأن الإنسان قد يبيع ما لا يملكه وبهبه فلا تقبل شهادتهم به فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك، أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك للمدعي، أو لمن باعه فالظاهر أنه ملكه لأن اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي وإنما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب، والظاهر استمراره بخلاف ما إذا لم يذكر السبب.

▲ فصل:

وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى أنه مملوكه قبلت دعواه، ولم يحل بينه وبينه لأن اليد دليل الملك والصبي ما لم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك، مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لأن اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فإذا بلغ، فادعى الحرية لم تقبل دعواه لأنه محكوم برقه قبل دعواه وإن لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره، فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه لأن اليد دليل الملك فإن ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد، لأن النسب مقدم على الولاء في الميراث فإن أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك، بأن يتزوج بأمة أو يسبى الصغير ثم يسلم أبوه إلا أن يكون الأب عربيًا، فلا يسترق ولده في رواية وهو قول الشافعي القديم وإن أقام بينة أنه ابن حرة فهو حر لأن ولد الحرة لا يكون إلا حراً وإن كان الصبي مميزًا، يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه إلا أننا إن رأيناه في يده وهما يتنازعان، ففيه وجهان أحدهما لا يثبت ملكه عليه لأنه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ والثاني يثبت ملكه عليه لأنه صغير ادعى رقه وهو في يده، فأشبه الطفل فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة وإن لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لأنها الأصل وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي، وأبي ثور وأصحاب الرأي إلا أن أصحاب الرأي قالوا: متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية لأن ظهور الحرية في ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر، ولا تزوج بأمة فلا يبقى احتمال الرق وهذا القول هو الصواب -إن شاء الله تعالى-.

▲ فصل:

وإن ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما، فالقول قوله مع يمينه وإن اعترف لهما بالرق ثبت رقه فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما، فهو لمن اعترف له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يكون بينهما نصفين لأن يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب ولنا أنه إنما حكم برقه باعتراقه، فكان مملوكًا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده

عليه ويخالف الثوب والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيه، وهاهنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصا به فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه، تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما، على ما مضى من التفصيل فيه فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر، وإن اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معا، فهو بينهما لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين فإن قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره، وإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبينه فلم يتبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان دارا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له، ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح بإقراره.

▲ فصل:

ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه، ولا يخلو بينها وبينه ولو ادعى رقتها قبل منه إذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها لأن اليد دليل الملك وأما المدعى للنكاح، فهو مقرر بحريتها أو بأنها غير مملوكة له واليد لا تثبت على الحر، فإذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل إقرارها

▲ فصل:

ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة وادعى آخر أنه باعها منه أو وهبها إياه، أو وقفها عليه أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أعتقها، وأقام بذلك بينة قضى له بها بغير خلاف نعلمه لأن بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الأخرى والبينة الأخرى شهدت بالأصل، فيمكن أنه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى ولو مات رجل وترك دارا فادعى ابنه أنه خلفها ميراثا، وادعت امرأته أنه أصدقها إياها وأقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة، لأنها تدعى أمرا زائدا خفي على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده، أو لم تشهد بذلك وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع إلا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما في يده لأن البيع المطلق ليس بحجة لأنه قد يبيع ما لا يملك ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فإذا أقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في إزالة ملكه عنها إلى المشتري، فوجب القضاء له بها ولو ادعى إنسان دارا في يد رجل أنها له منذ سنة وأقام بهذا بينة فجاء ثالث، فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعى الشراء، وليس في شهادة البينة الأولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لأنه لا تنافي بين ملكها منذ سنتين، وملكها منذ سنة فإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فإن قالت بينة الشراء: هو مالكاها ثبت الملك بغير خلاف، وإن لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه.

▲ فصل:

ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فهي لمدعى الملك بلا خلاف نعلمه لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لأنها قد تكون ملكا له وهي في يد الآخر وإن ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين، وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فالبينه كاذبة، والدابة لمن هي في يده.

▲ فصل:

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف وشهد أحدهما أنه قضاه ثبت الإقرار فإن حلف مع شاهده على القضاء، ثبت وإلا حلف المقر له أنه لم يقضه وبُثبت له الألف، وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفا وشهد الآخر أنه قضاه ألفا ثبت عليه الألف لأن شاهد القضاء لم يشهد بألف عليه وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه، والشهادة لا تقبل إلا صريحة بخلاف المسألة الأولى فإن البينة أثبتت الألف بشهادتها الصريحة بها ولو ادعى أنه أقرضه ألفا فقال: لا يستحق على شيئا فأقام بينة بالقرض، وأقام المدعى عليه بينة أنه قضاه ألفا ولم يعرف التاريخ برئ بالقضاء لأنه لم يثبت عليه إلا ألف واحد، ولا يكون القضاء إلا لما عليه فهذا جعل القضاء للألف الثابتة وإن قال ما أقرضتني ثم أقام بينة بالقضاء، لم تقبل بينته في أنه قضاه القرض لأنه إنكاره القرض تعين صرفها إلى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض إلا أن بينة القضاء وكانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها إلى قضاء القرض لأنه لا يقضي القرض قبل وجوده.

مسألة:

قال: [ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا، فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فالقول قول الكافر مع يمينه لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر، يعترف بأن أباه كان كافرا مدعيا لإسلامه وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما]

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه، وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم، والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه، فالميراث للكافر لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدا وهذا خلاف الظاهر، فإن المرتد لا يقر على رده في دار الإسلام أو يقول إن أباه كان كافرا فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه، مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وهذا معنى قول الخرقي: إن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرا مدعيا لإسلامه وذكر ابن أبي موسى عن أحمد، رواية أخرى أنهما في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين، كما لو تنازع اثنان عينا في أيديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها، إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام في الصلاة عليه ودفنه، وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تغسيله والصلاة عليه، ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته إلى الإمام خبره، وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي: قياس المذهب أنا ننظر فإن كانت التركة في أيديهما، قسمت بينهما نصفين وإن لم تكن في أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه، حلف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا ويقتضي كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا لا يصلح لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة تركة هذا الميت، وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره، وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه وأما ظهور حكم الإسلام في الصلاة عليه فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه وأما قوله: إن الإسلام يعلو ولا يعلى فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا فيما إذا لم يثبت، فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة: القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه فكان

القول قول من يدعيه كسائر المواضع فأما إن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر، وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما ودعاهما فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء يقسم ميراثه نصفين، كما لو كان في أيديهما دار فادعاهما كل واحد منهما ولا بينة لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم.

▲ مسألة:

قال: [وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلماً وأقام الكافر بينة أنه مات كافراً أسقطت البيتان، وكنا كمن لا بينة لهما وإن قال شاهدان: نعرفه كان كافراً وقال شاهدان: نعرفه كان مسلماً فالميراث للمسلم لأن الإسلام يطراً على الكفر إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم]

وجملة ذلك أنه إذا خلف الميت ولدين مسلماً وكافراً، فادعى المسلم أنه مات مسلماً وأقام بذلك بينة وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافراً، ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلطف بما شهدت به فهما متعارضتان وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام، وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعى انتقاله عن دينه لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كما لو شهد بأن هذا العبد كان ملكاً لفلان إلى أن مات، وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما إن قال شاهدان: نعرفه قبل موته قد كان مسلماً وقال شاهدان: نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى، إلى ما شهدت به الآخرة وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الإسلام وقد يسلم الكافر، فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فإن كانت على اللفظ، فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه، قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيتان فقال الخرقى تسقط البيتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين إحداهما، يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ الثانية تقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: تقدم بينة الإسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقول الخرقى، فيما إذا قال شاهدان: نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان: نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم أن أصل دينه الكفر، أما من كان مسلماً في الأصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه في الأصل.

▲ فصل:

وإن خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلفا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتي قبلها وهكذا سائر الأقارب، إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الأقارب ويختلفون في دينه، فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان كافراً وإن الابنين يدعيان إسلامه، فيكون القول قول الأبوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في إسلامه لأن كفره يبنني أنه كان مسلماً فارتد أو أن أبويه كانا كافرين، فأسلمما بعد بلوغه والأصل خلافه.

▲ فصل:

ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة، فالقول قول الورثة لأن الأصل عدم ذلك وإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم، فالقول قولها لأن الأصل عدم ما ادعوه عليه وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها وإن اعترفت بالطلاق، وانقضاء العدة فادعت أنه راجعها فالقول قولهم وإن اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها، في أنها لم تنقض لأن الأصل بقاءها ولا نعلم في هذا كله خلافا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور ولو خلف ولدين مسلمين، اتفقا على أن أحدهما كان مسلما حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجمده أخوه، فالميراث للمتفق عليه لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفى العلم لأنها على نفى فعل أخيه، إلا أن يكون ثبت أنه كان مسلما قبل القسمة فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له، وإن كان أحدهما حرا والآخر رقيقا ثم عتق، واختلفا في حرته عند الموت فالقول قول من ينفيها وإن لم يثبت أنه كان رقيقا ولا كافرا فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر فالقول قوله، والميراث بينهما لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما.

▲ فصل:

وإن أسلم أحد الابنين في غرة شعبان وأسلم الآخر في غرة رمضان، واختلفا في موت أبيهما فقال الأول منهما: مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر: مات في رمضان فالميراث بينهما لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان أحدهما يتعارضان، والثاني تقدم بينة موته في شعبان لأن معها زيادة علم لأنها بينت موته في شعبان ويجوز أن يخفى ذلك على البينة الأخرى.

▲ فصل:

وإن اختلفا في دار فادعى أحدهما، أن هذه داري ورثتها من أبي وادعى الآخر أنها داره ورثتها من أبيه وليس أحدهما أخا للآخر وكانت في يد أحدهما فهي للذي هي في يده، سواء كان مسلما أو كافرا وإن كانت في أيديهما فهي بينهما، وإن كان لكل واحد منهما بينة وهي في أيديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ما قدمنا في مثلها.

▲ مسألة:

قال: [وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها: ماتت قبل ابنها فورثناها، ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين]

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضا واختلف الأحياء من ورثتهم في أسبقهم بالموت كامرأة وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولا، فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها: مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه لأن سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه، لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فإن قيل: فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع قلنا بل هو مدع له كله ربه بميراثه منها، وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه قال أبو بكر: وقد ثبتت البينة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ وهذا تعليل لقول الخرقي في هذه المسألة وذكر قولاً آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين قال:

وهذا اختياري أن كل رجلين ادعيا مالا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدري ما أراد به إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقى، وليس بقول آخر وإن أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لأنه يفضي إلى إعطاء الأخ ما لا يدعيه، ولا يستحقه يقينا لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه وإن أراد ثلث مال الابن يضم إلى مال المرأة فيقتسمانه نصفين، لم يصح لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينافيه الأخ فيه وإنما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه، وإنما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاهما أحدهما كلها، وادعى الآخر نصفها فإنها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصف إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك، أن الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها فمدعى النصف يدعيه وهو في يده فقبل قوله فيه مع يمينه، وفي مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما، وإنما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما وإن أراد أن يضم سدس مال الابن إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لأنهما تساويا في دعواه، فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والهدمى أن يكون سدس ميراث الابن للأخ، وباقي الميراثين للزوج لأننا نقدر أن المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها، ثم نقدر أن الابن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين، لكل واحد منهما السدس فلم يرث الأخ إلا سدس مال الابن كما ذكرنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما، واتفق وراثتهما على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيرا وأن الآخر مات قبله فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه، حكم بها وإن أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان، أو تستعملان فيقرع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث والله أعلم.

▲ فصل:

ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لأن القول قول المنكر مع يمينه وإن أقام كل واحد منهما بينة، قدمت المرأة لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وإن مات الرجل وخلف ابنا فادعى الابن أنه خلف الدار ميراثا، وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين، قدمت بينة المرأة لذلك فإن لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه لا نعلم في هذا خلافا.

▲ فصل:

إذا ادعى رجل أنه اكترى بيتا من دار لرجل شهرا بعشرة، فادعى الرجل أنه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد، في قدر المكثري فيتخالفان وقد مضى حكم التحالف في البيع وذكر أبو الخطاب، فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري: بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفا لأن المشتري يدعي بيعا في العبد الزائد، ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله فعلى هذا يكون القول قول المكثري مع يمينه إذا عدمت البينة فإن أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وإن كان مع كل واحد بينة، تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد، أو إحداهما مؤرخة والأخرى مطلقة لأن العقد على البيت مفردا وعلى الدار كلها، في زمن واحد محال فإن قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة، وإن قلنا: يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي وعلى قول أبي الخطاب تقدم بينة المكثري لأنها تشهد

زيادة وهو قول بعض أصحاب الشافعي فإن قيل: فهلا أوجبت الآخرين معا على المكتري كما قلتم فيما إذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف، وقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة: يجب المهران؟ قلنا ثم يجوز أن يكون المهران مستقرين بأن يتزوجها يوم الخميس يدخل بها ثم يخالعهما، ثم يتزوجها يوم الجمعة وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضي الزمان فإذا عقد عقدا قبل مضي المدة لم يجز أن تجب الأجرتان.

▲ مسألة:

قال: [ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفا، وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبي ألفا كان على ولي الصبي أن يطالب أحدهما بالألف إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف الذي شهدت بها الأخرى فيأخذ الولي الألفين]

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين، فإن الولي يطالب بالألفين جميعا لأن كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أدائها وعلى الولي أن يطالب بها، كما لو أقر كل واحد منهما بألف وأما إن كان المشهود به ألفا معيناً فشهدت بينة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا ألف واحد، وللولي مطالبة أيهما شاء لأنه قد ثبت أن كل واحد منهما أخذ الألف فإن كان لم يردده فقد استقر في ذمته، وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده إليه لأنه ليس له قبض صحيح فإن غرمه الذي لم يردده لم يرجع على أحد لأنه استقر عليه، وإن غرمه الراد له رجع على الذي لم يردده فإن غرمه أحدهما فادعى أن الضمان استقر على صاحبه، ليرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه لأن الأصل عدم استقراره عليه.

▲ مسألة:

قال: [ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين، وإن كانا سبياً فادعى ذلك بعد أن أعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما، إلا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه]

وجملته أن أهل الحرب إذا دخلوا إلينا مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض، ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة بإقرارهم ولأنه إقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل، كإقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافا وإن كانوا سبياً، فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضاً، سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ويسمى الواحد من هؤلاء حميلاً أي محمولا كما يقال للمقتول قتيل، وللمجروح جريح لأنه حمل من دار الكفر وقيل سمي حميلاً لأنه حمل نسبه على غيره وإن شهد بنسبه الكفار لم تقبل وعن أحمد رواية أخرى، أن شهادتهم في ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم والمذهب الأول لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق، فشهادة الكافر أولى وإنما لم يقبل إقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتفويت إرثه بالولاء على تقدير العتق، وإن صدقهما معتقهما قبل لأن الحق له وإن لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك، لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه وهذا قول الشافعي فيما إذا أقر بنسب أب، أو أخ أو جد أو ابن عم وإن أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه أحدها لا يقبل والثاني يقبل لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به والثالث، إن أمكن أن يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاء بعد عتقه وإلا لم يقبل لأنه لا يملك قبل عتقه، أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الإقرار من الأحرار الأصليين وبه قال أبو حنيفة لأنه مكلف أقر بنسب وإرث مجهول النسب، يمكن صدقه فيه ووافقه المقر له فيه فقبل كما لو أقر من له أخ بنسب

ابن، وبهذا الأصل يبطل ما ذكره ولنا ما روى الشعبي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح، أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة رواه سعيد وقال أيضا: حدثنا سفيان عن ابن جده عن سعيد بن المسيب قال: كتب عمر بن الخطاب: أن لا تورث حميلا إلا ببينة ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل، كما لو أقر أنه مولى لغيره فإن غيره شريكه في ولائه وفارق الإقرار من الحر الذي له أخ لأن الولاء نتيجة الملك، فجرى مجراه ولأن الولاء ثبت عن عوض والأخوة بخلافه، ألا ترى أنه لو قال لغيره: أعتق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له إلا الولاء؟ وإذا ثبت أنه بعوض كان أقوى من النسب، وإنما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما نقدم ذوي الفروض على العصبه مع قربهم.

▲ فصل:

وإذا كانا مختلفي الدين، لم يثبت النسب بإقرارهما وإن لم يتوارثا لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث ولذلك لو أقرّا بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق وإن ولد لكل واحد منهما ابن من حرة، فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه احتمل أن يقبل إقراره لأنه لا ولاء عليه فيقبل إقراره لوجود المقتضى لقبوله، وانتفاء المعارض واحتمل أن لا يقبل لأنه يرثه المسلمون ولأنه إذا لم يقبل إقرار الأصول فالفروع أولى فإن قلنا: يقبل إقرارهما فأقر أحدهما لأبي الآخر أنه عمه، لم يثبت الإقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق له وهل يثبت بالنسبة إلى العم فيرث ابن أخيه؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الأخ فلا تفضي صحة الإقرار إلى إسقاط الولاء والأولى أنه لا يثبت لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين فلم يثبت في الآخر.

▲ مسألة:

قال: [وإذا كان الزوجان في البيت فافترقا، أو ماتا فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثه، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما، فهو بينهما نصفين]

وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما: جميعه لي أو قال كل واحد منهما: هذه العين لي، وكانت لأحدهما بينة ثبت له بلا خلاف، وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمام وقمصانهم، وجباهم والأقبية والطبالسة، والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن، ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والأواني فهو بينهما، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا في حال الزوجية، أو بعد البينة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت، فتدعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء، فهو للنساء وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما وإن كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة، دفع إليه وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما، فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع وقال في رواية مهنا: وكذلك إن اختلفا، وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وقال القاضي: هذا إنما هو فيما إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم، أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما، أو لأحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهما قالوا: ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم، فالقول فيه قول الرجل مع يمينه وإذا

اختلف أحدهما وورثه الآخر فالقول قول النافي منهما لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص، كانت للخياط وقال أبو يوسف: القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها وقال مالك ما صلح لكل واحد منهما فهو له، وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة، أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل ويده أقوى لأن عليه السكنى وقال الشافعي وزفر، واليتي كل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه وبأخذه وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعي وعدم البينة، فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك ولنا، أن أيديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبى كان القول قولهما، وقد يرجع أحدهما على صاحبه يدا وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها، والآخر آخذ بزمامها أو قميصا أحدهما لابسها والآخر آخذ بكمه، أو جدارا متصلا بداريهما معقودا ببناء أحدهما أو له عليه أزج ولنا، على أبي حنيفة والقاضي أنهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه إذا كان في اليد الحكمية فأما ما كان يصلح لهما، فإنه في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه إذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة، والدلالة على أنه ليس للنافي أن وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكلا فأما إذا لم يكن لهما يد حكيمة، بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجع أحدهما بصلاحيته ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما، وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما، اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا بها له في كل المواضع، لأنه ليس لهما يد حكمية فأشبهها سائر المختلفين.

▲ فصل:

وإذا كان في الدكان نجار وعطار فاختلغا فيما فيها، حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار وإن لم يكونا في دكان واحد، لكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحيته العين المختلف فيها له كما ذكرنا في الزوجين يكون ذلك كتنازع الأجنيين.

▲ فصل:

وإذا اختلف المكري والمكثري في شيء في الدار، نظرت فإن كان مما ينقل ويحول كالآثاث والأواني، والكتب فهو للمكثري لأن العادة أن الإنسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة، والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة، وحجرها التحتاني فهو للمكثري لأنه من توابع الدار فأشبهه الشجرة المغروسة فيها وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد: إذا اختلفا في الرفوف، فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقال القاضي: كلام أحمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهي بينهما إذا تحالفا لأنها لا تتبع في البيع فأشبهت القماش وهذا ظاهر يشهد للمكثري وللمكري ظاهر يعارض هذا، وهو أن المكثري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارض الظاهران من الجانبين، استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إذا تحالفا كانت بينهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر القاضي في موضع آخر، وأبو الخطاب أنه إن كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه، وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها، والظاهر أن أحد الطرفين لمن له الآخر وكذلك إن اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لأن أحدهما لا يستغني عن صاحبه، فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر فوقاني من الرحي والمفتاح مع السكرة ووجه

وظاهر كلام أحمد، في أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل المكتري لها معه، فكانت لصاحب الدار كالذي له شكل منصوب ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة، فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقاني من الرحى إذا كان السفلائي منصوبا ومفتاح السكره المسمرة.

▲ فصل:

وإذا كان الخياط في دار غيره، فاختلغا في الإبرة والمقص فهي للخياط لأن تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر معه لأن الإنسان إذا دعا خياطاً ليخيط له، فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه وإن اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار، وآلة النجارة فهي للنجار وإن اختلفا في الخشبة المنجورة والأبواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار وإن اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف، فهو للنجاد وإن اختلفا في الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار وإن اختلف رب الدار والسقا في القربة فهي للسقا وإن اختلفا في الخاية والجرار، فهي لصاحب الدار لما ذكرنا.

▲ فصل:

وإذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها فالراكب أولى بها لأن تصرفه فيها أقوى، ويده أكد وهو المستوفى لمنفعتها وإن كان لأحدهما حمل والآخر أخذ بزمامها، فهي لصاحب الحمل لذلك وإن كان لأحدهما حمل والآخر راكب عليها، فهي للراكب لأنه أقوى تصرفاً وإن اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معاً، فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس وإن تنازع اثنان في ثياب على عبد لأحدهما، فهي لصاحب العبد لأن يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس لها فهما سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل، والذي قبله كما ذكرنا.

▲ فصل:

وإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هو لصاحب النهر لأنه لنفعه وقال أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه ولنا أنه حازر بين ملكيهما، فكانت يدهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما، أو حائط بين داريهما وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما، لذلك وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له دون النصف الآخر لأن ما يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه، كالمدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه.

▲ فصل:

وإن تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر أو قميصاً، كمه في يد أحدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها لأن يد الممسك بالطرف عليها دليل أنه لو كان باقيها على الأرض، فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساويا فيها.

ولو كانت دار فيها أربعة أبيات وفي أحد أبياتها ساكن، وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلغا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه، لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه ولو تنازعا الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت فهي بينهما نصفين لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها، فأشبهت العمامة فيما ذكرنا.

▲ مسألة:

قال: [ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال، لم يأخذ منه مقدار حقه لما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (أد الأمانة إلى من ائتمك ولا تخن من خانك) رواه الترمذي]

وجملته أنه إذا كان لرجل على غيره حق، وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه، بلا خلاف بين أهل العلم فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين وإن أتلها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاضاً، في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وإن كان مانعاً له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار، لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وإن أخذ شيئاً، لزمه رده إن كان باقياً أو عوضه إن كان تالفاً ولا يحصل التقاضي ها هنا لأن الدين الذي له لا يستحق أخذه في الحال، بخلاف التي قبلها وإن كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضاً بغيره لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه، فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة، ولا يمكنه إجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور في المذهب، أنه ليس له أخذ قدر حقه وهو إحدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل: وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبي -صلى الله عليه وسلم- (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) وقال أبو الخطاب: يتخرج لنا جواز الأخذ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره، وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه مأخوذاً من حديث هند، ومن قول أحمد في المرتين: يركب ويحلب بقدر ما ينفق والمرأة تأخذ مؤنتها، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا وقال الشافعي إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه وإن كانت له بينة، وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين، فله أن يأخذ بقدر حقه وإن كان عليه دين لم يجز لأنهما يتحاضان في ماله إذا أفلس وقال أبو حنيفة: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا، أو ورقاً أو من جنس حقه وإن كان المال عرضاً، لم يجز لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضى من المتعاضين قال الله تعالى: [{إلا أن تكون](#) [تجارة عن تراض منكم}](#) واحتج من أجاز الأخذ بحديث (هند، حين جاءت إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) متفق عليه وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل ولنا قول النبي -صلى الله عليه وسلم- (أد الأمانة إلى من ائتمك ولا تخن من خانك) رواه الترمذي، وقال: حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فدخل في عموم الخبر، وقال -صلى الله عليه وسلم- (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه) ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض وإن أخذ من جنس حقه، فليس له تعيين الحق بغير رضي صاحبه فإن التعيين إليه ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول: اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين كما لو كان باذلاً له فأما حديث هند فإن

أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت، وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه، وبينهما فرقان آخران أحدهما أن للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي الثاني أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة، وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل إلى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة، بخلاف الدين حتى نقول: لو صارت النفقة ماضية، لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه فعلى هذا إن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً، وإن كان تالفاً وجب مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً، فإن كان من جنس دينه تقاصاً في قياس المذهب، وإن كان من غير جنسه لزمه غرمه ومن جوز من أصحابنا الأخذ، فإنه قال: إن وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة، وليس له الأخذ من غير جنسه مع قدرته على أخذه من جنسه وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه، وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا: الرهن ينفق عليه، إذا كان مركوباً أو محلوباً يركب ويحلب، بقدر النفقة وهي من غير الجنس واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا، ومنهم من قال: يواطئ رجلاً يدعى عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بملك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين، لبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه إليه.

فصل:

إذا ادعى إنسان على إنسان حقاً وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما، فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده أجيب إلى ذلك لأن الظاهر من المسلمين العدالة ولأن الذي على الغريم قد أتى به، وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود وإن أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين، لم يحبس المدعى عليه لأن البينة ما تمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة وإن كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان أحدهما، يحبس له لأن الشاهد الواحد حجة في المال وإنما اليمين مقوية له والثاني لا يحبس وهو الصحيح لأنه إن حبس ليقيم شاهداً آخر يتم به البينة، فهو كالحقوق التي لا تثبت إلا بشاهدين وإن حبس ليحلف معه فلا حاجة إليه، فإن الحلف ممكن في الحال فإن حلف ثبت حقه، وإلا لم يجب شيء ويحتمل أن يقال إن كان المدعي باذلاً لليمين والتوقف لأجل إثبات عدالة الشاهد، حبس لما ذكرنا في التي قبلها وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي: وكل موضع حبس فيه بشاهدين، استدیم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقال للمشهود له: إن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث وإلا أطلقناه.

فصل:

وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين، ولم يعدل فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك، يؤجره من ثقة ينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقي من كسبه، وإن فسقا رد إلى سيده وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ولأننا لو لم نحل بينهما، أفضى إلى أن تكون أمة فيطأها وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال

بينهما, ففيه وجهان وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود
حيل بينه وبينها, وإن أقامت شاهدا واحدا لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا مما لا
يثبت إلا بشاهدين, فلا يثبت بشاهد واحد والله أعلم.